



UNIVERSITAT_{DE}
BARCELONA

La infancia en el derecho civil catalán

Isaac Ravetllat Ballesté



Aquesta tesi doctoral està subjecta a la llicència **Reconeixement 4.0. Espanya de Creative Commons.**

Esta tesis doctoral está sujeta a la licencia **Reconocimiento 4.0. España de Creative Commons.**

This doctoral thesis is licensed under the **Creative Commons Attribution 4.0. Spain License.**



UNIVERSITAT DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA INFANCIA EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR

D. ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

PARA LA COLACIÓN DEL GRADO DE DOCTOR

Y CODIRIGIDA POR EL

PROF. DR. D. ALFONSO HERNÁNDEZ-MORENO,

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL

Y POR EL

DR. D. CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

PROFESOR TITULAR DE DERECHO CIVIL

A mis seres queridos

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	21
-------------------	----

CAPÍTULO I

DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INFANCIA

1. CONSIDERACIONES INICIALES	37
2. ANFIBOLOGÍA DEL TÉRMINO INFANCIA	41
2.1 INFANCIA E INTERVALO DE EDAD	42
2.1.1. El término infancia desde la Declaración Universal de los Derechos del Niño	47
2.1.2. El Año Internacional del Niño (1979) y su trascendencia sobre la delimitación cronológica de la infancia.....	50
2.1.3. El término infancia desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989	52
2.2. LA INFANCIA Y SU CONSIDERACIÓN INDIVIDUAL	61
2.3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE INFANCIA A PARTIR DE SUS CARACTERÍSTICAS PSICOSOCIO-BIOLÓGICAS	68
2.4. LA INFANCIA COMO UN CONCEPTO SOCIAL RELEVANTE PARA EL DERECHO	74
3. ESE "INVENTO SOCIAL" LLAMADO INFANCIA	77

CAPÍTULO II
APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA
CATEGORÍA DE INFANCIA

1. INTRODUCCIÓN	87
2. EL NIÑO EN LAS CULTURAS ANTIGUAS OCCIDENTALES	98
3. EL "TRISTE" NIÑO ESPARTANO	101
4. ATENAS	103
5. LA INFANCIA Y ROMA	105
6. INFLUENCIA DE LOS VALORES CRISTIANOS	115
7. EL NIÑO VISIGODO, UN PRIVILEGIADO	117
8. LA INFANCIA DURANTE LA EDAD MEDIA: UN MISTERIO QUE RESOLVER.....	119
9. EL MUNDO INFANTIL EN EL SIGLO XIII. EL TRATAMIENTO DEL NIÑO EN LAS SIETE PARTIDAS Y EN LAS CÁNTIGAS DE ALFONSO X EL SABIO	129
10. EL RENACIMIENTO HUMANISTA.....	133
11. PRIMERAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DE LA INFANCIA	137
12. ACTITUD DE LA ILUSTRACIÓN ANTE LA INFANCIA DURANTE EL SIGLO XVIII.....	142
13. LOS IMPORTANTES CAMBIOS DEL SIGLO XIX: DE LA IDEOLOGÍA BURGUESA IMPERANTE AL TRABAJO INFANTIL	147
13.1. EL PENSAMIENTO BURGUÉS Y LOS CRITERIOS A SEGUIR.....	147
13.2. LA INDUSTRIALIZACIÓN Y EL TRABAJO INFANTIL	149
13.2.1. Descripción general	149
13.2.2. Relevancia jurídica del trabajo infantil.....	150
13.2.3. Respuesta de los ordenamientos jurídicos decimonónicos.....	155
13.3. EL FENÓMENO DE LA MENDICIDAD Y EL ABANDONO INFANTIL EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX.....	161

14. EL SIGLO XX. EL CALIFICADO COMO EL SIGLO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	167
---	-----

CAPÍTULO III

LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA INFLEXIÓN EN LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	173
1.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS	173
1.1.1. La Declaración de Ginebra	174
1.1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.....	178
1.1.3. La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959	181
1.2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONTENIDO Y CARACTERES	190
2. CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	212
2.1. INFORMES INICIALES E INFORMES PERIÓDICOS	214
2.2. PROCESO DE PRESENTACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS INFORMES	225
2.3. OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	231
2.4. EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS	237
2.5. EVOLUCIÓN EN EL CONTENIDO Y EN LA FORMA DE ELABORACIÓN DE LOS INFORMES	241

2.6. OTRAS FUNCIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	252
3. RECEPCIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN ESPAÑA.....	260

CAPÍTULO IV

MARCO GENERAL DE RECEPCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. ESPECIAL REFERENCIA A CATALUÑA

1. INTRODUCCIÓN	267
2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978	269
2.1. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA.....	273
3. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN MATERIA DE DERECHO DE LA PERSONA Y DE FAMILIA DEL PERÍODO 1981-1987	290
4. LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR	294
5. MODELOS DE RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA POR PARTE DE LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. ESPECIAL REFERENCIA A CATALUÑA.....	297
5.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	297
5.2. EL MODELO DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR COMO CRITERIO DE ORDENACIÓN LEGAL	300

5.3. LA LEY CATALANA 14/2010, DE 27 DE MAYO, DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: EL CRITERIO DISTRIBUTIVO SEGUIDO POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	311
--	-----

CAPÍTULO V

DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA. ESPECIAL MENCIÓN A CATALUÑA

1. INTRODUCCIÓN	321
2. RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO 148.1.20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA POR LOS DIVERSOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.....	325
3. EL SISTEMA CATALÁN: DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1979 AL MARCO NORMATIVO DE 2006	339
3.1.EL ARTÍCULO 9.28 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 1979. GÉNESIS E INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO	340
3.2. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006: LA TRANSFORMACIÓN Y LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO. DE LO GENÉRICO A LO ESPECÍFICO	353
3.3. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006.....	357
3.3.1. La constitucionalidad del modelo.....	358
3.3.2. Derechos y principios rectores: delimitación conceptual.....	363
3.3.3. Derechos y principios rectores en el ámbito de la infancia y la adolescencia contenidos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña	365

3.4. LA NUEVA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE MENORES CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 166 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006	367
3.4.1. Introducción.....	367
3.4.2. Servicios sociales.....	369
3.4.3. Personas menores de edad.....	372
4. INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	402
5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD	441
5.1. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO	443
5.2. EL CRITERIO SUBJETIVO COMO ASPECTO DELIMITADOR DEL <i>IUS PUBLICUM</i> Y DEL <i>IUS PRIVATUM</i> . LAS DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES	446
5.3. CONVIVENCIA MATERIAL ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA PERSONA COMO RESPUESTA	454
5.4. LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES: MENCIÓN ESPECÍFICA A LAS AUTORIZACIONES DE ENTRADA EN DOMICILIO CON EL FIN DE EJECUTAR LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD	464

CAPÍTULO VI

MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR. LA EDAD COMO ELEMENTO CLAVE

1. MÉTODOS TRADICIONALES DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD	481
--	-----

2. LA MAYORÍA DE EDAD. EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	494
2.1. EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: DEL INFLUJO DEL DERECHO ROMANO A LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO GERMÁNICO	497
2.2. DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851 AL CÓDIGO CIVIL DE 1889. EL VERDADERO CAMBIO DE SISTEMA	501
2.3. LA LEY DE 13 DE DICIEMBRE DE 1943. EL INTENTO DE UNIFICACIÓN DEL MODELO	510
2.4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LOS REALES DECRETOS-LEY DE 1978. LA <i>CONSTITUCIONALIZACIÓN</i> DE LA MAYORÍA DE EDAD.....	516
2.5. SITUACIÓN ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LA CAPACIDAD Y LA APTITUD PERSONAL	523

CAPÍTULO VII

EL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO COMO SUJETO CON CAPACIDAD DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA

1. IDEAS GENERALES	531
2. ACERCA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.....	532
3. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.....	552
3.1.LA CAPACIDAD NATURAL COMO FUNDAMENTO DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS POR LOS MENORES NO EMANCIPADOS....	552
3.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES	569
3.2.1. El artículo 162 del Código civil de 1889: ámbito de extensión y precedentes	572

3.2.2. Excepciones a la representación legal. Los actos relativos a los derechos de la personalidad de los/as hijos/as menores de edad.....	574
3.2.3. Especial mención a las prestaciones personales que deba realizar el/la hijo/a menor de edad.....	594
3.3. RESPONSABILIDAD NEGOCIAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS.....	619
4. INTERPRETACIÓN DE LAS LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR.....	648

CAPÍTULO VIII

CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. EL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

1. INTRODUCCIÓN.....	669
2. LA CAPACIDAD NATURAL COMO ESENCIA Y SUBSTRATUM DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS.....	671
3. PARTICULAR MENCIÓN A LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS.....	674
3.1.EL MODELO INTERMEDIO O ECLÉCTICO COMO PAUTA A SEGUIR POR EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.....	675
3.2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.....	679
4. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN.....	683
4.1. ACTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. IDEAS GENERALES Y PAUTAS DE DELIMITACIÓN.....	685

4.2. HONOR, INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD.....	698
4.2.1. El ejercicio de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de las personas menores de edad	698
4.2.2. El tratamiento de datos de carácter personal de las personas menores de edad	726
4.3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD NO EMANCIPADA EN EL ÁMBITO SANITARIO.....	743
4.3.1. Introducción.....	743
4.3.2. El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas.....	750
4.3.2.1. Ideas generales.....	750
4.3.2.2. El derecho de información sanitaria	756
4.3.2.3. La autonomía sanitaria de la persona menor de edad: capacidad y diferentes supuestos de hecho	766
4.3.2.3.1. Menor emancipado o mayor de dieciséis años	775
4.3.2.3.2. Menor entre doce y dieciséis años no emancipado	786
4.3.2.3.3. Menor de doce años.....	794
4.3.3. El derecho de confidencialidad de las personas menores de edad en el ámbito sanitario	795
4.3.4. La interrupción voluntaria del embarazo de las adolescentes	799
4.3.4.1. Situación previa a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	801
4.3.4.1.1. El régimen anterior a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y a la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre.....	803
4.3.4.1.2. El régimen posterior a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y a la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre.....	809
4.3.4.2. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	825
4.3.4.2.1. Consideraciones generales sobre su contenido.....	825

4.3.4.2.2. El aborto y el derecho de autodeterminación de las adolescentes	831
4.3.4.2.2.1. Régimen legal aplicable.....	831
4.3.4.2.2.2. Génesis y desarrollo del artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo	837
4.3.4.2.2.3. El deber de informar a los representantes legales de la adolescente: regla general y excepciones.....	844
4.3.4.2.3. Ideas finales a modo de recapitulación y distintas posiciones ante la actual regulación legal.....	848
4.3.4.3. Efectos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo en Cataluña	852
4.3.5. La investigación biomédica y los ensayos clínicos con medicamentos	861
4.3.5.1. La persona menor de edad y la investigación biomédica	861
4.3.5.2. La persona menor de edad y los ensayos clínicos con medicamentos	863
4.3.6. Intervenciones de cirugía estética en personas menores de edad	876
4.3.7. Los tatuajes, los "piercing" y la micropigmentación	883
4.3.8. Las donaciones de órganos y las técnicas de reproducción humana asistida	892
4.3.8.1. Extracción y trasplante de órganos.....	892
4.3.8.2. Las técnicas de reproducción humana asistida.....	903
5. OTROS ACTOS QUE LA LEY PERMITE REALIZAR A LA PERSONA MENOR DE EDAD POR SÍ MISMA	908
5.1. RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL.....	912
5.2. <i>TESTAMENTI FACTIO</i> ACTIVA.....	917
5.3. CAPACIDAD PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN DE LAS COSAS	919
5.4. ACEPTACIÓN DE DONACIONES CON CAUSA PURAMENTE GRATUITA	920
5.5. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD Y LA VECINDAD CIVIL.....	921
5.6. OTROS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD	921

6. ACTOS RELATIVOS A BIENES O SERVICIOS PROPIOS DE SU EDAD, DE ACUERDO CON LOS USOS SOCIALES.....	922
--	-----

CAPÍTULO IX

BREVE APUNTE SOBRE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD NO EMANCIPADA EN ARAGÓN Y NAVARRA

1. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO ARAGONÉS. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN.....	931
2. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO FORAL NAVARRO.....	944
2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA	944
2.2. LA PERSONA MENOR DE EDAD EN LA COMPILACIÓN O FUERO NUEVO DE NAVARRA	948
 CONCLUSIONES	951
 BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	989
 REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES	1135

INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de esta tesis se circunscribe en delimitar las particularidades que presenta el tratamiento jurídico de la infancia y la adolescencia en el derecho civil catalán. Esta finalidad se persigue sin detrimento de la especial consideración que se realiza sobre la determinación del régimen jurídico aplicable, de forma general, a las personas menores de edad no emancipadas por este mismo ordenamiento jurídico.

Para alcanzar este propósito, partimos del hecho de que la asunción por el gobierno autonómico de Cataluña, desde el año 1981, de la competencia exclusiva en materia de infancia y adolescencia ha comportado un proceso lento y gradual, pero en igual medida incesante, de incorporación paulatina y adaptación a nuestro ordenamiento jurídico civil de los principios emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este *iter* que se inició con la unánime aprobación por parte del Parlamento de Cataluña de la Resolución 194/III, de 7 de marzo de 1991, sobre Derechos de la infancia, cuyo redactado fue incorporado literalmente a la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, concretamente en su disposición adicional primera, parece haber culminado con la aprobación por parte del legislador catalán, durante el año 2010, de dos textos legales que integran, expresa y decididamente, en nuestro sistema normativo, la filosofía dimanante del articulado de la Convención: la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, y la Ley 25/2010, de 25 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

La presente propuesta, en un intento de superar los aspectos de marcado tinte proteccionista que desde antaño han venido informando y caracterizando a la legislación y a las políticas catalanas en materia de infancia y adolescencia, plantea, a su vez, la hipótesis de si el Parlamento de Cataluña ha dado el paso definitivo hacia la plena integración en el derecho civil catalán de las concepciones propias del

ius privatum que consideran, como principio general del derecho, que la persona menor de edad es, por regla general, capaz de obrar y que las limitaciones legales que le afecten se prevén, única y exclusivamente, para su protección y en su beneficio. Es decir, cabe preguntarse si frente a una percepción anquilosada de la niñez y de sus aptitudes, tradicionalmente instalada en la "opinio iuris", que ha tenido su traducción inmediata en normativas ancladas en un proteccionismo exacerbado que termina por desconsiderar, incluso negar, las posibilidades de desarrollo autónomo de los niños, niñas y adolescentes, así como su capacidad para intervenir directamente, como protagonistas activos, en las relaciones jurídicas que le rodean; el ordenamiento jurídico catalán, por el contrario, ha pasado a caracterizar a la infancia y la adolescencia como un periodo dinámico de la vida de las personas en el que maduran y desarrollan plenamente su personalidad, tanto a través de su condición de titulares de derechos como, sobre todo, por la paulatina admisión de su intervención autónoma en aquellos asuntos que les conciernen, atendiendo, claro está, a cuál sea su grado de madurez¹.

En suma, el binomio protección-autonomía se presenta como un dato clave en la evolución reciente de la normativa civil catalana sobre la materia objeto de nuestro análisis². Ante tal controversia, y en un intento de plantear la posible superación, en el derecho civil catalán, del criterio que configura el ámbito de actuación autónoma de la persona menor de edad no emancipada como una mera excepción a la regla general de la representación legal que sobre ella ostentan los titulares de su potestad, o en su caso de su tutela, confrontamos en nuestro estudio, basándonos en una concepción teleológica del Derecho, el contenido del artículo 162 del Código civil español con la original visión que de la infancia y la adolescencia y sus facultades de

¹ **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Parte General. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 150.

² **Hernández-Moreno, Alfonso**: Apuntes de Cátedra. Barcelona (inédito).

intervención particular nos brinda el Código civil de Cataluña - en su artículo 211-5 -.

Desde ese propósito en nuestra investigación, esta obra principia con una reflexión acerca de la delimitación conceptual de la infancia y lo que ésta representa, seguida de una correlación de los distintos significados que tal acepción puede adoptar según las diferentes perspectivas desde las que se aborde. Esto es, la misma expresión “infancia”, tautológica por naturaleza, no presenta una única definición universal sino que, por el contrario, se materializa en una multiplicidad de realidades. Esta circunstancia ha traído consigo que los diferentes ordenamientos jurídicos hayan tratado de deslindar, desde diversas perspectivas culturales, axiológicas y, sin duda, totalmente subjetivas, el alcance y la consideración atribuibles a esta categoría social, sin advertir, en la mayoría de ocasiones, la trascendencia de dos de las principales variables que condicionan su tratamiento: la espacial-geográfica y la temporal-histórica, que enmarcan los diversos sistemas de valores imperantes y, por ende, las concepciones de base asignadas al referido concepto³.

A partir de esa premisa inicial se acomete una aproximación histórica a la construcción jurídica de la niñez, tratando de reflejar cuál es y cuál ha sido su significación a lo largo de los principales periodos históricos. Sólo de esta forma podemos llegar a comprender cómo la consideración que de la infancia y la adolescencia predomina en las sociedades occidentales de nuestros días y que parece totalmente asumida y fuera de toda duda, al menos sobre la literalidad de las normas jurídicas, ha dejado atrás cientos de años en los que el principio del interés superior del menor, dentro de las distintas esferas sociales en las que la infancia y la

³ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**: Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Editorial Montecorvo, págs. 12-13.

adolescencia se desenvuelven, no era digno, ni siquiera, de ser tomado en consideración⁴.

En el desarrollo de esta apuesta científica se ha seguido una aproximación al tema que nos ocupa de corte evolutivo, recurriendo a un criterio cronológico, desde una metodología histórico-dogmática, que nos facilite un acercamiento paulatino a la concepción que de la niñez se impone en la actualidad en el mundo jurídico occidental, más concretamente en el Derecho privado español y, en particular, en el Derecho civil catalán, caracterizada por ofrecernos un tratamiento de la persona menor de edad como sujeto de pleno derecho con facultades intrínsecas de actuación autónoma. Esta nueva configuración como ciudadano de presente, verdadero agente activo del tráfico jurídico, tanto en lo personal como en lo patrimonial, partícipe directo de la realidad social y las relaciones que le envuelven, y no una mera entelequia o proyecto de futuro del adulto que podrá ser, se inauguró, a escala internacional, mediante la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de tanta trascendencia para nuestro Derecho privado.

Junto con su caracterización como una norma denominada de *self-executing* o de ejecución inmediata, en el sentido que resulta aplicable directamente sobre nuestro ordenamiento jurídico interno, la Convención sobre los Derechos del Niño se ha erigido en un claro referente y en un criterio inspirador de toda la producción legislativa elaborada en nuestro país, tanto estatal como autonómica, en todas aquellas cuestiones concernientes a la infancia y la adolescencia. Esta verdadera Constitución o Estatuto universal de la niñez, como se ha calificado por nuestra doctrina, ha marcado un evidente antes y un después en el tratamiento irrogado a las personas menores de edad en nuestro sistema normativo. Además, este cambio de

⁴ **Oliveira, Guilherme (de)**: Temas de Direito da Família. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 1. Segunda edición. Coimbra, 2001, Ed. Coimbra Editora, págs. 215-218.

paradigma respecto del colectivo de ciudadanos que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad, coincidió en el tiempo con la aparición y el fortalecimiento en las distintas Comunidades autónomas de sus políticas legislativas sobre el particular, amén de la paulatina asunción de competencias que se había venido operando sobre esta materia tras la entrada en vigor de la Constitución española.

En este contexto, se explica que estimemos imprescindible un acercamiento a lo que consideramos como el conjunto de aspectos más relevantes de la norma que representó un claro punto de inflexión positivo en el tratamiento legal otorgado a las personas menores de edad, y demostrar así los importantes influjos vertidos sobre la normativa civil catalana por este Tratado internacional, muy en particular en lo referente a la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y a la Ley 25/2010, de 25 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Este reconocimiento generalizado de los derechos de la infancia y la adolescencia ha supuesto una doble consecuencia: la fijación de un sistema de valores y la asignación de ámbitos de libertad en los que se manifiesta el principio del interés superior del menor, así como la asunción por éste de la responsabilidad de los actos por él acometidos.

Tanto la familia como los poderes públicos y los agentes sociales deben acatar ese sistema de valores cuando adopten decisiones o realicen actuaciones relativas a los sujetos menores de edad. Y en consecuencia, la atribución de potestades, o potestades-función, va acompañada de poderes para imponerlos: ya sea a través de la legitimación de los representantes legales para reclamar por cuenta del menor de edad su cumplimiento, en los casos en que éstos hayan sido lesionados; o el protagonismo de los poderes públicos para supervisar y, en su caso, complementar o

sustituir la posición de los progenitores, tutores o guardadores si éstos incurren en abuso, ejercicio defectuoso o dejación de sus potestades, deberes y funciones.

Por lo demás, los ámbitos de libertad - de autonomía - en los que el menor de edad pueda manifestar lo que él considera sus intereses se centran en el libre desarrollo de su personalidad como fundamento de nuestro orden político.

En nuestra investigación también ha sido preciso profundizar, acudiendo en este punto a una metodología de carácter comparativo, en las diferencias existentes entre los distintos modelos autonómicos de recepción de los derechos de la infancia y la adolescencia, con especial atención a la plasmación y el desarrollo que en sus normativas se efectúa del estatuto jurídico de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, tomando como norma de referencia la controvertida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y, una vez identificados, dentro del amplio y difuso espectro legislativo autonómico vigente en esta materia, los diferentes sistemas de configuración y ordenación interna de sus preceptos, valoraremos si las disposiciones aprobadas por las distintas Asambleas legislativas autonómicas en este ámbito sectorial son coherentes y homogéneas entre sí o, por el contrario, dejan al descubierto una carencia absoluta de uniformidad y de un tratamiento general de las instituciones que lo integran.

Precisamente es en este marco en el que se encuadra la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en cuanto texto normativo que nace con una clara vocación de universalidad: por una parte, tal y como se nos indica en su propio Preámbulo, tratando de constituir una suerte de Código de la niñez, que integre y regule todas y cada una de las competencias y potestades que ostenta la Generalitat de Cataluña en este ámbito de actuación; y, por otra, pretendiendo reunir en un solo instrumento jurídico, tanto las prescripciones destinadas a la infancia y la adolescencia en general - principios

rectores y derechos reconocidos a todas las personas menores de edad - como las referidas a la infancia y la adolescencia en circunstancias de especial riesgo o vulnerabilidad.

En la presente tesis, no sólo se parte de esta premisa, sino que también se pone de relieve, críticamente, el tratamiento jurídico de la infancia, en el que debería distinguirse claramente la diversidad de etapas en la formación existencial de las personas menores de edad. Desde la dependencia total del recién nacido, hasta los inequívocos grados de autonomía del adolescente no emancipado, no sólo hay diferencias de edad, sino situaciones tan heterogéneas, que el Derecho no puede soslayarlas a través de una respuesta unitaria, sin detrimento de la fijación objetiva y aconsejable de la determinación de la mayoría de edad, como clara presunción legal imperativa de la madurez de la persona⁵. No obstante, el criterio de la edad, para establecer la plena capacidad de obrar, es tan seguro por su generalidad, como inapropiado por su abstracción, ya que nadie puede afirmar que la completa y definitiva madurez se alcanza el día del decimoctavo aniversario⁶. Así, la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo, contribuyen, más allá del mero dato cronológico de ostentar un concreto número de años, a la mayor o menor capacitación del individuo para formarse un juicio razonable e independiente. Por eso, el legislador catalán, sensible a una personalidad en formación y en desarrollo, y en un contexto de consolidación de los derechos de la infancia y la adolescencia, parece presentar, a diferencia de lo acaecido en el Código civil español, los elementos precisos e indispensables que nos permitan llegar a elaborar una teoría general sobre el estatuto jurídico civil de la persona menor de edad no emancipada, fundamentada no tan solo

⁵ **Lete del Río, José Manuel**: "Comentario a los artículos 320-323 del Código civil español" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo IV. Madrid, 1978, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 408.

⁶ **Albaladejo García, Manuel**: Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Madrid, 2004, Ed. Edisofer, pág. 250.

en el dato objetivo y aleatorio de la edad biológica, sino también en el elemento subjetivo del grado de madurez y discernimiento que presenta en cada situación en particular.

Tras una investigación de corte histórico-dogmático acerca de la posición que, de modo ordinario, ocupa, en nuestro Derecho privado, una persona menor de edad en relación con su aptitud para ejercitar los derechos y cumplir los deberes de los cuales es titular, constatamos como en la doctrina civil española se han manifestado opiniones encontradas al respecto⁷. Una primera aproximación, centrada esencialmente en aspectos meramente patrimoniales, contemplaría al menor de edad como un ser incapaz por principio, admitiendo, no obstante, y de manera excepcional, la presencia de ciertas prerrogativas legales que le concederían cierto margen de autogobierno. Estas corrientes clásicas del pensamiento jurídico adoptan como fundamento último de sus pretensiones el contenido del punto primero del artículo 1.263 del Código civil español, que literalmente establece que "no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados".

Ante esas tesis tradicionales; restrictivas, desconfiadas e incluso negadoras de las verdaderas aptitudes que pueden desplegar los individuos durante la etapa sobre la que se extiende su niñez, que dominaron nuestro panorama jurídico a lo largo de un buen número de años, han surgido nuevas proposiciones que reconocen al niño, niña

⁷ **Jordano Fraga, Francisco**: "La capacidad general del menor" en Revista de Derecho Privado, Tomo LXVIII, octubre 1984, pág. 884, se pregunta si existe en nuestro Ordenamiento jurídico una propia capacidad general en los menores no emancipados, no ya para la realización de concretos actos, pues esta última - capacidad especial - es obvia, y nadie la discute, existe allá donde la normativa expresamente la reconoce. También se hacen eco de este debate **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Vol. I. Parte general: sujeto y objeto del Derecho. Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 320, al distinguir entre la opinión, que califican de tradicional, que entiende que la condición y capacidad general de los menores, a pesar de no estar establecida con claridad en el Código, es la de su incapacidad, que por lo demás no es absoluta, puesto que en algunos casos excepcionales se les reconoce capacidad de obrar; mientras que otros consideran que ninguna disposición del Código civil permite inferir una regla de incapacidad absoluta del menor, toda vez que, el mismo le permite realizar un buen número de negocios jurídicos, si bien con carácter claudicante.

y adolescente como sujeto capaz de obrar, si bien limitando, modulando y adaptando esas potencialidades a las circunstancias evolutivas de unos seres en un constante proceso de transformación.

Aceptada la existencia en nuestro Derecho civil de una cláusula general que reconozca, abierta y definitivamente, la capacidad de obrar como regla o pauta de intervención ante cualquier tipo de actividad, sea personal o patrimonial, realizada por una persona menor de edad no emancipada, y admitiendo que esa facultad no puede ser reconocida de una forma absoluta e ilimitada, tomamos como modelo la decisiva aportación de DE CASTRO para elaborar una teoría acerca de cuáles, estimamos, son las restricciones aplicables a ese paradigma de actuación autónoma de los individuos, y la manera cómo debe procederse para su adecuada interpretación. En este sentido, reducimos a tres los supuestos lógicos de delimitación de la capacidad de obrar de los menores no emancipados: su eventual falta de capacidad natural; el sometimiento a una institución de guarda que condicione su libertad de actuación; y la posibilidad de eludir las consecuencias jurídicas de los actos realizados de manera autónoma a través del mecanismo de la anulabilidad⁸.

El planteamiento de nuestro estudio sobre cómo se materializa el reconocimiento de la capacidad de obrar a las personas menores de edad no emancipadas en el Derecho civil catalán, no se limita a una mera exposición descriptiva del modelo o sistema proseguido por el Código civil de Cataluña, que vincula, en sus artículos 211-3.1 y 211-5, la capacidad de obrar con la edad y la madurez del individuo. Tras unas reflexiones iniciales de carácter general, procedemos al análisis exhaustivo de los diferentes sectores o ámbitos en los que las personas menores de edad no

⁸ **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Parte general. Tomo I, segunda edición. Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 175-179.

emancipadas están habilitadas para diligenciar o gestionar sus intereses con total autogobierno y libertad, siempre atendiendo, por supuesto, a su edad y a su capacidad natural.

Este objetivo se persigue sin detrimento de la especial incidencia que se toma en consideración en nuestra tesis a los derechos de la personalidad⁹; ámbito éste que consideramos de especial relevancia por quedar, en todo caso, excluido de la representación legal de los progenitores, o en su caso tutores, por afectar a prescripciones de carácter personalísimo. De este modo, una vez abordadas, de forma general, las cuestiones relativas a la particular caracterización que recibe esta categoría de derechos cuando su titularidad y ejercicio corresponden a un menor de edad no emancipado, así como las singularidades que presenta su regulación en el Código civil catalán con respecto a su homólogo español, centramos nuestra atención en el estudio pormenorizado de determinados derechos de la personalidad que, por su especial vinculación con la infancia y la adolescencia, juzgamos son merecedores de un análisis en mayor profundidad. Los derechos a la intimidad, al honor, a la propia imagen, a la protección de datos personales, a la vida y a la integridad física, conforman paradigmáticos ejemplos de derechos de la personalidad de los que pueden extraerse conclusiones extrapolables a toda esta institución jurídica.

En fin, mediante este itinerario trazado para su estudio se intenta ofrecer una aproximación sobre la posición que ocupa la infancia y la adolescencia en el seno del Derecho civil catalán para alcanzar el objetivo perseguido en última instancia: delimitar el régimen jurídico aplicable a las personas menores de edad no

⁹ Para **Stanzione, Pasquale**: "Interesse del minore e statuto dei suoi diritti" en Gorla, Gino: Studi in memoria di Gino Gorla: la figura e l'opera le fonti, il precedente, la sentenza la cultura del diritto. Vol. I. Milano, 1994, Ed. A. Giuffrè, pág. 1.755, es la capacidad natural la que debe marcar el criterio para determinar la posibilidad de ejercer los derechos de la personalidad de manera que el menor podrá ejercer sus derechos fundamentales siempre que tenga suficiente autogobierno.

emancipadas en nuestro sistema normativo, utilizando la interpretación sistemática y la investigación histórico-dogmática, que ofrecen la posibilidad de su elaboración, a la que pretendemos, al menos, contribuir con nuestro esfuerzo.

CAPÍTULO I. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA INFANCIA

1. CONSIDERACIONES INICIALES

La infancia es, sin duda, en nuestra conceptualización actual un período válido por sí mismo. La visión más tradicional del término la considera constituida o integrada por un grupo en edad vulnerable que es preciso proteger. El objeto de dicha protección y los distintos modelos y sistemas organizados de atención a dicho sector poblacional, dependen, en gran medida, de la concepción que socialmente se tenga de ella¹⁰. Así, en una primera aproximación, diríamos que la infancia podría quedar definida como el periodo de vida durante el cual un ser humano es tratado como un niño y el conjunto de características culturales, sociales y económicas que integran dicho espacio temporal.

El concepto infancia dista mucho de ser objetivo o universal. Por una parte, porque cada sociedad, cada cultura, cada forma de vida, determina explícita o implícitamente qué debe entenderse como tal, cuáles son sus particularidades, y, en consecuencia, qué períodos de la vida incluye¹¹. Por otra parte, diversos

¹⁰ **Archard, David**, op. cit. pág. 22, distingue entre *concepto de infancia* y lo que él denomina como *concepciones sobre la infancia*. Con el primero de los términos se refiere al hecho de que los niños son diferenciables de los adultos gracias a un conjunto no especificado de características. Mientras que al hablar de concepciones sobre la infancia se está concretando cuál es ese conjunto de características.

¹¹ Un claro ejemplo lo encontramos en la distinta consideración que reciben los menores inmigrantes no acompañados – *meinas* - que desde el año 1998 se mueven por las calles de nuestras ciudades. Así, mientras que en Cataluña los más pequeños de estos jóvenes recién llegados son considerados como niños y los mayores son considerados como preadolescentes y adolescentes, en su cultura (esencialmente magrebí) de origen, sobre todo en las áreas rurales más tradicionales, son considerados como unos *pequeños hombres*, es decir, unos jóvenes con prácticamente los mismos derechos y deberes que los adultos. Para un análisis más detallado de este fenómeno vid. **Comas, Marta**: *L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació*, Col·lecció Finestra Oberta nº 19. Barcelona, 2001, ed. Fundació Jaume Bofill, pág. 16; **Rognoni, Irma**: *Menors i joves del carrer: visió sociojurídica*, Col·lecció Finestra Oberta nº 23. Barcelona, 2001, ed. Fundació Jaume Bofill, págs. 79 y ss; **Aja, Eliseo**: *Informe sobre la situació dels menors immigrants del carrer a Barcelona*, Barcelona, 2001, ed. Institut d'Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i la Família, págs. 5-9; **Capdevila i Capdevila, Manel y Ferrer i Puig, Marta**: “Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA)”, en Colecció Invesbreu, nº. 24, abril 2003, págs. 1-12; y **Capdevila i Capdevila, Manel y Ferrer i Puig, Marta**: “Els menors estrangers indocumentats no acompanyats (MEINA)”, en Colecció Justidata, nº. 35, abril 2003, págs. 1-20.

historiadores¹² y otros estudiosos¹³ se han encargado de mostrarnos cómo en diferentes momentos vitales de una misma cultura, la significación del concepto también ha ido inexorablemente evolucionando¹⁴.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la noción *niño/a* no es natural, sino a lo sumo cultural, histórica y, por tanto, va variando periódicamente la percepción que sobre ella se tiene¹⁵. De esta forma, no hay que considerar estrictamente inherente o

¹² Tal y como identifica **Sánchez-Valverde Visus, Carlos**: La Junta Provincial de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985: aproximación y seguimiento histórico. Barcelona, 2009, ed. Secretaría de Infancia y Adolescencia. Departamento de Acción Social y Ciudadanía. Generalitat de Catalunya, pág. 34, los primeros intentos serios en la delimitación del concepto infancia provienen de los estudios de la escuela histórica francesa de los Annales, y sobre todo de los trabajos de Philippe Ariès y de Georges Duby.

¹³ En Francia, tal y como apuntábamos, destaca la obra de Philippe Ariès, uno de los primeros autores contemporáneos en emprender un estudio profundo sobre la aparición y posterior evolución del concepto infancia (vid. **Ariès Philippe**: El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, versión castellana de Naty García Guadilla. Madrid, 1987, ed. Taurus). También debe tenerse en cuenta la obra de David Hunt, quien tomando como principal fuente de estudio el diario del Dr. Héoard sobre la crianza del delfín de Francia, de 1601 a 1610, quien sería posteriormente Luis XIII, trata de generalizar hacia el resto de la sociedad francesa alguna de las afirmaciones en él contenidas (vid. **Hunt, David**: Parents and children in history: the psychology life in early modern France. New York, 1979, ed. Basic Books). En el ámbito anglosajón, resaltar las aportaciones de Lloyd De Mause, psicólogo norteamericano que puso en tela de juicio las teorías de Philippe Ariès (vid. **De Mause Lloyd**: Historia de la Infancia. Madrid, 1982, ed. Alianza Universidad), e Ivy Pinchbeck y Margaret Hewitt, quienes articulan en dos volúmenes – el primero abarca desde los tiempos de los Tudores hasta el siglo XVIII y el segundo principia en el siglo XIX y finaliza en el siglo XX – la historia de los/as niños/as en Inglaterra (vid. **Pinchbeck, Ivy y Hewitt, Margaret**: Children in English Society. London, 1969, ed. Routledge & Kegan Paul). Finalmente en España, autores como Buenaventura Delgado, Dolors Renau i Manen, Montserrat Roig, José Leal i Rubio y Pedro Voltés, han realizado sus pequeñas aportaciones a la bibliografía especializada sobre el tema.

¹⁴ **Cyrulnik, Boris**: Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida. Barcelona, 2002, ed. Gedisa, pág. 112, afirma que las culturas se pasan la vida cambiando y cuando no cambian, mueren. Por su parte, **Urra Portillo, Javier**, op. cit. pág. 21, establece que al referirnos al término infancia debemos ser conscientes de que se trata de un concepto que varía en el espacio y en el tiempo. Ello lo ilustra recordándonos que durante la Edad Media y el Renacimiento los niños vivieron de continuo con los mayores. Posteriormente, en el siglo XVII la infancia inició una vida social diferenciada, lo que se ha mantenido hasta mediados del siglo XX. Finalmente, la llegada de la televisión e internet ha diluido la separación, pues la información directa ha quebrado los filtros de la autoridad parental.

¹⁵ **Linaza, Josexu**: "Desarrollo, educación y derechos de la infancia", en Infancia y Sociedad, nº. 27-28, Octubre 1994, pág.45, defiende que la noción misma de infancia es un invento social para lograr una mejor adaptación de los seres humanos a medios muy diversos. La misma idea defiende al referirse a la noción adolescencia **Coleman, John**: "Adolescence in a changing world" en **Jackson, Sandy y Rodríguez-Tomé, Héctor (Eds.)**: Adolescence and its social worlds. Hillsdale, 1993, ed. Lawrence Erlbaum Associates, pág. 251, quien considera que dicho término es tanto un producto de las circunstancias sociales y económicas, como de la biología y la psicología.

consustancial al individuo, lo que a lo sumo es normal en nuestra propia cultura a modo de producto social histórico¹⁶. La realidad percibida y asumida como intangible e inalterable es, pues, únicamente el resultado de una actitud colectiva humana compartida y no algo dado, innato o necesario¹⁷.

La verdad y el conocimiento no deben, por consiguiente, ser concebidos en términos primarios y fundamentales, sino, más bien, como aquello que acaba siendo definido o aceptado como *cierto* o como *conocimiento*. Lo que importa no es la evidencia o la falsedad esenciales de una afirmación, en un sentido objetivo y absoluto del término, sino el modo en que ciertas aseveraciones particulares llegan a ser tratadas en un momento y en un lugar concretos como si fuesen conocimiento cierto e incuestionable¹⁸.

Todos estos procesos fueron fielmente captados por el relato *El traje nuevo del emperador* de Hans Christian Andersen. El niño que comenta en público que el rey está desnudo es el único que cuestiona el régimen regio de verdad que, afirmando

¹⁶ **Capella, Juan Ramón:** Fruta prohibida. Madrid, 1997, ed. Trotta, pág. 32. También es de esa opinión **Synnott, Anthony:** “Little angels, little devils: a sociology of children” en **Handel, Gerald (Ed.):** Childhood Socialization. New York, 1988, ed. Aldine de Gruyter, pág. 40, al afirmar que la infancia no es una categoría natural. Considera dicho autor que no existen las categorías naturales, sino que únicamente existen categorías sociales, con diferentes significados fijados y desarrollados en cada época y por cada grupo de población. En ese mismo sentido se pronuncia **Jenks, Chris (Ed.):** The Sociology of Childhood. Essential Readings. London, 1982, ed. Gregg Revivals, pág. 12, quien considera que la infancia no es un fenómeno natural y en ningún caso puede ser entendido como tal, y **Postman, Neil:** La desaparición de la infantesa. Traducido por Pepi Andreu. Vic, 1994, ed. Eumo, pág. 171, quien opina que la infancia es un producto social, no una necesidad biológica.

¹⁷ **Beltrán Villalba, Miguel:** La realidad social, 2ª edición. Madrid, 2003, pág. 35, apunta que nada, o muy poco, en la sociedad humana es natural, y todo, o casi todo, es histórico. La misma idea defiende **Brullet, Cristina:** “Relaciones familiares y autoridad” en **Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.):** Informe 2004. Infància, famílies i canvi social a Catalunya. Barcelona, 2005, ed. Institut d’Infància i Món Urbà (CIIMU), pág. 68, al referirse a la institución familiar. Sostiene la autora que la institución familiar es una construcción social y cultural que varía en el tiempo y en el espacio.

¹⁸ **Dahlberg, Gunilla; Moss, Peter & Pence, Alan:** Más allá de la calidad en educación infantil. Perspectivas posmodernas. Colección Biblioteca Infantil, nº. 10. Barcelona, 2005, ed. Graó, pág. 55.

que el monarca viste realmente un atuendo magnífico, determina el modo en el que sus súbditos ven el mundo. Sólo el niño se atreve a pensar lo impensable y, al hacerlo, llama a otros a comprender su entorno de forma diversa y a adoptar un *contra-discurso*.

Entendemos, en definitiva, que no hay una realidad intangible que podamos asociar con el término "*niño/a*" o con el vocablo "*infancia*"¹⁹, un ser y un estado esencial que esperan ser descubiertos, definidos y realizados, de manera que podamos cuestionarnos y decir a los otros "*así es como son los/as niños/as, esto es la infancia*"²⁰. Existen, por el contrario, multiplicidad de niños/as y de infancias, cada uno construido, elaborado e interpretado por "*nuestras propias concepciones sobre la infancia y de lo que los/as niños/as son o deberían ser*"²¹.

¹⁹ Resultan interesantes en este sentido las conclusiones a las que llegaron dos sociólogos, **Aguinaga Roustán, Josune y Comas Arnau, Domingo**: *Infancia y adolescencia: la mirada de los adultos*. Madrid, 1991, ed. Ministerio de Asuntos Sociales. Esta obra, a pesar de no incluir investigación directa con menores, se considera como una aportación central al campo de la conocida como sociología de la infancia en nuestro país.

²⁰ Tras un intenso trabajo de campo en el que trataron de desvelar la visión que los adultos tienen sobre el grupo de población más joven, **Aguinaga Roustán, Josune y Comas Arnau, Domingo**, op. cit. pág. 25, destacan que uno de los espacios en los que el consenso se manifiesta más claramente, reside en la incapacidad de los participantes en manifestar una definición de niño y de infancia. Cuanto más se intenta profundizar menos se logra una definición, lo que es significativo en sí mismo y no hace más que mostrar un reflejo de la realidad: en primer lugar demuestra lo privado que es un niño o una niña, que no existe en el lenguaje definido como tal, en segundo lugar el interés de personalizar impidiendo toda racionalización del fenómeno infancia. En este marco se sitúa el niño no por lo que es sino por su relación con el entorno.

²¹ **Peña Vázquez, José María**: *La protección a la infancia*. Madrid, 1980, Cuadernos de Documentación nº. 34, Subdirección General de Documentación, pág. 20. Esta misma idea la esboza **Mayall, Berry**: *Children, Health and the Social Order*. Buckingham, 1996, ed. Open University Press, pág. 1, al considerar que los niños viven sus infancias a través de las infancias construidas para ellos por las interpretaciones que las personas adultas tienen de la infancia y de lo que son y deberían ser los niños. Desde una vertiente más jurídica, **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**: "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana" en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2005, pág. 3, considera que no existe un único menor de dieciocho años, sino que al lado de la situación general de minoría de edad, coexisten diversidad edades que permiten hablar de menores - pluralidad -.

2. ANFIBOLOGÍA DEL TÉRMINO INFANCIA

Etimológicamente, "infancia" proviene del latín *in-fale*, *el que no habla*, es decir, el recién nacido. Inicialmente, con dicha expresión se quiso constatar el hecho físico de la falta de comunicación verbal propia de los bebés, que se valen de otros mecanismos distintos del lenguaje oral para exteriorizar sus necesidades y estados de ánimo – el llanto, los gestos²² - . Posteriormente, con el devenir del tiempo, esta locución fue perdiendo su carácter meramente descriptivo, adquiriendo, por el contrario, una connotación más negativa, estigmatizadora, pasando a significar *el que no tiene la palabra*, en otros términos, el que no tiene nada interesante que decir, y por lo tanto no merece ser escuchado²³. Finalmente, cuando se concede la voz a los/as niños/as se inaugura simbólicamente su reconocimiento y consideración como personas²⁴.

La palabra infancia, tan cotidiana en nuestro lenguaje, es un concepto polisémico, que encierra una rica y singular historia conceptual. Se identifica, pues, con dicha voz más de un significado, es decir, es referente de realidades diversas representadas con diferentes niveles de abstracción²⁵. Ciertamente, todas estas aproximaciones

²² **Durkheim, Emile**: "Childhood" en **Jenks, Chris (Ed.)**: The Sociology of Childhood. Essential Readings. London, 1982, ed. Gregg Revivals, pág. 146. También, **Becchi, Egle y Julia, Dominique**: Historire de l'enfance en Occident. De l'antiquité au XVII siècle. Tomo I, París, 1998, ed. Seuil, págs. 70-72.

²³ Esta nueva lectura de la palabra infancia es identificada por **Rico Pérez, Francisco**: La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil. Madrid, 1980, ed. Montecorvo, S.A., pág. 19. Por su parte, **Álvarez Vélez, M^a. Isabel**: La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español. Madrid, 1994, ed. Departamento de Publicaciones Universidad Pontificia Comillas, pág. 3; y **Batle i Bastardas, Joan**, op. cit. pág. 26, describen en sus obras, como desde el siglo V, el *infans* denotaba a todo el que no tenía aún 7 años. Desde el fin de la República, la duración de la *infantia* se fijó en los siete años, por influencia de la filosofía griega. En época de Justiniano indicaba la persona que era menor de 7 años, y que aún hablando no alcanzaba a comprender el sentido de las palabras que empleaba.

²⁴ Muy expresivas en ese sentido son las palabras de **Buiette, Patricia**, op. cit. pág. 66, cuando afirma que *donner la parole aux enfants, c'est leur donner une place et, sur un plan juridique*.

²⁵ Para **Buckingham, David**: Crecer en la era de los medios electrónicos. Tras la muerte de la infancia. Madrid, 2002, Ediciones Morata, S. L., pág. 18, el significado de *infancia* está sujeto a un proceso constante

tienen algo en común: la persona menor de edad; pero responden a distintos prismas de observación y análisis de dichos sujetos, de sus contextos de vida y de las relaciones interpersonales para con ellos. De este modo, la infancia puede entenderse desde múltiples perspectivas: en primer lugar, como un período determinado de la vida de un niño o una niña, medible por un intervalo de edad; en segundo lugar, la infancia también puede interpretarse desde un posicionamiento individual - estudio de las características particulares de desarrollo de los menores -; en tercer lugar, es posible asociar este término con el conjunto de características psicosociobiológicas de unos individuos en estado de evolución; y, finalmente, la infancia también resultará ser aquello que la gente dice o considera que es - visión social del precepto -.

2.1 INFANCIA E INTERVALO DE EDAD

La palabra edad adquiere distinta significación y alcance según esté siendo utilizada en el lenguaje científico o en el léxico habitual. La edad llamada propiamente fisiológica integra el conjunto de cambios o modificaciones constitutivas que experimenta un ser desde que es engendrado hasta su muerte natural. La ordinaria, en cambio, mide el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta el momento preciso que esté siendo objeto de valoración²⁶.

Asimismo, la edad se ha irrogado como un factor clave o elemento generador de grupos sociales diferenciados, aglutinando a las personas y dotándolas de una situación particular frente al derecho. La ley distingue claramente entre el régimen

de lucha y negociación, tanto en el discurso público como en las relaciones interpersonales, entre iguales y en la familia.

²⁶ **Lete del Río, José María:** Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 52, define la edad como el lapso de tiempo que ha transcurrido desde el nacimiento del individuo hasta un momento determinado de su vida.

jurídico aplicable a los mayores y a los menores de edad; y aún dentro de esta última categoría social ordena los actos que pueden o no ser realizados de manera individual²⁷. Es por ello que, los años de vida de una persona, sea para otorgar derechos o exonerar de obligaciones, sea para reconocer plena libertad de actuación o limitar su capacidad de intervención autónoma, han sido tradicionalmente objeto de constante preocupación en nuestra legislación positiva.

De esta forma, la infancia puede entenderse como un período determinado de la vida de un niño o de una niña, medible por un intervalo de edad. Es la calificada como visión institucional de la niñez²⁸. Este espacio temporal es totalmente convencional, de manera que no todo el mundo está de acuerdo acerca de la longitud que abarca²⁹.

La edad no debe, por tanto, tomarse ingenuamente como un vector independiente, sino que es necesario considerar cuál es el proceso y las dinámicas socio-históricas en las que se ha de construir y fundamentar³⁰. Es por ello que DE CASTRO afirma que la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de la persona³¹.

²⁷ **Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luís**: Derecho de familia y de la persona. Tomo I. De la persona. Barcelona, 2007, Ed. Bosch, págs. 625-626.

²⁸ **Rochefort, Christiane**, op. cit. pág. 33, distingue entre la infancia como hecho y la infancia como institución. En el primero de los casos, se hace referencia a un estado que se mueve dentro de unos límites imprecisos. Como institución, va desde el nacimiento hasta una edad fijada por ley. Por su parte, **Wringe, Colin A.**, op. cit. págs. 88-89, también traza la diferencia entre dos nociones de infancia: una institucional y otra normativa. La primera de ellas, identifica el concepto de infancia, en particular en las sociedades modernas actuales, con un criterio cronológico, si bien podrían llegar a admitirse otras consideraciones, como por ejemplo, una ceremonia de iniciación o de tránsito. La visión normativa, por su parte, está ligada con cuestiones relativas a la capacidad de las personas, con la adquisición de ciertos elementos de conocimiento y experiencia.

²⁹ Muy ilustrativo en este sentido puede ser el experimento de Ivan Ilich, relatado por **Capella, Juan Ramón**, op. cit. pág. 33, consistente en mostrar la fotografía de un grupo de personas a varios sujetos diferenciados culturalmente (pobres y ricos, campesinos y urbanitas, de distintas etnias) y preguntar cuántos niños aparecen en ella. Las respuestas diferían. Se demostraba así que personas pertenecientes a universos culturales distintos tenían una concepción diferente de lo que es ser niño, significando grupos de edades no coincidentes.

³⁰ Un claro ejemplo nos lo aporta **Lasarte Álvarez, Carlos**: Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil. Decimocuarta edición. Madrid, 2008, ed. Marcial Pons, pág. 187, quien hace referencia al Real Decreto-Ley, de 16 de noviembre de 1978, que estableció en su artículo primero que la

Sin ir más lejos, el trato y la consideración dispensados a los individuos por razón de su edad por parte de los diferentes ordenamientos jurídicos ha sido de lo más dispar; oscilando entre diferentes márgenes y partiendo de distintos momentos clave que señalan el preciso instante de tránsito a que por ley natural el hombre debe restar sujeto y que le hacen pasar de un estado de incapacidad, durante el cual no puede discernir la trascendencia de sus actos, a una situación de capacidad plena, en la que la persona está habilitada para obrar de manera consciente y responsable sobre sus derechos y deberes³².

Es precisamente en este contexto, en el que la edad, entendida como medida de la duración del vivir, puede ser caracterizada como el lapso de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el momento que se considere de la vida de un sujeto. Con esta definición se da ya por sentado que el momento en que se inicia el cómputo de la edad es el del alumbramiento; lo que ciertamente corresponde a las concepciones dominantes sobre la materia. No obstante, durante la Edad Media se llegó a sostener, provocado por una traslación de cuestiones teológicas al campo del Derecho, la necesidad de computar la edad desde el instante de la concepción. Se trataba de discernir si la Redención había principiado con el nacimiento de Jesucristo o con su concepción. Y fue la segunda de estas opciones la que llevó a esbozar la idea jurídica de que la edad de las personas también podía contabilizarse a partir de su

mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos, al par que su Disposición Final ordenaba su entrada en vigor el mismo día de su publicación en el BOE. La razón de semejante celeridad en la reducción de la mayoría de edad - se pasaba de los 21 a los 18 años -, apunta dicho autor, es fácil de adivinar y desde un punto de vista político ha de enjuiciarse positivamente: se trataba de ampliar el marco de posibles votantes en el referéndum constitucional celebrado el 6 de diciembre de 1978, incrementándose así el censo electoral en cuatro millones y medio respecto del referéndum de la Ley para la Reforma Política celebrado dos años antes. En otras palabras, se trataba de una estrategia política que trataba de asegurar la aprobación de la Constitución de 1978.

³¹ **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Parte General. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 149.

³² **Palá Mediano, Francisco y Martín-Ballester y Castea, Luís**: "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés" en Ponencia del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Segunda Semana de Derecho aragonés. Zaragoza, 1943, Ed. Librería General, pág. 33.

concepción. Sin embargo, estas tesis no alcanzaron implantación alguna, entre otros motivos por las dificultades prácticas que planteaba la determinación del momento de la fecundación³³.

Llegados a este extremo, debemos también subrayar que la variable edad se ha convertido en una condición jurídica general, ya que atañe a todo sujeto y, a la vez, en impersonal y abstracta, por esa su misma generalidad. Lo anterior explicaría el por qué la consideración a la edad ha variado constantemente a lo largo del tiempo³⁴. Así, la fijación de la edad a la que cada ordenamiento jurídico otorga plena capacidad de obrar ha dependido siempre del tipo de sociedad ante la que nos encontremos y de la actividad que ésta haya valorado como principal³⁵.

Buena muestra de ello lo encontramos en las conclusiones a las que se llegó tras el informe sociológico realizado, a escala nacional, por el Centro de Investigaciones Sociológicas de España durante el año 1990, con el objeto de conocer la opinión de los ciudadanos españoles sobre la infancia³⁶. En este estudio, se afirma que la

³³ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**: Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Editorial Montecorvo, pág. 9.

³⁴ **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho Civil de España, T. II, 2ª edición. Derecho de la persona. Madrid, 1986, ed. Civitas, págs. 149-151. **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**, op. cit. págs. 16-17,

³⁵ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**, op. cit. págs. 16-17, corrobora esta idea de manera muy gráfica y descriptiva, al sostener que en los pueblos guerreros, lo decisivo ha sido la fuerza física necesaria para el manejo de las armas. Por ello, en los pueblos germánicos, en el momento de las invasiones, la menor edad se extendía sólo hasta los doce años. Posteriormente, fueron diversas las razones que llevaron a superar una edad tan mínima: la mayor complejidad de las relaciones comerciales, el desarrollo y predominio de las ciudades, la influencia del Derecho romano, e incluso las variaciones en el arte de la guerra. Así, en Inglaterra se pasó de una mayor edad de quince años a una de veintiuno para aquéllos que tenían que prestar servicio de armas como caballeros. El cambio, operado a partir del siglo XI, tuvo como causa la importancia decisiva de los caballeros armados en las batallas, unido al peso creciente de las armaduras y al correspondiente aumento de tamaño de los caballos utilizados. El nuevo armamento no era ya adecuado para jóvenes de quince años, requiriendo la fortaleza de un hombre de veintiún años. Más adelante, otras razones, políticas y económicas, condicionaron la generalización de esta mayoría de edad a todos los ciudadanos ingleses.

³⁶ **Arango Vila-Belda, Joaquín**: Actitudes y opiniones de los españoles ante la infancia. Madrid, 1991, ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, pág. 7.

definición formal de niño contenida en el artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁷ no se corresponde con la realidad práctica nacional³⁸. Este argumento se sustenta en la dispersión normativa, detectada por los propios individuos entrevistados, existente en la legislación española en cuestiones relacionadas con la edad. Así, por ejemplo, desde un punto de vista sanitario, la medicina pediátrica considera que la etapa de la infancia abarca de los cero a los siete años, mientras que la edad laboral se establece a los dieciséis años; sin olvidar, que se es ciudadano de pleno derecho para emitir voto a los dieciocho años, y teniendo en cuenta, también, que a partir de los catorce años un menor es responsable por los hechos delictivos por él cometidos.

En este sentido, el artículo 2.2 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia estatuye que "a los efectos de la presente Ley y de las disposiciones que la desarrollan, se entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley"³⁹.

³⁷ Para el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño "se considera niño a todo ser humano menor de 18 años de edad, a menos que, según la ley aplicable al niño se alcance antes la mayoría de edad".

³⁸ Muy expresivas son las palabras de **Compayré, Gabriel**, op. cit. págs. 26-30, quien identificada la dificultad existente para diferenciar entre los vocablos infancia, adolescencia y juventud, constata que ni la moral, ni la medicina, ni tan siquiera la biología se han puesto de acuerdo a la hora de determinar la duración de la etapa adolescente. Por ejemplo, Hipócrates consideró que se extendía de los catorce a los veintiún años – mientras que la juventud abarcaba desde los veintiuno hasta los veintiocho -. En cambio, Necker de la Saussure, escritora y educadora suiza, la fijó desde los quince a los dieciocho años. Dupanloup, teólogo y prelado francés del siglo XIX, por su parte, la enmarcó de los doce hasta los quince.

³⁹ Precepto éste que viene a reproducir en su integridad el contenido del artículo 2 de la ya derogada Ley del Parlamento de Cataluña 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, que también distinguía entre las categorías de *infant*, entendiéndolo como tal a toda persona menor de 12 años y *adolescent*, en que se incluía a todo individuo con una edad comprendida entre los 12 años y la mayoría de edad establecida por ley

Estas dificultades para definir con exactitud el término infancia, desde esta primera óptica, tampoco estuvieron ausentes durante el proceso de elaboración y posterior desarrollo de dos de los principales textos que, a escala internacional, han marcado de manera más clara un antes y un después en la toma en consideración de los derechos de la niñez: la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 y la ya mencionada Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰.

2.1.1. El término infancia desde la Declaración Universal de los Derechos del Niño

La redacción de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, duró trece años⁴¹, durante los cuales el tema de la falta de determinación del concepto niño/a apareció de forma reiterada⁴².

Los órganos que intervinieron en la elaboración de la inicialmente llamada Carta de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y, posteriormente, en 1959, Declaración Universal de los Derechos del Niño fueron cinco: la Comisión Provisional de Asuntos Sociales - después simplemente Comisión de Asuntos Sociales - del Consejo Económico y Social - ECOSOC -; el Secretariado de las Naciones Unidas; la Comisión de Derechos Humanos; la Tercera Comisión de la

⁴⁰ **Martí Sánchez, José María:** "Los derechos del menor: evolución y situación actual", en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, nº. 28, Septiembre 2000, págs 27-28.

⁴¹ Tal y como nos detalla **Cots i Moner, Jordi:** La Declaració Universal dels Drets de l'Infant. Barcelona, 1979, ed. Edicions 62, pág. 107, los debates para la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, tuvieron lugar a lo largo de tres periodos bien diferenciados: 1946-1948; 1950-1951 y 1957-1959. El primer período coincidió en el tiempo con los trabajos de confección de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si bien esta última se aprobó en 1948, la de los niños quedó en suspenso, y hasta se dudó muy seriamente de su necesidad.

⁴² **Meliá Llácer, Reyes:** "La protección internacional de los Derechos de los Niños", en Revista General del Derecho, nº. 536, Vol. II, 1989, pág. 2918, se pregunta ¿Quién es niño a efectos de la Declaración Universal de los Derechos del Niño?. Constatando a continuación que la imprecisión en dicho texto es absoluta.

Asamblea General; y, finalmente, la propia Asamblea General encargada de la aprobación definitiva del texto.

Así, en las sesiones de la Tercera Comisión, de cuestiones sociales, humanitarias y culturales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, celebradas durante los meses de septiembre y octubre de 1959 en Nueva York, se debatió acerca del contenido del borrador de la Declaración Universal de los Derechos del Niño; documento éste que previamente había sido remitido por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Uno de los aspectos más polémicos del mencionado proyecto, que centró buen número de las discusiones habidas, lo encontramos en la redacción original de su Preámbulo, donde se establecía sin más que *"el niño necesita una protección especial, incluso una protección jurídica especial, por su falta de madurez física y mental"*.

Esa genérica y abstracta alusión a lo que la minoría de edad significa, provocó que desde un momento inicial, se produjeran múltiples discrepancias sobre la necesidad o no de establecer, en el propio Preámbulo de la Declaración, una clara definición de la locución *"niño/a"*. El representante italiano, sin ir más lejos, señaló la necesidad de determinar el alcance de la acepción infancia, precisando, además, si los derechos reconocidos en la Declaración, y por consiguiente la protección especial a la que se hacía referencia en el Preámbulo, afectaban también al feto o por el contrario se consideraba que la niñez principiaba con el alumbramiento. En su opinión, esta protección debería alcanzar tanto al niño concebido como a la madre⁴³. En consecuencia, la enmienda presentada por el delegado del país transalpino mostraba

⁴³ **John, Mary**, op. cit. pág. 22, sostiene ante la discusión sobre si la personalidad surge en el momento de la concepción o del nacimiento, que realmente se es persona desde el momento en que el niño se convierte en un agente del mundo social. Ello se produce cuando el niño empieza a influir en el comportamiento de los demás.

la idoneidad de incluir en este párrafo las palabras *"desde el momento de su concepción"*⁴⁴.

A pesar de que algunos representantes apoyaron la enmienda italiana, otros señalaron que la adopción de esos términos podía suscitar graves conflictos en aquellos países en los que estuviera permitida la interrupción voluntaria del embarazo.

Finalmente, la enmienda fue aceptada y aprobada por 55 votos a favor - entre ellos el de España -, ninguno en contra y 14 abstenciones, aunque se alteró el orden de las frases, con el fin de dotar al párrafo de una mayor claridad, quedando redactado en los siguientes términos: *"Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento"*⁴⁵.

Aprobado el contenido del Preámbulo, se pasó al examen de los Principios recogidos en el texto de la Declaración de 1959 - diez en total -. El primero de ellos, se pronunciaba del siguiente tenor literal: *"El niño disfrutará de todos los derechos expresados en esta Declaración, sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea de él o de alguno de sus padres. Todos los niños disfrutarán de esos derechos, ya sean nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio"*.

⁴⁴ Álvarez Vélez, M^a Isabel, op. cit. págs. 39-42.

⁴⁵ Documento de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/C.3/L. 735.

El representante belga, Sr. Goris, sugirió que se insertara en este principio una definición expresa de la voz niño/a, proponiendo como tal la del *"ser humano, mientras está sometido a la autoridad de los padres o de quiénes hacen sus veces"*. Esta enmienda belga fue largamente discutida y tras ser únicamente apoyada por el delegado de El Salvador, fue posteriormente retirada por el propio Sr. Goris, al entenderse mayoritariamente que su propuesta no marcaba ni el comienzo ni el fin de la niñez⁴⁶ y que, además, era tributaria de una visión feudal de la infancia, al considerarla como posesión exclusiva de los progenitores, o en su defecto del Estado, de la que únicamente podían ser privados en caso de flagrante incumplimiento de sus obligaciones⁴⁷.

En definitiva, podemos afirmar que la redacción final de la Declaración de 1959 no contiene, ni en su Preámbulo ni en ninguno de sus preceptos, una clara y precisa conceptualización de qué ha de entenderse bajo la denominación de niño/a. Se perdió, pues, la primera de las grandes oportunidades para cerrar definitivamente esta cuestión de carácter terminológico.

2.1.2. El Año Internacional del Niño (1979) y su trascendencia sobre la delimitación cronológica de la infancia

Años más tarde, para ser más exactos en 1979, tuvo lugar la celebración del Año Internacional del Niño - simbolizado bajo el acrónimo AIN-1979 -⁴⁸. Este evento internacional, auspiciado por Naciones Unidas, supuso un vehículo excepcional para colocar, por primera vez en la historia, los derechos humanos de las personas

⁴⁶ Cots i Moner, Jordi, op. cit. págs. 187-188.

⁴⁷ Wringe, Colin A., op. cit. pág. 94.

⁴⁸ A/RES/31/169, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1976.

menores de edad en la agenda internacional y, además, significó el punto de partida del proceso de gestación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁹. Durante los actos preparativos de esta efemérides renació de nuevo la polémica a la que venimos haciendo referencia. Así, tras largas discusiones, que venían a reproducir las ya suscitadas con anterioridad durante los debates de elaboración de la Declaración de 1959, se decidió considerar los quince años como punto de tránsito o frontera entre la mayoría y la minoría de edad. Se trataba, en realidad, de zanjar una vieja pugna entre especialistas del mundo de la niñez. El eje central de la disputa giraba en torno a cual debía tomarse como criterio o indicador de tránsito de la infancia a la edad adulta. Las posturas enfrentadas se materializaban o concretaban en tres grandes opciones: la edad, la madurez biológica – pubertad - o el papel sociológico⁵⁰. Hasta entontes, se había venido aplicando una controvertida y nada pacífica clasificación: pequeña infancia, que abarcaba hasta los seis años; niño/a, que se extendía hasta los doce; preadolescente, que alcanzaba hasta los quince; y adolescente hasta los dieciocho. Esas definiciones, no obstante, no satisfacían a todos, ya que los niveles de desarrollo, incluso en lo biológico, no eran los mismos en todas las latitudes ni en todas las culturas. Ahora bien, puesto que el Año Internacional del Niño contenía la palabra objeto de definición en su propio enunciado, se consideró del todo imprescindible alcanzar un consenso que delimitara, ahora sí, quién iba a ser el verdadero protagonista de ese año conmemorativo. Finalmente, tal y como ya hemos avanzado, se decidió por

⁴⁹ De la misma opinión es **Wringe, Colin A.**, op. cit. pág.16.

⁵⁰ **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 149-151, defiende que la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona; por ello, las concepciones jurídicas más realistas y en las que su estadio cultural permitía la calificación individual, para nada se atendía a la edad y daban valor a condiciones con intrínseco significado, como la pubertad, la aptitud para la vida independiente o el desarrollo de la inteligencia. No obstante, el cambio del vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al tráfico y permitan decisiones rápidas, hace que en todas las civilizaciones se agregue, a una determinada edad, la presunción de que con ella se alcanzan unas determinadas condiciones psicofísicas, con lo que se da paso a que, al fin, el requisito de una edad fijada sustituya totalmente el antiguo supuesto del desarrollo corporal o mental de la persona.

unanimidad, establecer como edad de paso entre la minoría y la mayoría de edad, la de los 15 años. Se pensó entonces que se había resuelto esta cuestión de forma definitiva e inmutable de cara al porvenir, pero poco duró la alegría, ya que todo se volvió a poner en tela de juicio dos años después; momento en que se iniciaron los debates de la que vendría a ser la futura Convención sobre los Derechos del Niño.

2.1.3. El término infancia desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989

La problemática resurgió, una vez más, durante los trabajos de preparación y redacción del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵¹. Inicialmente, durante el debate general de su Preámbulo, algunos representantes sugirieron ya la posibilidad de definir, en este apartado expositivo de la norma, el vocablo "*niño/a*" e incluso sustituirlo por otro más preciso y con mayor significación jurídica como el de "*menor*". A pesar de tal circunstancia, se acordó, sin embargo, posponer esta cuestión hasta el momento en que la Comisión de Derechos Humanos tratara de manera monográfica el contenido del artículo uno del Tratado internacional. Una discusión de tal envergadura, en esa fase inicial del proceso, hubiera significado focalizar, de nuevo, el debate en un punto sumamente polémico y controvertido, e impedir con ello el normal avance de los trabajos de elaboración del documento. Incluso llegó a suscitarse la necesidad de tener que alterar la denominación original del tratado internacional.

⁵¹ En el mes de noviembre de 1989, coincidiendo con el XXX aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas, y a petición de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, fue presentado el proyecto de Convención. Después de su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, la Convención, quedó abierta a la firma el 26 de enero de 1990. Finalmente, la Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, un mes después de haber sido ratificada por el vigésimo Estado.

El artículo uno de la Convención, por su parte, propone entender por niño, *todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. El redactado transaccional de este precepto refleja la extrema dificultad que supuso el reconciliar en un único texto, las distintas visiones que sobre un mismo término portaban los representantes de los diferentes Estados – llegados a este punto es preciso recordar que la Convención es el instrumento de derechos humanos más ratificado a lo largo de la historia. Todos los Estados, salvo dos, Somalia y Estados Unidos, han hecho suyas sus disposiciones -. De este modo, ciertos países abogaron por rebajar la edad por debajo de los dieciocho años. Este fue el caso, por ejemplo, de los países musulmanes, quienes consideraron que la edad legal para celebrar el matrimonio - los doce, trece o catorce años - debía considerarse, por sí sola, como el criterio delimitador de la mayoría de edad. A la inversa, otros estados fueron partidarios de prolongar la duración de la infancia por encima de los dieciocho años. En estos términos se manifestaron Japón y Argentina, territorios en los que la plena capacidad de obrar se alcanza a los veintiún años⁵².

Las apuntadas discrepancias se hacen evidentes al analizar con detalle la versión definitiva adoptada por este artículo convencional. En primer lugar, deja sin resolverse la duda acerca de cuál es el momento en que principia la vida de un ser humano⁵³, si ello se produce durante la concepción, o cuándo el embrión se convierte en feto, o más bien al nacer. A pesar de que el Preámbulo de la norma

⁵² **Buirette, Patricia**, op. cit. pág. 62.

⁵³ **Gutiérrez García, C. y Martí Sánchez, J.M.**: "Los derechos del menor: evolución y situación actual", en Revista Jurídica de Castilla La Mancha, nº. 28, Septiembre 2000, págs. 27-28. En igual sentido, **Gorny Violette**: *Priorité aux enfants. Un nouveau pouvoir*. Colección Les Guides Sociétés. Paris, 1991, ed. Hachette, págs. 36-41.

internacional hace mención al "niño antes y después de su nacimiento"⁵⁴, un estudio exhaustivo y completo de todo su articulado nos muestra cómo en éste, únicamente se trata de los derechos del niño y de la niña ya nacidos. La Convención incurre en el error de utilizar consideraciones de poco rigor jurídico que contribuyen a dificultar una pacífica aplicación e interpretación de su alcance⁵⁵.

En definitiva, el texto del artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño para evitar una clara referencia al momento del nacimiento o al momento de la concepción, adopta una solución flexible y abierta⁵⁶, no pronunciándose acerca de un tema tan espinoso como es el de la interrupción voluntaria del embarazo y el derecho a la vida de los *nasciturus*. Es cierto que el artículo seis del propio cuerpo normativo reconoce el derecho a la vida de todos los/as niños/as, pero en ningún caso precisa cuando se considera iniciada la misma, dejando que sean las legislaciones nacionales de los distintos Estados las que determinen el momento exacto en qué se considera que empieza la existencia de un ser humano⁵⁷. De todos

⁵⁴ Del mismo modo se pronuncia el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en el cual se establece lo siguiente: "*Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*".

⁵⁵ En esta misma línea de argumentación se encuentra **Miralles Sangro, Pedro-Pablo**: "La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño", en *Actualidad Civil*, n.º. 39, Octubre 1991, pág. 528, quien considera que no cabe duda de que al feto, al *nasciturus*, bajo ningún concepto se le puede calificar de niño a los efectos de la Convención, por lo que cae por su propio peso la manifestación que al respecto se efectúa en su propio Preámbulo. Cuando se quiera proteger al feto, afirma dicho autor, dígame y si se quiere condenar el aborto condénese, pero convengamos que un Tratado Internacional no es el lugar adecuado para introducir elementos de confusión respecto a su objeto jurídico, a su articulado y, en definitiva, a su aplicación.

⁵⁶ **Comité belge pour l'UNICEF**: *Les droits de l'enfant: cela vous concerne aussi. Guide de formation sur les droits de l'enfant*. Bruselas, 1998, ed. Publication du Comité belge pour l'UNICEF, pág. IV-1.

⁵⁷ No está de acuerdo con esta afirmación **Rodríguez Mateos, Pilar**: "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989", en *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º. 2, 1992, págs. 474-475 y 497, quien defiende que la protección otorgada por la Convención no depende de lo que cada Estado entienda por nacido, pues esta circunstancia sólo es relevante a la hora de determinar la capacidad del menor para ser titular de derechos civiles o de otra índole, como puede ser la cuestión sucesoria. Apunta dicha autora que, del término niño utilizado en el artículo 1 de la Convención se deriva de forma clara que los derechos convencionales corresponden a todo menor a partir del hecho

modos, la definición formulada en el artículo uno no está, ni mucho menos, desprovista de significado; expresa, por el contrario, la voluntad de promover y proteger los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes hasta que alcancen la plena madurez e independencia física, mental y social⁵⁸.

En segundo lugar, la Convención tampoco define de forma precisa y unívoca cuando el niño pasa a ser un sujeto adulto⁵⁹. El límite de los dieciocho años se ha recogido, como hemos apuntado, con la siguiente expresión: "*dieciocho años, a menos que, según la ley aplicable al niño se alcance antes la mayoría de edad*". Sigue, sin embargo, sin existir consenso sobre cuáles son los rasgos característicos que sirven para afirmar que un niño/a ha alcanzado ese estado civil. Se suscitan en este sentido múltiples interrogantes que la Convención tampoco alcanza a responder: podría ser uno de esos indicadores la capacidad legal para incorporarse al empleo, o quizá lo sería el *ius connubii*, acaso lo representaría la edad exigida para ser responsable penalmente, o deberían emplearse otros criterios⁶⁰. Si finalmente hubo acuerdo en

biológico del nacimiento, sin que los mismos puedan verse cuestionados por las eventuales exigencias de viabilidad previstas por las legislaciones nacionales, pues estas afectan a la capacidad de las personas pero no tienen predicamento a la hora de restringir derechos humanos, ya sean estos de índole civil o política.

⁵⁸ **Lopatka, Adam**: "La Convención internacional de los Derechos del Niño", en **Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**: I Congreso Internacional Infancia y Sociedad, Vol. 1. Madrid, 1991, ed. Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 33-46.

⁵⁹ **Mayor del Hoyo, M^a. Victoria**: "En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño" en Derecho Privado y Constitución, n^o. 7, Septiembre-Diciembre 1995, pág. 138, afirma que a pesar de que la Convención utiliza continuamente el término *niño*, pudiendo crear confusiones en cuanto a la aplicabilidad de la propia Convención sobre los que alcanzan determinadas edades - quince, dieciséis...años -, se refiere a los menores de edad. No obstante, hay que observar que puede resultar inaplicable la Convención a determinados menores de edad: aquellos que pertenecen a países donde la mayoría de edad se adquiere después de los dieciocho años.

⁶⁰ Para **Rodríguez Mateos, Pilar**, op. cit. pág. 475, si bien en el inicio de la protección convencional, esto es, quien es niño, la Convención no admite límites impuestos por las regulaciones estatales, no ocurre lo mismo en relación con el momento en que se entiende agotada esta protección, es decir, quien es menor. La Convención, alude a un plazo máximo fijado en los 18 años pero, al mismo tiempo, admite los plazos inferiores que las legislaciones nacionales tipifiquen para alcanzar la mayoría de edad. Esta posibilidad, considera la autora, no parece del todo apropiada ya que, en último término, se deja en manos de los Estados la definición del destinatario de la Convención.

aceptar los dieciocho años como límite superior que define al niño, fue simplemente porque ese instante temporal marca la distinción entre la minoría y la mayoría de edad legal en gran número de los países industrializados. Además, como la Convención estaba destinada a ser un instrumento normativo, se optó por estipular la edad partiendo de un criterio jurídico y no pedagógico, biológico o sociológico⁶¹.

Podemos afirmar, por tanto, que la fijación de la frontera que delimita el paso entre distintos periodos vitales es fruto de un juicio de oportunidad, en función de las circunstancias de lugar y tiempo en que se manifiestan los muy diversos factores - alimentación, educación, configuración de la familia, sistema social de valores y creencias - de los que dependen la madurez de los individuos - sea física, psicológica o social⁶² -; en consecuencia, cada ordenamiento jurídico debe irremediablemente tomar una decisión al respecto⁶³.

⁶¹ **Moerman, Joseph**: "Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", en el Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, págs. 148-149, entiende que esta definición originó un sinfín de debates. ¿Cómo hablar en términos iguales de los derechos del recién nacido, del alumno de escuela primaria, del estudiante de bachillerato e incluso del universitario que se acerca a los 18 años?. Es por ello, añade dicho autor, que en el texto de la Convención aparecen repetidamente expresiones como supervisión adecuada, dirección y orientación apropiada, en la máxima medida posible, si procede, en función de la edad y madurez del niño, de modo conforme a la evolución de sus facultades, teniendo en cuenta en particular su edad.

⁶² **Muss, Rolf E.**: Teorías de la adolescencia. Buenos Aires, 1966, ed. Paidós, pág. 17, apunta que los criterios para fijar en qué momento se ha alcanzado la edad adulta, la madurez, la autodeterminación y la independencia dependen de la definición que cada medio social dé a cada uno de esos términos.

⁶³ Para mayor información y acceso a los antecedentes históricos y comparados vid. **Lete del Río, José Manuel**: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV, Vol. 1º. Madrid, 1984, ed. Revista de Derecho Privado, págs. 504-508.

Partiendo de estas premisas, el Derecho español, desde un punto de vista meramente formal, ha configurado la minoría de edad como un estado civil⁶⁴; estatus en el que

⁶⁴ Desde que la Revolución francesa proclamó la igualdad de todos los hombres, los estados del Antiguo Régimen derivados de los viejos *status* romanos - *libertatis* (estado referente a la libertad o falta de libertad de la persona), *civitatis* (estado que daba cuenta de la ciudadanía de la persona) y *familiae* (estado que describía la situación de la persona en la familia) -, pierden su significado originario de determinar la capacidad jurídica de los individuos que los ostentan. Hasta ese momento la serie de estados civiles representaba el conjunto de datos precisos para calificar la capacidad jurídica del sujeto: hasta que grado era capaz de ser portador de derechos y obligaciones. Se produce, entonces, una degradación del concepto, se desplaza hacia las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar y se duda de cuál es su alcance y significado y de qué situaciones del individuo merecen la calificación de tales estados civiles. Así, **Cossío, Alfonso**: "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los estados en el Derecho civil actual", en Revista de Derecho Privado, n.º 310, Enero 1943, pág. 11, llega a apuntar la perfecta inutilidad de semejante construcción, reducida a mera categoría escolástica. Los caracteres del hombre bastan para que sea persona; no puede hablarse de un estado en el sentido tradicional. **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 49 y 58-74, intentó, no obstante, una reconstrucción de la teoría del estado civil sobre la base de la capacidad de obrar; en efecto, el estado civil es aquella cualidad del individuo, por su especial situación en la organización jurídica, que determina su capacidad de obrar, caracterizándola cada estado civil según su especialidad; según ello ha de advertirse que en la persona concurren normalmente varios estados civiles, y que para averiguar la capacidad de obrar de una persona hay que estar al resultado que produzca la posible concurrencia de los estados. Ello origina, a veces, cuestiones complicadas, porque puede ser preciso averiguar primero la cualidad dominante que caracteriza a la capacidad de obrar (por ejemplo, nacional, casado, mayor de edad y pródigo; nacional, soltero, menor y sufriendo interdicción civil), para luego fijar el ámbito de la capacidad resultante. **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: Estudios de Derecho Civil, I. Pamplona, 1978, ed. Universidad de Navarra, Pamplona, pág. 59, recorre el camino abierto por De Castro y, admitiendo su relación directa con la capacidad de obrar, propone una enumeración de los estados civiles: estados civiles relativos a la familia (matrimonio y filiación), relativos a la pertenencia a la comunidad jurídica (nación y vecindad civil), relativos a la capacidad de obrar (menor de edad, menor emancipado, mayor de edad, incapacitado total y parcial, declarado pródigo). Ahora bien, la teoría de De Castro entra en crisis, puesto que algunos de los estados civiles comúnmente admitidos como tales (por ejemplo, los relativos a la pertenencia a la comunidad jurídica o los relativos a la familia) no afectan a la capacidad de obrar, más aún después de la consagración constitucional de los principios de libre desarrollo de la personalidad y de no discriminación, como pone de manifiesto **Gordillo Cañas, Antonio**: Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos. Madrid, 1986, ed. Tecnos, págs. 48-57, analizando particularmente la situación de la mujer casada, para el citado autor el estado civil sin ser ya determinante de la capacidad de obrar, quedará relegado a puro indicador de ciertas situaciones personales, estables y especialmente significativas, atractivas - por ello - del estatuto jurídico básico de las personas en función de tales situaciones. Como consecuencia de ello, otro sector de la doctrina ha desplazado el centro de gravedad del concepto de estado civil, sin cuestionar la enumeración propuesta de estados civiles, al aspecto meramente adjetivo. En este sentido **Echeverría Delgado, Jesús**, en **Lacruz Berdejo, José Luis**: Elementos de Derecho Civil I. Parte general. Personas, Vol. 2.º. Madrid, 1998, ed. Dykinson, págs. 24-26, entiende que la legislación vigente emplea la locución "estado civil" en un sentido, al parecer bastante preciso, para calificar una pluralidad de relaciones jurídicas a las que cabe aplicar un tratamiento homogéneo. El interés práctico del concepto de estado civil reside precisamente en esta posibilidad de aplicar un mismo régimen jurídico - por más que la ley nos lo proporcione sólo de una forma fragmentaria y desordenada - a los diversos casos incluidos, en particular por lo que se refiere a la prueba y a las acciones de estado. Por ello puede decirse que son en buena parte los aspectos judiciales los que han impuesto la noción de estado civil al legislador y a la doctrina. De acuerdo con ello, algunos de los estados civiles determinan la capacidad de obrar (como los derivados de la edad o de la incapacitación); otros, por el contrario, no le afectan (como los que derivan del matrimonio o la filiación); todos (además, en su caso, de afectar a la capacidad de obrar) definen la situación jurídica de la persona en la sociedad, y le atribuyen determinadas facultades o acciones (de estado). Más recientemente, **Ramos Chaparro, Enrique**: Ciudadanía

se encuentran las personas desde que nacen hasta que cumplen los dieciocho años de edad - siempre que no estén emancipadas -. La significación otorgada por la doctrina española a este concepto de "estado civil" es el consignado en Las Partidas. Apunta el Código Alfonsino que *estado* "es la condición o manera en que los hombres viven o están"⁶⁵. Desde luego se observa el carácter romano de esta definición, pues supone que la capacidad jurídica no va unida a la naturaleza racional del ser, sino que, por el contrario, es concesión de la Ley⁶⁶.

Por su parte, DE CASTRO distingue dentro del estado civil del menor de edad tres situaciones diversas, cada una con su especial carácter jurídico: la del menor de edad que carece de independencia - menor no emancipado -; la del menor de edad emancipado, que goza legalmente de independencia; y la del menor de edad de vida independiente⁶⁷.

y Familia: los estados civiles de la persona. Barcelona, 1999, ed. Cedecs, págs. 131-136, ha sustentado una tesis estricta sobre el estado civil, según la cual sólo deben considerarse tales los estados de ciudadanía (nacionalidad y vecindad civil) y de familia (matrimonio y filiación), quedando el estado civil definitivamente desligado de la capacidad de obrar y reducido a denotar la dimensión de la sociabilidad esencial del ser humano: su integración en la comunidad y la familia.

⁶⁵ Ley 1ª, tít. 23, Partida IV.

⁶⁶ **Arambuero Machado, Mariano**: La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España. Madrid, 2ª edición, 1931, pág. 15, nos recuerda que en Roma no todos los hombres eran iguales, no todos ostentaban capacidad de Derecho, sino que eran precisas condiciones - libertad, ciudadanía y familia - para poseerla, pero como la posesión o carencia de alguna o de todas estas cualidades supone cierta manera de ser o estar, de ahí la palabra estado, locución propia en sentido jurídico. **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 25, señala de manera reiterada que la capacidad de obrar en sentido amplio depende del estado civil de la persona, y ésta tiene aquella capacidad que la ley atribuye al estado civil que en cada momento detenta: de mayor de edad, de menor de edad, de emancipado o de incapacitado, entre otros. En este mismo sentido se manifiesta **Amores Conradi, Miguel Ángel**: "Comentario al artículo 12 de la Constitución española" en **Casas Baamonde, María Eulalia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.)**: Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario. Toledo, 2009, Ed. Fundación Wolters Kluwer, pág. 225, quien considera que la minoría de edad es un estado civil, o más simplemente una cualidad de la persona que determina su posición ante el Derecho, su consideración por el Ordenamiento jurídico.

⁶⁷ **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Parte General. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 172.

Por último, y centrando de nuevo nuestra atención en el artículo uno de la Convención sobre los Derechos del Niño, cabe resaltar que, a pesar de la fórmula de consenso adoptada, varios Estados parte consideraron necesario presentar declaraciones o reservas al contenido del mencionado precepto. Esta práctica reservista, se justificó en la necesidad de interpretar las disposiciones de la Convención de acuerdo con los valores propios de cada pueblo y las realidades sociales y culturales de cada región⁶⁸.

En este sentido, el representante de la República Argentina manifestó, en el momento de la firma del Tratado internacional - 29 de junio de 1990 -, que debía interpretarse por niño, todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años. En igual modo se pronunció durante la ratificación del Convenio - 4 de diciembre de 1990 -⁶⁹.

La visión argentina responde a los principios contenidos en su derecho positivo vigente y en su orden público interno, pues su Código Civil y la Ley 23264 sobre filiación y patria potestad, en su numeral 264, establecían que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos para su protección y formación integral desde la *"concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado"*.

⁶⁸ **Goonesekere, Savitri**: "The norm of the best interest of the child in some South Asian countries", en Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, pág. 310, afirma que éste fue, por ejemplo, el argumento esgrimido por los gobiernos del Sudeste asiático en el momento de presentar sus reservas al articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

⁶⁹ **Comité de los Derechos del Niño**: Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/C/2/Rev.8, de 7 de diciembre de 1999, pág. 13. Tal y como identifican **Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis M^a**, op.cit. pág. 111, en muchos Códigos de la infancia, sobre todo en América Latina, excepto en los casos de Brasil y México, se opta por incluir en la definición del niño desde el momento de la concepción.

Añadir, además, que el Gobierno de la República Argentina ha ratificado la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Ley 23054, que apunta que toda persona - término equivalente a "ser humano" de acuerdo con su artículo inicial - tiene derecho a que se respete su vida "*generalmente a partir del momento de la concepción*" - artículo 4º -⁷⁰.

Contrariamente a la visión ofrecida por los miembros de la comisión delegada de la República Argentina, los representantes del Reino Unido consideraron que el texto de la Convención sólo es aplicable en el caso de los nacidos vivos⁷¹. Postura confirmada con posterioridad por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en el informe inicial presentado ante el Comité de los Derechos del Niño en 1994⁷².

Finalmente, destacar que los delegados de otros Estados partes, tales como Indonesia⁷³ o Malasia, también presentaron sendas reservas al contenido del artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, argumentando que el mencionado precepto debía aplicarse de conformidad con su normativa interna - la Constitución para el caso indonesio; y el texto constitucional, las leyes nacionales y las políticas gubernamentales para Malasia -.

⁷⁰ **Comité de los Derechos del Niño:** Informe Inicial presentado por la República Argentina con arreglo al artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño, CRC/C/8/Add.2, de 23 de agosto de 1993, págs. 29-31.

⁷¹ **Comité de los Derechos del Niño:** Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos el Niño, CRC/C/2/Rev.8, de 7 de diciembre de 1999, pág. 32.

⁷² **Comité de los Derechos del Niño:** Initial Reports of States parties due in 1994. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CRC/C/11/Add.1, 28 March 1994, Annex.

⁷³ Según la legislación Indonesia la definición de niño puede variar en función de la situación. Sin embargo, la regla general contenida en la Child Welfare Law nº. 4/1979 considera como niño a toda persona menor de 21 años, no casada. Vid. **Comité de los Derechos del Niño:** Initial Reports of States parties due in 1992. Indonesia, CRC/C/3/Add.10 and Add.26, 8 March 1994, pág. 2.

En definitiva, al utilizar el término infancia para referirnos a un periodo determinado de la vida de un niño o de una niña, enmarcado dentro de unos límites cronológicos, los criterios seguidos para la fijación de estos espacios transitorios no harán sino indicarnos las pautas, normas o hábitos socioculturales con los que se relaciona ese concepto y el descrito margen temporal⁷⁴.

2.2. LA INFANCIA Y SU CONSIDERACIÓN INDIVIDUAL

Atendiendo a su estado de desarrollo personal y psicosocial, la infancia también puede concebirse desde una perspectiva individual. Este enfoque, predominante en las investigaciones relativas a los niños, niñas y adolescentes hasta bien entrado el siglo XX, orientado más al estudio de las características particulares de las personas menores de edad que a la niñez entendida como un grupo social, plantea diversas vicisitudes conceptuales que dificultan su comprensión⁷⁵.

Desde esta óptica o encuadre de apreciación, tanto la descripción como el conocimiento de la evolución individual y psicológica de la infancia se priorizan sobre el estudio de sus reales condiciones de vida – el espacio vital, el tiempo propio, sus actividades, la participación, su ubicación dentro del sistema de distribución -. Es por ello, que la denominada como nueva sociología de la infancia⁷⁶ surge para tratar de dar respuesta a los diferentes dilemas y disyuntivas planteados desde esta línea argumental.

⁷⁴ Casas Aznar, Ferran: Infancia: perspectivas psicosociales. Barcelona, 1998, ed. Paidós, pág. 23.

⁷⁵ Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.): Informe 2002. La Infancia i les Famílies als inicis del segle XXI. Barcelona, 2002, ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), págs. 29-30.

⁷⁶ James, Allison y Proud, Alan: "A new paradigm for the sociology of childhood?. Provenance, promise and problems" en James, Allison y Proud, Alan (Ed.): Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood. Brighton, 1990, ed. Routledge Falmer, págs. 7-15, utilizan la expresión *paradigma de la sociología de la infancia* para referirse a esta nueva metodología de aproximación a la realidad de los niños, niñas y adolescentes en nuestra sociedad. Por su parte, Corsaro,

Un primer déficit con el que topa esta denostada, que no superada, visión personalista del término infancia, se infiere de la preocupante invisibilidad estadística a la que está sometido este sector de la población⁷⁷. Es obvio que desde esta contemplación personalista de los niños, niñas y adolescentes no existe razón alguna que justifique la necesidad de reunir datos y construir indicadores estadísticos sobre su presencia activa en la sociedad. En efecto, la mayor parte de la información cuantitativa de la que se dispone⁷⁸, relativa al grupo de ciudadanos menores de 18 años, no ha sido recogida, analizada y sistematizada, con la intención

William A.: The sociology of childhood. Thousand Oaks, 1997, ed. Pine Forge Press, pág. 4, sostiene que la llamada sociología de la infancia consiste en el estudio del espacio socialmente construido en que se produce el desarrollo infantil y de la forma en que los adultos y los niños interaccionan en tal marco estructuralmente delimitado.

⁷⁷ **Saporiti, Angelo**: "Statistics in Childhood" en Seminario Europeo Poverty, social exclusion and the right to optimal development, celebrado en Girona del 8 al 17 de septiembre de 1999 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights. Girona, 2000, ed. Universitat de Girona, págs. 85-91, nos pone de relieve lo que él denomina como la "invisibilidad social de la infancia", aspecto éste que queda patente en la dificultad de hallar estadísticas que muestren datos desagregados referentes a niños/as y adolescentes. En este mismo sentido se pronuncia **Rodríguez Pascual, Iván**, op. cit. pág. 76, quien considera que el rasgo común de dificultades que presenta la investigación en el campo de la infancia, en su variante cuantitativa, es la invisibilidad estadística de los menores, que no suelen convertirse en unidades de observación dificultando el acceso a los mismos; mientras que en la cualitativa las complicaciones parecen resultar de la complejidad del acceso personal a los niños, la interpretación de su conducta y discurso, así como de las implicaciones éticas de tal acceso. Por su parte, **Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.)**, op.cit. págs. 4 y 26, también hacen referencia a la invisibilidad estadística y social de la infancia. Asimismo, **Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.)**: Informe 2004. Infància, Famílies i canvi social a Catalunya. Barcelona, 2005, ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), pág.8, reiteran que existe una carencia escandalosa – refiriéndose en concreto a la situación de Cataluña y España – de fuentes de información fiables y de datos estadísticos para analizar la realidad social. También **Urra Portillo, Javier**, op. cit. pág. 155, destaca la insuficiencia de datos que contemplan a la infancia como categoría sociológica sobre los distintos aspectos de su bienestar y el grado de reconocimiento de sus derechos. Todo ello viene provocado, concluye dicho autor, por la invisibilidad del niño en la familia. A nivel internacional, el **Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF**: Pobreza infantil en perspectiva. Un panorama del bienestar infantil en los países ricos. Report Card nº. 7. Florencia, 2007, ed. Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, pág. 3, también considera que dado el valor potencial de este ejercicio – refiriéndose al estudio presentado – se han hecho todos los intentos posibles por superar las limitaciones de los datos. No obstante, los datos disponibles pueden no ser los ideales y existen vacíos notorios.

⁷⁸ **Rubio, M^a. José & Varas, Jesús**: El análisis de la realidad en la intervención social. Métodos y técnicas de investigación. Madrid, 1997, ed. CCS, págs. 229-238, entienden que el método cuantitativo de análisis de la realidad social, también denominado distributivo, trata de describir y explicar los hechos sociales desde sus manifestaciones externas. Este sistema se vale de los números y del recuento de frecuencias. Mientras que, por el contrario, el método cualitativo se fundamenta en la interpretación subjetiva de los fenómenos y situaciones sociales a partir del discurso – destacan la importancia del lenguaje y de la interpretación de los hechos humanos -.

real de tratar directamente aspectos vinculados con el devenir de este sector poblacional, sino que por el contrario, se trata de datos en los que las personas menores de edad se hallan de alguna manera involucradas. En no pocas ocasiones, en el ámbito del análisis e investigación social, la niñez resta embebida, se fusiona con la institución familiar - categoría que suele hacer referencia principalmente a los progenitores y sus circunstancias -, hasta el punto de constituir una unidad inseparable de ella; aspecto éste que dificulta la visibilidad de su parte más débil como entidad con autonomía propia⁷⁹.

Es cierto que en la actualidad se cuenta con un gran número de encuestas, investigaciones, estudios e informes que pretenden mostrar, desde distintas perspectivas y mediante la utilización de diversas metodologías y técnicas de análisis de la realidad material⁸⁰, cual es el nivel de bienestar y los cambios que acontecen en la vida de los niños, niñas y adolescentes. Los datos generados por todo este volumen documental deberían erigirse en elemento fundamental para el

⁷⁹ **Makrimiti, D.**: "Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a critical reappraisal" en **Qvortrup, Jeans; Bardy, Marjatta; Sgritta, Giovanni y Wintersberger, Helmut (Eds.)**: *Childhood Matters: social theory, practice and politics*. Aldershot, 1994, ed. Avebury, pág. 112, describe esta situación como la familiarización o ideologización de la familia. La misma idea nos aporta **John, Mary**, op. cit. págs. 75-76 y 80, al afirmar que la información relativa a la infancia es dispersa, ya que se recoge pensando en la perspectiva de la familia, de la escuela, de las actividades y oportunidades de la mujer, de los intereses profesionales o burocráticos, y es en definitiva adultocéntrica. A ello añade dicha autora, que esa ausencia de la niñez de las estadísticas oficiales es claro ejemplo de su escasa importancia en la mente de las autoridades y del mundo adulto en general. Por su parte, **Commaille, Jacques**: "L'enfant européen" en **Gadbin, Daniel y Kernaleguen, Francis (Dir.)**: *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*. Bruselas, 2004, ed. Bruylant, pág. 26, considera que hay que esperar hasta la Convención de 1989 para que el niño se considere como un individuo distinto, autónomo, en contraposición con la situación anterior que siempre lo consideraba como un integrante inseparable de la familia. Finalmente, **Álvarez Vélez, M^a. Isabel**: "Política familiar en el marco de las competencias y la organización autonómica en España" en **Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.)**: *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 174-175, prescribe que poco a poco se va desvinculando la política social de infancia de la política familiar que abarca a todas las familias y no solo a las que presentan situaciones de riesgo o desamparo.

⁸⁰ **Rubio, M^a. José y Varas, Jesús**, op. cit. pág. 217, advierten que no deben confundirse los conceptos *método* y *técnicas* de investigación. Las técnicas son instrumentos concretos de los que se vale cada método para recabar la información deseada. En este sentido, puede afirmarse que las técnicas son particulares, mientras que el método es general. Dentro de un método, por tanto, pueden utilizarse diversas técnicas.

posterior diseño de políticas públicas; para la presentación de iniciativas legislativas acordes con las necesidades detectadas; y, en definitiva, para la toma en consideración de un sector de la ciudadanía que paulatinamente va adquiriendo mayor relevancia social. Sin embargo, todavía se constatan innumerables inconvenientes para adecuar y desagregar estos trabajos analíticos al intervalo 0-18 años⁸¹. Nos encontramos, pues, con una multiplicidad de valores fragmentados, parciales y que se refieren a diferentes categorías de edades⁸².

Para hacer frente a esas carencias, nuestra sociedad necesita dotarse de potentes instrumentos de obtención y análisis de datos básicos sobre la situación real de estas unidades de observación en que, estadísticamente hablando, deben convertirse las personas menores de edad⁸³. Es preciso, para ello, construir un sistema de

⁸¹ Buena muestra de ello, es la advertencia que encontramos en el estudio previo a la elaboración del Plan Director de Infancia y Adolescencia de Catalunya 2010-2013, **Generalitat de Catalunya. Departamento de Acción Social y Ciudadanía**: Estudio poblacional y de servicios a la infancia y la adolescencia de Catalunya (Plan director de infancia y adolescencia 2010-2013). Barcelona, 2009, Colección Eines nº. 6, ed. Generalitat de Catalunya, pág. 17, que nos alerta sobre la falta de unicidad en los criterios de clasificación de los datos, según las franjas de edad. Aspecto éste último que puede generar ciertos problemas en el cruce de variables o en la interpretación de los resultados obtenidos.

⁸² **Instituto de Infancia y Mundo Urbano (CIIMU)**: La infancia en Cifras. Colección Observatorio de la Infancia, nº. 2. Madrid, 2006, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 9. También comparten esa opinión **García Ferrando, Manuel; Ibáñez, Jesús y Alvira Martín, Francisco**: El análisis de la realidad social: métodos y técnicas de investigación. Madrid, 1996, ed. Alianza Universidad Textos, págs. 115-117, al considerar que si bien es cierto que se ha mejorado en los últimos tiempos la calidad de los datos sociológicos – existen numerosas fuentes estadísticas que incluyen datos exhaustivos sobre aspectos demográficos y dimensiones socioeconómicas impensables tan solo hace unas décadas -, no puede obviarse que a pesar de tales avances, el conocimiento metodológico en relación a la producción de datos continúa sin ser sistematizado. Asimismo, y en esa misma línea, entre las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas tras el examen del II informe de España sobre aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, realizado en junio de 2002, se incluye la necesidad de perfeccionar los mecanismos de recopilación y análisis de datos, desglosados sistemáticamente sobre la población menor de dieciocho años en todas las esferas que abarca la Convención, prestando especial atención a los grupos más vulnerables. Vid. **Comité de los Derechos del Niño**: Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Informe presentado por España en virtud del artículo 44 de la Convención, CRC/C/15/Add. 185, de 13 junio de 2002, pág. 4.

⁸³ El Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 (PENIA), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de junio de 2006, establece como uno de sus objetivos – de entre los once que recoge - el establecimiento de un sistema permanente y compartido de información con la finalidad de mejorar el conocimiento de la situación de la infancia en España. Para un estudio más detallado de este

verdaderos indicadores clave que permitan representar y conceptualizar la realidad de la infancia, así como crear bases de datos que incorporen y sistematicen toda la información obtenida, en particular, la que presente cierta estabilidad y provenga de fuentes oficiales⁸⁴ - censos, registros institucionales, encuestas realizadas periódicamente por entidades acreditadas -. Esa perdurabilidad en el tiempo será la que permitirá en un futuro comparar situaciones, analizar y marcar tendencias e incluso detectar problemáticas emergentes⁸⁵. En este contexto parece adquirir plena vigencia el viejo axioma de que *para mejorar algo, primero hay que medirlo*⁸⁶.

Un segundo obstáculo que genera el concebir a la infancia en tanto que agregado de individuos diferentes - no como grupo social -, radica en el hecho de excluir la oportunidad de comprender los aspectos comunes que identifican a un colectivo de sujetos que comparten un mismo estatus dentro de la sociedad, y elimina también la posibilidad de llevar a cabo estudios comparativos entre épocas, niveles poblacionales y culturas diversas, así como examinar las relaciones que se generan entre los diferentes actores sociales intervinientes. Este enfoque individual nos

objetivo vid. **Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**: PENIA. Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009. Guía para la aplicación de los derechos de la infancia y la adolescencia en España. Madrid, 2007, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 14.

⁸⁴ El propio Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 (PENIA) enumera un listado de medidas a realizar para la consecución de sus objetivos. De entre estas medidas cabe destacar: 1. Establecer líneas de explotación estadística que contemplen la franja de edad cero - dieciocho; 2. Potenciar los boletines estadísticos de protección a la infancia; 3. Elaborar de forma periódica publicaciones y estudios sobre la situación social de la infancia; 4. Poner en marcha boletines o publicaciones sobre la situación estadística de la infancia o Infancia en cifras; 5. Promover la creación de Observatorios de la Infancia en las Comunidades autónomas y Corporaciones locales. Para acceder al listado completo de medidas vid. **Observatorio de la Infancia. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**: Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009. Madrid, 2006, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 28-29. En opinión de **Leach, Penélope**, op. cit. pág. 235, estamos aprendiendo gradualmente – refiriéndose a la sociedad norteamericana de mediados de los años noventa - a identificar algunos de los factores de riesgo que, amontonados uno encima del otro, hace que sea más probable que se acumulen unos resultados más corrompidos para los niños.

⁸⁵ **Instituto de Infancia y Mundo Urbano (CIIMU)**: La infancia en Cifras (2). Colección Observatorio de la Infancia, nº. 5. Madrid, 2007, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 9-11

⁸⁶ **Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF**, op. cit. pág. 3.

muestra a un/a niño/a que se desarrolla afectiva y cognitivamente al margen de los contextos en que vive, con total independencia de la influencia positiva o negativa que éstos puedan comportarle⁸⁷.

Así, para superar estas limitaciones, los defensores de la nueva sociología de la infancia propugnan observar al niño/a como un sujeto perteneciente a un grupo, estrato o clase social, cuyas características y comportamientos sean comprensibles en términos de leyes socioculturales. Ello nos permitirá abrir un nuevo abanico de opciones que integran, entre otras, las facultades de entender los aspectos representativos propios de todos aquellos individuos que comparten una misma posición o categoría social; trazar comparaciones socio-históricas entre diferentes épocas y culturas; y, asimismo, examinar las relaciones existentes entre estos nuevos actores sociales y los demás elementos integrantes de la misma comunidad - lo que comúnmente se conoce como las relaciones intergeneracionales -⁸⁸.

⁸⁷ **Brullet, Cristina y Torradadella, Laura:** "Infants i famílies. Situacions i condicions de vida" en **Gómez-Granell, Carme (Coord.):** La infància i les famílies als inicis del segle XXI. Barcelona, 2002, ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), págs. 29-30.

⁸⁸ A esa nueva línea de pensamiento sociológico se adscribe **Damon, William:** "Socialization and Individuation" en **Handel, Gerald (Ed.):** Childhood Socialization. New York, 1988, ed. Aldine de Gruyter, pág. 8, quien entiende que los/as niños/as no deben considerarse como meros recipientes pasivos de inputs sociales. Por ello, el comportamiento de un/a niño/a no puede fundamentarse única y exclusivamente en la suma total de las experiencias sociales que ha percibido del exterior. Por el contrario, los propios niños y niñas son agentes activos en la generación de las experiencias que afectarán a su desarrollo. Por tanto, concluye Damon, la socialización es un complejo proceso de interacción entre el menor y los demás agentes sociales presentes en su ámbito de actuación. Esta interacción tiene efectos bidireccionales, influye tanto al niño/a, como a aquellos sujetos con los que ha interactuado. En nuestro entorno cultural **Casas, Ferran y Saporiti, Angelo (Coords.):** Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña y Molise. Madrid, 2005, ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia, pág. 15, describen como poco a poco, ha ido ganando terreno entre los académicos la idea que el verdadero desafío estriba en entender las perspectivas infantiles, no sólo como curiosidad teórica, sino sobre todo con fines prácticos, con el objetivo de evitar la exclusión de los ciudadanos más jóvenes y, fundamentalmente, de promover que sean tenidos en cuenta en todas las dinámicas sociales que les afectan.

Además, considerar a la infancia como categoría social, esto es, como componente estructural duradero e integrado de la siempre compleja organización de la vida en colectividad⁸⁹, estable por lo que a su estructura se refiere, pero temporal por definición en cuanto a sus integrantes – de renovación continua⁹⁰-, constituye un nuevo abordaje teórico que nos permitirá dotar a la infancia de contenido y liberarla de su posición subordinada, o de la visualización de sus miembros como proyectos de persona, para abrir paso a su reconocimiento como fuerza vital actuante⁹¹.

En definitiva, esta nueva sociología de la infancia identifica a los niños, niñas y adolescentes como individuos integrantes de una construcción colectiva que se manifiesta a través de ciertas formas típicas de conducta, todas ellas relacionadas con un bagaje cultural particular⁹².

⁸⁹ **Beltrán Villalba, Miguel**, op. cit. págs. 21-23, considera que la realidad social es compleja y heterogénea. Compleja, en tanto que el objeto de estudio de las ciencias sociales es nada menos que el hombre en su dimensión social; y heterogénea al estar conformada por distintos fenómenos y situaciones de naturaleza variada. De la misma opinión son **Rubio, M^a. José y Varas, Jesús**, op. cit. pág. 218 y **García Ferrando, Manuel; Ibáñez, Jesús y Alvira Martín, Francisco**, op. cit. pág. 17.

⁹⁰ **Jenks, Chris (Ed.)**, op. cit. pág. 11.

⁹¹ **Rodríguez Pascual, Iván**, op. cit. pág. 51, recalca en su estudio que los menores de edad deben constituir un objeto de estudio *per se*, y no sólo en tanto que futuros miembros adultos de una sociedad. Esto no significa, apunta dicho autor, rechazar el postulado de que la infancia supone un momento de desarrollo, sino la afirmación de que este desarrollo no debe ocultar el hecho de que el niño pertenece a la vida social precisamente por serlo, en lugar de formar parte de algún tipo de limbo pre-social o escindido de la estructura social que lo acoge. Por su parte, **Hazard, Paul**: Los libros, los niños y los hombres. Barcelona, 1950, ed. Juventud, pág. 141, dice identificar en uno de los pasajes de la popular novela británica Tom Brown's Schooldays (1857) de Thomas Hughes, un primer embrión de esta nueva concepción de la infancia. Así, en una frase extraída del Diario de Rugby - escuela pública para niños en la que se ambienta la obra - se puede leer una cita del siguiente tenor: *si, por una parte, hemos de acordarnos que somos niños y escolares, por otra conviene tener presente que somos elementos constitutivos del cuerpo social, de una sociedad en la cual no sólo hemos de aprender, sino también actuar y vivir.*

⁹² **Jenks, Chris (Ed.)**, op. cit. pág. 12. También podríamos resumir esta idea con un aforismo recogido en el Talmud – libro sagrado del judaísmo - que reza del siguiente tenor: *No reclusas a tus hijos entre las cosas que tú has aprendido, porque son otros los tiempos en los que ellos han nacido.* Vid. **Arrese, Alex (trad.)**: La sabiduría del Talmud. Palma de Mallorca, 2002, ed. José J. de Olañeda, pág. 51.

2.3. LA CONSTRUCCIÓN DE LA CATEGORÍA DE INFANCIA A PARTIR DE SUS CARACTERÍSTICAS PSICOSOCIO-BIOLÓGICAS

En tercer lugar, también puede entenderse como infancia el conjunto de características psicosociobiológicas que presentan unos sujetos en estado de evolución⁹³, hasta el momento de alcanzar las características consideradas como propias de otra etapa posterior del desarrollo humano. Estaríamos, por tanto, ante una de las fases del ciclo vital de las personas⁹⁴. Se concibe al niño o a la niña como naturaleza, como ser esencial de propiedades universales y capacidades inherentes cuyo desarrollo es tenido por un proceso innato – determinado biológicamente conforme a las leyes generales -, a menos, por supuesto, que presente algún tipo de anormalidad.

En este contexto, PIAGET⁹⁵ considera que el desarrollo mental del niño/a aparece globalmente como una sucesión de tres grandes construcciones⁹⁶, cada una de las cuales prolonga la precedente, reconstruyéndola en un nuevo plano, para sobrepasarla a continuación en mayor medida. Esa integración de estructuras

⁹³ Consideran, **Rubio, M^a. José y Varas, Jesús**, op. cit. págs. 103 y 114-118, que el ámbito psicológico o microsistema propio de las personas está configurado por los elementos que constituyen en su interrelación la estructura de personalidad de cada individuo. Estos elementos se agrupan en torno a tres dimensiones: biológica, psicológica y social o ambiental. La primera de las dimensiones tiene que ver con los aspectos hereditarios, fisiológicos, motrices, es decir, con los contenidos orgánicos. La dimensión psíquica integra los elementos cognitivos, emocionales y conductuales de la persona. La última de las dimensiones se refiere a los factores externos que han influido en el individuo durante su desarrollo e influyen en su comportamiento actual, como la educación, las relaciones familiares, la interacción con los demás, el apoyo social, en definitiva, el medio social y ambiental del individuo.

⁹⁴ **Gaitán, Lourdes**: Sociología de la Infancia. Madrid, 2006, ed. Síntesis, pág. 15.

⁹⁵ Jean Piaget, filósofo y psicólogo suizo, fue uno de los precursores en el estudio de la evolución mental en el niño. **Malaguzzi, Loris**: La educación infantil en Reggio Emilia. Temas de infancia n.º. 3. Barcelona, 2001, ed. Octaedro. Rosa Sensat, pág. 67, se refiere a él como la persona que estando mucho tiempo con los niños, les ha dado una identidad, profundizando en el tiempo y forma de su desarrollo.

⁹⁶ **Piaget, Jean**: El nacimiento de la inteligencia en el niño. Neuchâtel, 1977, ed. Abaco, pág. 35, traza las etapas del desarrollo cognoscitivo sobre el entero período de la niñez, desde la infancia hasta la adolescencia.

encadenadas, cada una de las cuales lleva a la formación de la subsiguiente, nos permite dividir el desarrollo de las personas en grandes períodos o subestadios⁹⁷. Esos ciclos en el desarrollo mental del niño y de la niña responden a tres criterios sustanciales: 1) su orden de progresión es constante. Ello a pesar de que las edades promedio puedan circunstancialmente variar de un individuo a otro, atendiendo por ejemplo, a su grado de inteligencia o al ambiente social que les rodea; 2) cada grado se caracteriza por una estructura de conjunto, en función de la cual pueden justificarse las principales reacciones particulares y; 3) esas composiciones grupales tienen carácter integrativo, no sustituyéndose unas a otras. Así, cada una de ellas resulta de la precedente, que la incorpora como estructura subordinada y prepara la venidera, sumándose antes o después en la misma.

Esta construcción produce un niño que se concibe más como un fenómeno natural que como uno de tipo social: un niño abstraído y descontextualizado, esencializado y normalizado, definido o bien a través de nociones abstractas de madurez o bien mediante estadios de desarrollo. Ni la influencia de la cultura ni la acción de los propios niños son tenidas en cuenta. La atención se centra, a nivel individual, en cada persona menor de edad, quien, independientemente del ambiente que la rodea, sigue una secuencia estándar de estadios biológicos que constituyen un camino hacia la realización plena o una progresión escalonada hacia la madurez. La infancia es, en definitiva, una etapa fisiológicamente determinada, previa al estatus humano pleno⁹⁸.

⁹⁷ **Piaget, Jean**: Psicología del niño, 8ª edición. Madrid, 1978, ed. Morata, págs. 151-152.

⁹⁸ **James, Allison y Proud, Alan**, op.cit. pág. 10. De esta misma opinión, es uno de los padres de la pedagogía norteamericana, **Dewey, John**: Democracia y educación. Una introducción a la filosofía de la educación. Traducida por Lorenzo Luzuriaga. Buenos Aires, 1971, ed. Losada, págs. 11-12, quien sostiene que los seres humanos jóvenes son tan inmaduros que si se les dejara entregados a sí mismos sin la guía y el socorro de los demás, no podrían ni aun adquirir las destrezas rudimentarias necesarias para la mera existencia física. Por su parte, **Claparède, Édouard**: Psicología del niño y pedagogía experimental. Madrid, 1927, ed. Francisco Beltrán, págs. 465-469, defiende que la infancia constituye una etapa de la evolución psicobiológica

Durante el devenir de la historia, utilizando conscientemente o no esta categorización de la que nos hablaba Piaget, se repiten los casos en que el mundo adulto ha establecido una diferenciación entre el/la niño/a pequeño/a, con sus predilecciones por los juegos y con su carencia general de auténtica comprensión, y el adolescente, del que se piensa que ha llegado a una edad de uso de la razón y que es, por consiguiente, responsable de sus actos⁹⁹. Este aspecto, queda perfectamente ilustrado en un relato, a propósito del joven Moisés, que encontramos recogido en el Talmud – obra sagrada para los judíos -.

Por aquellos días, cuando Moisés tenía tres años, el Faraón, que se encontraba sentado a la mesa del banquete, con su reina a la derecha, Batía a su izquierda y sus dos hijos, con Bil'am y los príncipes de su reino junto a él, puso a Moisés sobre sus rodillas. El niño extendió sus dos brazos y tomando la corona real que estaba sobre la cabeza del Faraón la colocó sobre la suya propia.

que posee una significación propia y que no debe ser acortada, en la que el/la niño/a se prepara para su futura cristalización.

⁹⁹ **Piaget, Jean**, op. cit. pág. 11, entiende que la adolescencia es la fase de transición que marca la inserción del individuo en la sociedad adulta. Y por tanto, el crecimiento mental es indisociable del crecimiento físico. Tal y como examinan críticamente **Di Carlo, Enrique y Gamba, Ricardo**: Estudios en educación. Un examen desde Platón a Piaget. Madrid, 2003, ed. Paideia, págs. 131-179, Piaget plantea también, desde una visión evolucionista, la existencia de tres etapas en el desarrollo del juicio moral en el niño: la fase de la inteligencia motriz – en la que no hay propiamente criterio moral, pues aún no hay lenguaje -; la fase del egocentrismo – entre los seis, siete y ocho años de edad, en la que el juicio del niño está determinado por el respeto unilateral y sagrado de la autoridad adulta, así la relación con los demás niños es nula, el resto de niños apenas si son algo más que objetos -; y, finalmente, la fase de la autonomía – el mundo adulto omnipresente en la etapa anterior, desaparece aquí por completo. El proceso de construcción moral del juicio se basa en el acuerdo y la relación con los otros niños pasa a ser entre reconocidos iguales -. Esa misma estructura evolutiva aparece reflejada en **Petrini, Enzo**, op. cit. págs. 201-202, quien identifica en la infancia una primera etapa *animista* - de los cinco a los siete años - , caracterizada por su egocentrismo; una segunda - de los siete a los nueve -, identificada, en cambio, por su *sociocentrismo*, el niño va descubriendo las primeras relaciones entre las cosas. Es la fase de los porqués o de lo maravilloso; y finalmente, una tercera etapa, *fantástico-realista* - desde los nueve años hasta la adolescencia - en que el niño echa pie a tierra, centra su atención en lo real y trata de entenderlo. Ya no le basta la vía de la fabulación o el misterio, sino que desea conocer los datos reales.

El Rey y el pueblo allí congregado pensaron que esa acción tenía un significado, y el Faraón preguntó:

¿Cómo debe ser castigado este niño hebreo?

Entonces dijo Bil'am, el hijo del mago Be'or: no pienses en eso, porque el niño es joven y lo que hizo lo hizo sin pensarlo...

Cuando se reunieron los jueces y los hombres sabios siguiendo las órdenes del Rey, Jetro, sacerdote de Madian, fue con ellos. El Rey relató la acción del niño y el consejo que le dio Bil'am, y solicitó su opinión sobre ello.

Entonces Jetro, deseoso de salvar la vida del niño dijo:

Si agrada ello al Rey, pónganse dos bandejas delante del niño, la una conteniendo fuego y la otra oro. Si el niño alarga su mano para coger el oro entenderemos que es un niño que sabe comprender y consideraremos que actuó con conocimiento, mereciendo por consiguiente la muerte. Pero si coge el fuego se le perdonará la vida.

El Rey aprobó este consejo y delante del niño Moisés se colocaron las dos bandejas, la una con oro y la otra con fuego. El niño extendió su mano y, cogiendo el fuego, lo llevó a su boca, quemando su lengua, por lo que quedó en adelante torpe de boca y torpe de lengua como se menciona en la Biblia. Gracias a esta acción infantil fue salvada la vida de Moisés¹⁰⁰.

En este pasaje se distinguen claramente los dos niveles de evolución contrapuestos a los que anteriormente hacíamos referencia, representados: o bien, por una respuesta inmadura ante el fuego, más atractivo aunque más peligroso, o por una reacción responsable ante el oro, menos llamativo pero de más valor. Bajo este

¹⁰⁰ **Berman, León:** Leyendas del Talmud y del Midrás. Barcelona, 2002, ed. Riopiedras, págs. 123-124.

prisma, se vendría a considerar a la niñez como un período en el que la capacidad de entendimiento se haya retenida¹⁰¹.

En definitiva, podemos concluir afirmando que en la mayoría de sociedades se ha venido estableciendo una distinción entre los/as niños/as que todavía no han alcanzado la edad que se considera como la del comienzo del razonamiento, esto es alrededor de los siete años, y los que han pasado a la etapa siguiente, cuando ya se espera más y cuando, de ordinario, se ha iniciado la instrucción general básica¹⁰². Así, intelectualmente hablando, parece que los individuos desarrollan determinadas capacidades cognoscitivas en estadios perfectamente predecibles¹⁰³. En el curso de este proceso de desarrollo mental, los más pequeños se encuentran a merced de sus percepciones inmediatas, ya que no les es posible basar su comprensión en consideraciones que no sean el aquí y el ahora. Con el transcurso del tiempo, su manera de razonar se aproximará cada vez más al sistema estructural propio de los adultos, aunque posiblemente nunca alcanzará poderes de pensamiento abstracto si no se le imparte enseñanza formal¹⁰⁴. Por tanto, si la infancia se define, pues, como un proceso de conversión en adulto, implícitamente se está considerando que la madurez es un estado completo; y, por consiguiente, a quienes no alcanzan todavía

¹⁰¹ **Tucker, Nicholas**, op. cit. págs. 124-125.

¹⁰² **Piaget, Jean**, op. cit. pág. 83, veía ese momento como el paso del *período pre-operativo* (de los tres a los ocho años) al *período de las operaciones concretas* (de los ocho a los once años) en la evolución del desarrollo intelectual del niño.

¹⁰³ Para **Ruiz, Mariel**: "Representación e infancia: dos conceptos en crisis" en **Davila, Paulí y Naya Garmendia, Luís M^a (Coords.)**: La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo II. Donostia, 2005, ed. Espacio Universitario Erein, págs. 75 y 76, ha sido la psicología la ciencia encargada de tratar de comprender a los niños como seres que se desarrollan por medio de una secuencia lógica de *edades y fases* hacia la madurez o hacia un estado de racionalidad adulta. Esta mirada de la infancia, concluye el autor, como individuos presociales impide o choca con la posibilidad de considerarlos seres sociales o desde luego ciudadanos. Esta misma concepción la encontramos en **Buckingham, David**, op. cit. págs. 25-26, quien apunta que la psicología define el cambio que los niños experimentan a lo largo del tiempo como un proceso teleológico de desarrollo hacia una meta decretada de antemano.

¹⁰⁴ **Tucker, Nicholas**, op. cit. pág. 136.

este estado se les juzga desde el punto de vista de la patología individual, y, de este modo, se identifican como casos que requieren de un tratamiento y de una especial atención.

A este desarrollo estratificado, consistente en la consolidación suficiente de las facultades intelectivas y volitivas de un individuo, hay que añadirle un ulterior componente que, una vez adquirido, a través de un proceso de aprendizaje de carácter general, terminará por conducir al sujeto a un estado de reconocimiento socio-jurídico de capacidad natural de autogobierno. Efectivamente, una vez que el intelecto y la voluntad han llegado a un grado suficiente de madurez psicobiológica, le falta todavía a la persona para poder desenvolverse por sí misma, la experiencia suficiente para hacerlo. De manera que en un momento inicial, el menor es protegido básicamente por la falta - o limitada presencia - de las facultades de raciocinio y determinación; y en una segunda fase, considerablemente más próxima a la mayoría de edad, la protección deriva de la inexperiencia del menor en el manejo de esas facultades de las que ya dispone, en relación con su propia autogestión.

De lo apuntado deducimos que ciertos conceptos y clasificaciones provenientes de la psicología evolutiva, como por ejemplo el de los estadios universales del desarrollo humano, han contribuido de manera notable no sólo a la construcción de nuestras imágenes sobre los niños, las niñas y los adolescentes y a nuestra interpretación acerca de sus necesidades, sino que, también, han coadyuvado a la elaboración y a la consolidación de una perspectiva o panorámica global del mundo de la infancia y de todo aquello que la rodea¹⁰⁵. La doctrina habla así de un *niño científico*, configurado esencialmente a través de la psicología del desarrollo.

¹⁰⁵ Para **Burman, Erika**: *Deconstructing Developmental Psychology*. London, 1994, ed. Routledge, págs. 183-185, la psicología evolutiva que conocemos está ligada a la cultura que la produjo. Así, al proporcionar

2.4. LA INFANCIA COMO UN CONCEPTO SOCIAL RELEVANTE PARA EL DERECHO

Finalmente, la infancia también resulta ser aquello que la gente dice o considera que es¹⁰⁶, una imagen colectivamente compartida¹⁰⁷, que va mutando históricamente. Es decir, ante la palabra-estímulo niñez, los ciudadanos de un territorio dado, o los miembros de determinados grupos sociales o culturales, desarrollan automáticamente una serie de asociaciones de ideas que configuran un conjunto de conocimientos lógicos, asumidos por la mayoría de miembros de esa comunidad. Se trataría, en definitiva, de un conocimiento socialmente elaborado y compartido¹⁰⁸.

algo que se anuncia como un modelo general y universalista de desarrollo, la psicología evolutiva constituye un ingrediente vital de la *globalización de la infancia*. Por lo general, concluye dicha autora, el concepto de infancia al uso es una construcción occidental que está siendo actualmente incorporada, como si de algo universal se tratase, en las políticas de ayuda y desarrollo.

¹⁰⁶ De nuevo citar las conclusiones a las que llegaron **Aguinaga Roustan, Josune y Comas Arnau, Domingo**, op. cit. pág. 10, tras un intenso trabajo de campo, en el que trataron de desvelar la visión que los adultos tienen sobre el grupo de población más joven. Uno de los resultados del estudio reza del siguiente modo: "Todas las miradas de los adultos, cuando inquirimos por niños, niñas y/o adolescentes se dirigen a un espacio social y a unos sujetos a los que se atribuye algún tipo de dependencia, - dependencia familiar en general -, y se les contempla en un proceso de logro de mayores cotas de autonomía personal, que parte de una dependencia total – el recién nacido – y que acaba en una autonomía total – otra vivienda, una familia propia, emancipación laboral...-. Ciertamente, la relación dependencia versus autonomía, ha sido utilizada para distinguir entre niñez y adolescencia, situando el inicio de esta última etapa en aquel punto en el que la identidad personal – los rasgos de autonomía – comienzan a predominar sobre los rasgos de dependencia". Otro ejemplo nos lo ofrece **Casas Aznar, Ferran**: "Infancia y representaciones sociales" en *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006, pág. 29, quien apunta que si hoy viajamos al Senegal, a unos quinientos kilómetros de la capital se encuentran culturas vecinas con concepciones bien distintas sobre la infancia. Para unas la infancia es el conjunto de personas que aún no presentan signos visibles de pubertad; para otras integra a aquellas personas que no han superado con éxito un determinado rito iniciático, cuyo primer intento en algunos casos se realiza hacia los diecinueve años.

¹⁰⁷ **Cyrułnik, Boris**, op. cit. pág. 50, entiende que los comportamientos que adoptan (las personas que nos rodean) respecto del niño constituyen una especie de biología periférica, un elemento sensorial material que dispone en torno del niño un cierto número de guías, directrices a lo largo de las cuales deberá desarrollarse. Asimismo señalar que dicho autor resume su exposición teórica en una sola frase: *hacer que nazca un niño no basta, también hay que traerlo al mundo*.

¹⁰⁸ **Moscovici, Serge**: *Psicología Social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales*, 2ª reimpresión. Barcelona, 1993, ed. Paidós, pág. 473, nos define lo que él denomina como *representación social*. Considera el autor que esta noción nos sitúa en el punto de intersección entre lo psicológico y lo social. Es el *conocimiento de sentido común*. Este conocimiento, prosigue Moscovici, se constituye a partir de nuestras experiencias, pero también de las informaciones, conocimientos y modelos de pensamiento que

El propio DIEZ-PICAZO, al definir la voz menor de edad, entiende que los años de vida de las personas representan una condición o una cualidad del individuo que es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición del sujeto dentro de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad. Conviene, sin embargo, observar que en el establecimiento de las diferentes edades significativas para el derecho pueden penetrar e influir factores tanto biológicos, como sociales o culturales. Hay, de este modo, momentos cronológicos que constituyen auténticas categorías biológicas - por ejemplo la pubertad - y *aetas* que dependen de las creencias o convicciones de los miembros del grupo humano respecto a la protección que a las personas se debe otorgar o de la libertad que se les debe atribuir¹⁰⁹.

El concepto analizado se subsume, por tanto, en un espacio definido externamente, de algún modo ajeno a sus protagonistas; reflejo de unas relaciones de dominación similares a las que hasta no hace muchas décadas se observaban con respecto a las mujeres, donde el margen para su actuación y su papel en la sociedad era instrumentado desde instancias ajenas a ellas¹¹⁰. La categoría infancia es, en suma, una representación colectiva producto de las formas de cooperación entre grupos sociales también en pugna, de relaciones de fuerza y de estrategias de dominio¹¹¹.

recibimos y transmitimos a través de la tradición, la educación y la comunicación social. Se trata, pues, de un conocimiento socialmente elaborado. Por su parte, **Buckingham, David**, op. cit. pág. 20, señala que la definición y el mantenimiento de la categoría infancia depende de la producción de dos tipos principales de discursos. Primero, los que sobre la infancia producen los adultos fundamentalmente para los adultos. Segundo, los discursos que los adultos generan para los niños, en forma de literatura, televisión u otros medios infantiles, que, pese al calificativo, muy raramente son producto de los propios niños.

¹⁰⁹ **Díez-Picazo Ponce de León, Luís**, en la voz "menor edad" en la Nueva Enciclopedia Jurídica, T. XVI. Madrid, 1978, Ed. Francisco Seix, S.A., pág. 271.

¹¹⁰ Para **Tucker, Nicholas**, op. cit. pág. 34, todo concepto de infancia o niñez es simplemente un fenómeno estructurado por el hombre. Así, la infancia puede ser extendida y prolongada en algunos períodos de la historia y en otros abreviada según sean las apreciaciones de los adultos, las necesidades y las esperanzas.

¹¹¹ **Alzate Piedrahita, María Victoria**: "Concepciones e imágenes de la infancia", en Revista de Ciencias Humanas, año 8, núm. 28, junio de 2001, pág. 3. Para **Goldstein, Joseph. I.**: "¿En el interés superior de

La representación social que la humanidad ha tenido con respecto a los niños y las niñas a lo largo de los siglos ha ido evolucionando. Así, la noción de infancia que hoy en día impera en las sociedades occidentales y que nos parece una evidencia fuera de toda duda¹¹², no ha existido ni mucho menos durante toda la historia moderna, sino que por el contrario es una creación reciente, que emerge definitivamente sólo después de la revolución industrial¹¹³. La idea, por ejemplo, de que el niño o la niña es un sujeto titular de derechos, no quedará plasmada en la normativa internacional hasta la aprobación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989¹¹⁴.

quién?" en **Beloff, Mary**: Derecho, infancia y familia. Barcelona, 2000, Ed. Gedisa, págs. 118 y 119, a los ojos de la justicia, ser un niño es estar en riesgo, ser dependiente y no tener capacidad o autoridad para decidir fuera del control paterno que es lo *mejor* para sí mismo. Ser adulto significa jurídicamente ser percibido como libre de aceptar peligros, con capacidad independiente y autoridad necesaria para decidir qué es lo "ideal" para sí mismo sin conformidad con los deseos paternos. El ser adulto y además ser padre, implica ser considerado por la justicia como alguien que tiene capacidad, la autoridad y la responsabilidad para determinar y para hacer lo que es "bueno" para sus niños, y lo que es "mejor" para la familia entera.

¹¹² **Panchón Iglesias, Carme**: Manual de pedagogía de la inadaptación social. Barcelona, 1998, ed. Dulac, pág. 11, sostiene que las definiciones o el modelo de infancia que predominan o se aceptan en las sociedades occidentales se convierten en el patrón universal, el modelo ideal que responde al discurso de la clase social dominante; esta clase social intenta que los niños y las niñas, mediante la educación, se conviertan en agentes perpetuadores del sistema socioeconómico que se identifica como *normal*. **Casas Aznar, Ferran**: "Infancia y representaciones sociales" en Política y Sociedad, vol. 43, núm. 1, 2006, pág. 30, considera que de forma implícita o explícita, a lo largo de la historia occidental podemos observar periodos en que han predominado ideas y actitudes positivas acerca de la niñez - Rousseau sería un abanderado de esta perspectiva -, mientras que en otros han predominado las negativas - posiblemente la obra de De Mause es la mejor documentada en este sentido -, y en otros ha habido un revuelto de todo ello - su mejor abanderado sería Neil Postman -.

¹¹³ Esta es la controvertida tesis defendida por **Ariès, Philippe**: El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, versión castellana de Naty García Guadilla. Madrid, 1987, ed. Taurus. Apoyan la teoría de Ariès autores como **Hunt, David**: Parents and children in history: the psychology life in early modern France. New York, 1979, ed. Basic Books; **Shorter, Edward**: The making of the modern family. New York, 1975, ed. Basic Books; **Stone, Lawrence**: The family, sex and marriage in England: 1500-1800. New York, 1977, ed. Harper y Row; **Kline, Stephen**: "The making of children's culture" in **Jenkins, Henry (Ed.)**: The children's culture reader. New York, 1998, Ed. New York University Press; y **Pinchbeck, Ivy y Hewitt, Margaret**: Children in English Society. London, 1969, ed. Routledge y Kegan Paul.

¹¹⁴ Para **Picontó Novales, Teresa**: La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos. Zaragoza, 1996, ed. Egido, pág. 89, de una visión panorámica que incluya también el proceso histórico de la protección de la infancia, podría deducirse que el niño tiene tres categorías de derechos: "el derecho a beneficiarse de algo", en el que se incluirían la alimentación, medicinas, cuidados, afecto. Esta es la dimensión adoptada por la ONU en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. En segundo lugar, el niño tiene "derecho a ser protegido

Estos cambios en las actitudes y en las instituciones relacionadas con la infancia no se han desarrollado de forma aislada o fortuita; sino que, por el contrario, hay que comprenderlos como resultado de procesos sociales más amplios, de índole económica y política¹¹⁵.

Una de las concepciones sociales más arraigadas y que merece un tratamiento especial es la que contempla a la niñez como un “invento social”; una especie de escudo protector para las personas menores de edad que les exime de los tres tipos de exigencias que afectan a la vida de los adultos: las de carácter económico - y por tanto del trabajo -, político y sexual¹¹⁶. A fin de cuentas, un menor de edad será considerado siempre como un *menor social*, tal y como su propia denominación indica¹¹⁷.

3. ESE "INVENTO SOCIAL" LLAMADO INFANCIA

Desde antiguo, el derecho ha prestado particular atención a la condición de los seres humanos en los estadios iniciales de su vida, dotándoles de un especial régimen jurídico adaptado a sus específicas características vitales. La especie humana se significa con respecto a otras especies de seres vivos por la intensa necesidad de atención que precisan sus individuos recién nacidos, cuyo crecimiento y desarrollo

de cualquier cosa", esto es, de aquello que atenta o puede atentar a su integridad física o psíquica, ya sean malos tratos, tortura, explotación laboral. Por último, estaría el derecho del niño a "hacer algo, alguna actividad", como puede ser la de expresarse, participar en las decisiones que afecten a su vida.

¹¹⁵ **De Prada, Miguel Ángel; Actis, Walter y Pereda, Carlos:** Infancia moderna y desigualdad social. Documentación Social. Madrid, 1989, ed. Caritas española, pág. 30.

¹¹⁶ **Garbarino, James:** What children can tell us eliciting, interpreting, and evaluating critical information from children. San Francisco, 1992, ed. Jossey-Bass, págs. 13-14.

¹¹⁷ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo:** Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Editorial Montecorvo, pág. 24.

se supeditan a la protección y cuidados prestados por los sujetos adultos durante largo tiempo¹¹⁸. Esta situación de dependencia es la que ha venido configurando, desde una lectura eminentemente social del término, la etapa de la niñez entendida ahora en un sentido amplio¹¹⁹.

Precisamente es desde esta lectura omnicomprensiva que este concepto ha supuesto un extraordinario invento social. Durante ese período considerado como de inmadurez, los miembros adultos actúan como amortiguadores de las exigencias del mundo exterior y proporcionan a los más jóvenes todos los elementos necesarios - alimentos, higiene, educación, protección - para adaptarse a un medio progresivamente más complejo y en constante alteración. En palabras de POSTMAN la niñez "es uno de los grandes inventos del Renacimiento. Quizás el más humanitario. Junto con la ciencia, el estado-nación y la libertad de cultos, la infancia es un artefacto social y una condición psicológica surgida en los albores del siglo dieciséis, fortalecida y refinada con el devenir de los años hasta llegar a nuestros días"¹²⁰.

Para aquellos autores que entienden la adolescencia y la edad adulta como la meta final del desarrollo humano, la infancia supone un paréntesis que viene a liberar al niño/a de muchas de las tareas imprescindibles para la supervivencia y, a cambio, le

¹¹⁸ En palabras de **Malaguzzi, Loris**, op. cit. págs. 23-24, si la naturaleza ha predispuesto que la longitud de la infancia humana sea la más larga es porque sabe cuántos vados tiene que atravesar, cuántos senderos debe recorrer, cuántos errores pueden ser corregidos, tanto por niños como por adultos y cuántos prejuicios es necesario superar.

¹¹⁹ **Lázaro González, Isabel (Coord.)**: Los menores en el derecho español. Madrid, 2002, ed. Tecnos, Práctica Jurídica, pág. 33.

¹²⁰ **Postman, Neil**, op.cit. pág. 18.

proporciona tiempo y espacio para ensayar y aprender comportamientos y conocimientos que le serán exigidos más adelante¹²¹.

En esta línea de pensamiento se sitúa DE CASTRO al afirmar que los motivos o causas por las que el Derecho limita la capacidad de obrar de los menores son esencialmente tres: 1) su falta de conocimiento natural, ya que sin él no es posible llevar a cabo acto jurídico alguno; 2) su ausencia ordinaria de independencia, pues se encuentra regularmente bajo la potestad o la tutela; y 3) el beneficio que le permite eludir la responsabilidad negocial, como merecedor de especial protección¹²².

En connivencia con estas tesis que propugnan y ensalzan la conceptualización de la persona menor de edad como un ser en fase de formación, se encuentra la caracterización de la infancia como un período especialmente válido y sensible para ser educado¹²³.

Como resumen a nuestras palabras, citar la alegoría que Nicholas Tucker presenta en su "*¿Qué es un niño?*", para darnos a conocer su particular visión de la infancia y de

¹²¹ **Bruner, J. S.:** Acción, pensamiento y lenguaje. Madrid, 1984, ed. Alianza, Madrid, pág. 123, habla de la capacidad para ser educado del ser humano como uno de los rasgos más característicos de nuestra especie. **Jacquard, Albert; Manent, Pierre y Renaut, Alain:** ¿Una educación sin autoridad ni sanción?. Barcelona, 2004, ed. Paidós, págs. 82-84, sustentan que la relación educativa de los adultos con los niños no debe ser exclusivamente jurídica o cuasicontractual, sino también como una relación ética en virtud de la cual los adultos tienen deberes y obligaciones intrínsecas con respecto a los niños, también en los casos en los que no se dan los derechos correspondientes del lado de los niños. Debe tenerse en consideración todo lo que el adulto debe al niño sin que se corresponda con el reconocimiento de ningún derecho.

¹²² **De Castro y Bravo, Federico:** Derecho civil de España. Parte general. Tomo I, segunda edición. Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 175-179.

¹²³ Siguiendo a **Sánchez-Valverde Visus, Carlos**, op. cit. pág. 39, este sería el planteamiento clásico predominante dentro de la historiografía de la pedagogía, que entiende la infancia más como un espacio social de invención moderna - fruto del modelo de sociedad burguesa - que como una fase de crecimiento individual.

cómo considera que debe ser tratada¹²⁴. Este pasaje, a su vez, nos resultará de gran utilidad para conectar con el capítulo siguiente del presente estudio, en que se analizan los modos en que las distintas culturas han entendido, tratado e influido sobre el sentido y el contenido de la propia niñez.

Una vez había tres hermanos que se hicieron los tres jardineros. Eran muy diferentes uno de otro. Los tres inteligentes y hábiles, recibieron de un rico señor el encargo de arreglar, según sus respectivos modos de ver, unos jardines situados en países distintos y bastante alejados unos de otros. Después de algunos años, el propietario fue a ver sus trabajos y a hacer la crítica de sus obras.

El primero tenía el gusto de los parques a la francesa. Esos jardines donde los bojés bordean las alamedas, muy limpios y muy recortados, simulando pequeños muros; de un lado y de otro algún bosquecillo se destaca, tallado en forma de bola, de conos, de pirámides, de escalinatas y hasta en formas que asemejan las de ciertos animales. Juegos de agua artificiales, plantaciones dispuestas en cuadros, mármoles como tableros de damas. Y todo ello limpio y ordenado pero frío. En ninguna parte se manifiesta la naturaleza. El propietario admiró, elogió, pero su jardín no le produjo emoción.

El segundo jardinero era amante de la naturaleza virgen. Le había tocado en suerte para llevar a cabo su obra un suntuoso parque. Gustaba del césped, pero cuando algunos arbolillos brotaban espontáneamente no tenía valor para arrancarlos. Dejaba a los árboles las ramas muertas para que el musgo creciese en ellas libremente o que la hiedra enganchase allí sus sombríos garfios. Las plantaciones de flores, en formas de cestillo le parecían artificiales y feas: las arrancó y sembró hierba en su lugar, y multitud de plantas de todas clases invadieron los caminos. ¿Conoce acaso la naturaleza los senderos abiertos en línea recta?, se dijo, pues dejemos crecer a su

¹²⁴ Pregunta similar se formula **Claparède, Édouard**, op. cit. págs 19-20, quien se cuestiona de un modo claro y preciso ¿para qué sirve la infancia? Respondiendo dicho autor, acto seguido, que para jugar e imitar.

antojo la hierba y la maleza. Y en la balsa, los juncos y los nenúfares cubrían por completo la superficie del agua.

Cuando llegó el propietario, el parque se parecía tanto a una selva virgen, que era fácil tomarla por tal. El jardinero, disertando sobre el encanto de lo vetusto, participándole los infinitos cuidados que había tenido de cada cosa. El propietario quedó extasiado, gozando, gustando de la naturaleza salvaje, pero se le vio, cuando él marchaba, mover la cabeza.

En cuanto al tercer jardinero, a fuerza de arte, de cuidados y de paciencia, había hecho de su parque una maravilla. Parecía que todo había crecido espontáneamente, y, sin embargo, la armonía y la gracia reinaban en todo ello. A cada vuelta del sendero, un paisaje reposado, grave o idílico, se tenía a la mirada. El césped aterciopelado se prolongaba hasta por los grandes árboles majestuosos por entre las oquedades, como suele verse en las lindes de los bosques; en los rincones sombreados, clemátides, resbalando como lianas, pendían de los brazos rugosos y cubiertos de musgo de las grandes encinas. El riachuelo tan pronto fluía entre ránculos de oro, como se transformaba en pequeñas cascadas de una roca a otra, entre los helechos y los claveles de rojo vivo.

Este parque es el más hermoso - dijeron los otros dos jardineros que acompañaban a su señor -. Pero, ¿qué es lo que ha hecho nuestro hermano?. La casualidad ha querido que este rincón de la tierra fuese privilegiado. Debe ser ésta, desde luego, la residencia predilecta, pero nuestro hermano puede irse puesto que no tenéis necesidad de él: la naturaleza es aquí la soberana. Ella por sí sola lo ha hecho todo y los jardineros sólo han sido la tibieza del aire, el sol, la lluvia, la primavera y las estaciones.

En esta forma hablaron ellos, pero el propietario les replicó con severidad: ¿Sois ciegos o envidiosos? ¿Tú que has creído corregir la naturaleza, la has hecho más bella? ¿Y tú que pretendiste hacerla reinar despóticamente, no supiste conservar su

belleza?. Y dirigiéndose al tercero de los jardineros le dijo: No tengas temor alguno. Yo sé cuáles fueron tu arte y tu ciencia. Tu dejaste actuar a la naturaleza, es cierto, pero supiste ver qué era lo más hermoso de lo que ella creaba, y habiéndolo visto apartaste todo aquello que hubiera podido ocultar esta belleza. Supiste hacer buen uso del mantillo, del sol, de la lluvia y de las estaciones propias para que se desarrollase más libremente todo lo bueno y bello. Igualmente supiste cortar y extirpar las hierbas salvajes, las zarzas, todos los retoños incultos que hubieran podido ahogar esta belleza. Eres un buen jardinero y te nombro intendente de todos mis dominios¹²⁵.

En definitiva este autor, utilizando el argumento de la historia de los tres jardineros, se plantea la posibilidad de ser él el jardinero de los/as niños/as – identificándose con el papel del educador -. Entiende el mismo que los niños/as son semejantes a pequeñas plantas que brotan; cada uno de ellos tiene su propia naturaleza, su belleza, sus particularidades. Su deber no es podarlos con el fin de convertirlos a todos en iguales, así como tampoco consiste en dejarlos vivir a su libre antojo en el seno del libertinaje, de la incoherencia y de la vida salvaje. Educar significa permitir que la naturaleza trabaje de un modo lento y tranquilo por cuenta propia, impidiendo las circunstancias que podrían contrariarla¹²⁶.

¹²⁵ **Tucker, Nicholas**, op. cit. págs. 131-133. Idéntica alegoría es utilizada por **Hazard, Paul**, op. cit. págs. 32 y 33, para verter sus críticas a la pedagogía tradicional. Afirma dicho autor, que esos pedagogos que pretenden trabajar solamente al aire libre, que sólo hablan de los beneficios del sol, de la lluvia y aún del viento, encierran sus plantas en un invernadero, las violentan, las podan en exceso, les imprimen una sabia dirección; resultan más autoritarios, que aquéllos que se jactan de copiar servilmente a la Naturaleza. Por su parte, el pedagogo ginebrino **Claparède, Édouard**, op. cit. págs. 35-36, padre de la paidología, también compara el cultivo de las flores y los frutos con la formación de los niños y las niñas.

¹²⁶ **Mínguez Álvarez, Constancio**: La vida del niño entre la familia y la escuela. Málaga, 1992, ed. Edinford, pág. 155, compara la infancia con la cera que se deshace con el calor excesivo como se endurece con el frío extremado, debe conservarse en el grado preciso para que pueda tomar la forma deseada sin que se quiebre o se derrita entre las manos, ese es el misterio del arte de la educación. Repite esa misma reflexión en **Mínguez Álvarez, Constancio**: La educación social a través de la literatura. Familia, escuela e infancia en la literatura española de finales del siglo XIX. Valencia, 1999, ed. Nau Llibres, pág. 166.

En esa misma línea se pronunciaron DEWEY¹²⁷ y FREUD¹²⁸, autores que cristalizaron en su obra el paradigma básico de la infancia: el/la niño/a como colegial/a, el yo y la individualidad del cual tienen que preservarse con la educación, la capacidad de autocontrol, la satisfacción retardada y el pensamiento lógico, que suponen una ampliación del conocimiento de la vida. Ello sin olvidar, que el/la niño/a posee por sí mismo las normas para su desarrollo y un atractivo, curiosidad y exhuberancia que no deben ahogarse. No obstante, evitar el conflicto entre lo que los hombres saben conscientemente porque se dan cuenta de haberlo adquirido por una tarea específica del aprender y lo que conocen inconscientemente porque lo han absorbido en la formación de sus caracteres por el trato con los demás, llega a convertirse en una tarea cada vez más compleja y delicada¹²⁹.

Finalmente citar las palabras de KEY, pedagoga sueca de principios del siglo XX, que afirma que los sentimientos profundos y vehementes, rígidamente gobernados, son señal verdadera de un alma nobilísima. Hay que enseñar, por tanto, a los niños a guiar, a contener sus pasiones, pero sin tratar de sofocarlas¹³⁰.

¹²⁷ Dewey, John, op. cit. págs. 62-63, considera que los dos puntos esenciales en la educación de un niño son conservar su naturaleza, y adiestrar todo lo demás; conservar su naturaleza pero desterrar su alboroto, su malignidad y su grosería; mantener su naturaleza y armarle de conocimiento en la misma dirección que ella señala. Para un mayor conocimiento de la obra de John Dewey y su influencia en España vid. Dewey, John: Democràcia i escola. Traducción de Frederic Tarrés. Vic, 1989, ed. Eumo y Diputación de Barcelona, págs. 31-59.

¹²⁸ Freud, Sigmund: La interpretación de los sueños. Traducción de Luís López-Ballesteros y de Torres. Barcelona, 1985, ed. Planeta, págs. 254-255.

¹²⁹ Dewey, John, op. cit. pág. 17.

¹³⁰ Key, Ellen: El siglo de los niños. Versión española por Miguel Domenge Mir. Barcelona, 1906, ed. C editores, pág. 96.

**CAPÍTULO II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA
CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA CATEGORÍA DE
INFANCIA**

1. INTRODUCCIÓN

La situación actual en que se encuentra la infancia y la adolescencia es el resultado de un largo *iter* histórico¹³¹. Sin el conocimiento de esa evolución y del tipo de sociedad concreta donde se ha ido desarrollando el niño, la niña y el adolescente nos resultará de gran dificultad llegar a comprender la diferente valoración y tratamiento legal que se le ha ido irrogando a lo largo del tiempo¹³². En palabras de WINDSCHEID, la ley no es sólo la voluntad del legislador sino la sabiduría de los siglos que nos han precedido.

Tal y como ya avanzamos en el capítulo anterior, la propia expresión de “infancia” resulta tautológica: nunca encontraremos dos infancias idénticas y, sin embargo, todos nos esforzamos por delimitarla desde nuestras propias pautas culturales, axiológicas y, sin duda, totalmente subjetivas, sin advertir las dos variables que condicionan eminentemente su tratamiento: la espacial-geográfica y la temporal-histórica, que enmarcan los múltiples sistemas de valores imperantes y, por ende, las concepciones culturales hacia tal categoría terminológica.

¹³¹ **Buirette, Patricia**, op. cit. pág. 56, señala que *la question de l'enfance, telle qu'elle est appréhendée dans la Convention internationale, reflète largement le chemin parcouru par les sociétés industrielles à ce sujet*. Por su parte **Postman, Neil**, op. cit. pág. 75, mantiene que la infancia, a medida que cada nación trata de entenderla e integrarla en su cultura, va adquiriendo un aspecto específico en el marco económico, religioso e intelectual en que apareció.

¹³² Resume perfectamente esta idea una frase de un ilustre pedagogo polaco, **Korczak, Janusz**: Com estimar l'infant. Col·lecció Textos Pedagògics n.º. 40. Vic, 1999, ed. Eumo, pág. 113, al apuntar que aparte de nuestro vínculo biológico con la raza humana, en gran medida somos producto de los tiempos y lugares en los que vivimos. Por su parte, **Becchi, Egle**: "La historia de la infancia y sus necesidades de teoría" en **Dávila, Paulí y Naya Garmendia, Luis M^a (Coords.)**: La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo I. Donostia, 2005, ed. Espacio Universitario Erein, pág. 29, considera que los historiadores, ante un sujeto tan indescifrable, silencioso, misterioso, como es el niño, quisieran saber mucho más. No detenerse ante las apariencias y devolver al niño tal como era en el pasado.

Al indagar sobre el lugar social que el niño, la niña y el adolescente han ocupado en las diferentes épocas y culturas no pretendemos sino poner de manifiesto dos aspectos íntimamente correlacionados entre sí. En primer término, y por orden de aparición, nos gustaría fijar nuestra atención en la idea de la modernidad del concepto de infancia¹³³. Noción ésta que, a su vez, nos ayudará a comprender el por qué es tan reciente que se hable en el mundo jurídico occidental y, más concretamente, en el Derecho privado español y en el Derecho civil catalán del niño/a como sujeto titular de derechos con facultades de ejercicio autónomo¹³⁴.

En particular, la caracterización de la persona menor de edad como individuo en formación y desarrollo dotado de capacidad de obrar limitada, propia de nuestros tiempos, sólo podrá entenderse en toda su complejidad como resultado de un largo proceso evolutivo que, partiendo de una fase inicial de desconocimiento y denegación absoluta de sus derechos; evolucionó, a posteriori, hacia una etapa protagonizada por los tradicionales ordenamientos paternalistas, portadores de un modelo proteccionista de seres débiles, frágiles y dependientes; para transformarse finalmente en un sistema jurídico valedor de una percepción del niño, niña y adolescente como verdadero sujeto protagonista de su existencia, al que se le reconocen ámbitos de actuación autónoma, a tenor siempre de su edad y de sus condiciones de madurez - capacidad natural -, todos ellos presididos e informados por el principio rector de su interés superior.

¹³³ Sobre esta cuestión se pronuncian **Voltes, María José y Voltes, Pedro**: Madres y niños en la historia de España. Barcelona, 1989, Ed. Planeta, en el prólogo de su obra del siguiente tenor literal: "Es muy incitante la cuestión de si el niño, al crecer, va "entrando en la historia" - en cuanto que la Historia le recluta y encarrila- o, por el contrario, sale de una casilla histórica definida para perderse en una masa ovejil".

¹³⁴ **Urta Portillo, Javier**, op. cit. pág. 68, defiende que la norma no es un hecho ontológico, sino la traducción de una realidad; lo jurídico y lo normativo se alimentan y revierten en lo extrajurídico y social.

El concepto de persona menor de edad que impera en una sociedad en un momento histórico determinado se corresponde, en gran medida, con el nivel de desarrollo que ésta haya alcanzado en materia de derechos humanos y sociales, así como también del paradigma bajo el cual se efectúe ese acercamiento¹³⁵. Por tal motivo podemos percibir su itinerario evolutivo durante el devenir de los siglos¹³⁶.

En las sociedades antiguas y medievales el niño carecía de un estatus jurídico propio, siendo sólo considerado de forma indirecta o mediata, en tanto posesión de un adulto; como objeto del que se podía disponer sin miramiento alguno.

Realizando un somero recorrido en la descripción de las prácticas de crianza predominantes durante los distintos estadios de evolución de las civilizaciones occidentales descubrimos, en primer término, los sacrificios rituales de los niños destinados al aplacamiento de los dioses¹³⁷.

Calmadas las divinidades, el sacrificio expiatorio cedió supremacía al infanticidio como forma habitual de relación entre adultos y niños. Bajo el mandato de la necesidad económica, en sociedades cuyos recursos eran, sin duda, insuficientes, el infanticidio se tornó en un método sistemático de regulación demográfica.

¹³⁵ **Alzate Piedrahita, María Victoria**: "Concepciones e imágenes de la infancia", en Revista de Ciencias Humanas, año 8, núm. 28, junio de 2001, pág. 12. Añade a dicha idea **Escolano Benito, Agustín**, op. cit. pág. 37, que la imagen de la infancia se va gestando lentamente a lo largo de los tiempos modernos en estrecha relación con los cambios económicos, sociales y religiosos que comienzan a manifestarse en el Renacimiento.

¹³⁶ **De Mause, Lloyd**: Historia de la Infancia. Madrid, 1982, ed. Alianza Universidad, pág. 12, remarca que cuanto más lejos nos remontamos en la historia, más bajo es el nivel de las atenciones que reciben los niños y más alto es el riesgo de que mueran, de que se les abandone, se les maltrate, se les aterrorice y que sufran abusos sexuales.

¹³⁷ **De Mause, Lloyd**, op. cit. pág. 23, puntualiza que estos sacrificios, realizados desde la prehistoria, continuaron posteriormente vigentes entre las prácticas de numerosos pueblos - egipcios, fenicios, moabitas, mayas, celtas, galos, escandinavos -.

La práctica del infanticidio persistió todavía en forma generalizada durante el período medieval. No obstante, la tendencia predominante de la época fue la de su presentación en forma disfrazada - bajo la fachada de meros accidentes o descuidos-. Lo que más nos llama la atención con respecto a esos "percances" es la frecuencia con la que acontecían, lo que nos lleva sospechar veladas intenciones de poner fin a la vida del niño.

El infanticidio directo o el infanticidio disimulado como forma privilegiada de crianza fue sustituido paulatinamente por la figura del abandono del niño/a. Si bien desde un punto de vista psicológico tanto el "abandono real", característico de las familias de las clases más paupérrimas y realizado en la mayoría de las ocasiones por mujeres en situaciones de riesgo - pobreza, exceso de hijos, enfermedad - o, en otros casos provocado por meras presiones del entorno - soltería, deshonra - como el "abandono moral", que constituyó un fenómeno sumamente extendido en el tiempo y en los diversos estratos sociales y que suponía la delegación del cuidado del hijo en otra mujer: la llamada "nodriza", implicaron cierto adelanto en relación a las prácticas que le precedieron, solía culminar, también, con mucha frecuencia, con la muerte del pequeño¹³⁸.

Muy lenta y gradualmente la idea del niño, como alguien diferente del adulto, con particularidades evolutivas propias y con necesidades específicas, va a ir surgiendo

¹³⁸ **Allidière, Noemí:** "La infancia: ¿una categoría psicosociológica problemática?", en *Perspectiva i Diversitat*, n.º. 6, junio 1999, págs 1-2, centrándose en el llamado "abandono moral", entiende que el dificultoso viaje de los bebés - ya que eran ellos los que resultaban desplazados, lejos de su familia biológica, a la casa de la nodriza, que con frecuencia vivía en comarcas alejadas y en condiciones socioeconómicas inferiores -; la escasa o nula conexión con sus padres biológicos a partir de ese momento; el hacinamiento - ya que una misma nodriza podía hacerse cargo de varios bebés -, junto con las epidemias y enfermedades asociadas al nulo desarrollo de la medicina infantil, hicieron que la mortalidad de los primeros años se mantuviera altísima.

con el paso de los siglos¹³⁹. En efecto, en la sociedad medieval europea el sentimiento de la infancia, la conciencia de la particularidad infantil, prácticamente no existía¹⁴⁰. El niño, una vez superados los seis o siete años, pertenecía a la sociedad de los adultos, no existía una imagen ni un trato diferencial por parte de éstos.

El concepto de infancia como categoría psicosociológica comienza a esbozarse con claridad a mediados del siglo XVI, y no cobrará fuerza hasta mitades del siglo XVIII¹⁴¹, cuando se logra establecer una relación de causalidad entre la posibilidad de supervivencia del niño y los cuidados que se le prodigan¹⁴².

Este reconocimiento de la infancia está íntimamente ligado a la instauración de la familia moderna; institución basada, en términos generales, en la idea del amor conyugal; en el reconocimiento discriminado de los roles parentales y filiales; en la instauración de un derecho sucesorio como garantía de transmisión de los bienes personales y en la preocupación por la salud y educación de sus miembros¹⁴³.

¹³⁹ Vid. en ese sentido **Neirinck, Claire**: *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Paris, 1984, ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, pág. 99.

¹⁴⁰ **Pinchbeck, Ivy y Hewitt, Margaret**: *Children in English Society*. Volumen I. London, 1969, ed. Routledge y Kegan, Paul, págs. 8-13, sostienen que en la sociedad inglesa de los Tudores - siglo XVI - se veía a los niños como cosas sin importancia, la infancia no era otra cosa que un prelude biológicamente necesario al mundo adulto. En este ambiente, prosiguen dichas autoras, la familia y no el individuo, eran la unidad esencial de la organización social. Ello hizo que los niños no se diferenciaron del resto de los adultos integrantes del núcleo familiar.

¹⁴¹ **Pollock, Linda A.**: *Forgotten Children: parent-child relations from 1500 to 1900*. Cambridge, 1983, ed. Cambridge University Press, pág. 27, recalca que hay poco acuerdo general en cuanto a la fecha exacta en que afloró una actitud más humana con respecto a la población infantil. A pesar de ello, la gran mayoría de autores adoptan una fecha situada en cualquier punto del siglo XVIII.

¹⁴² A este respecto **Cots i Moner, Jordi**, op. cit. pág. 33, afirma que en el siglo XVIII empieza a concretarse un cambio de actitud con respecto a la infancia. Y añade a continuación que Jean J. Rousseau, con su tratado de pedagogía "Emile" - publicado en 1762 - es el símbolo de ese cambio.

¹⁴³ **Renau, Dolors; Roig, Montserrat y Leal, José**: *La familia y la infancia*. Colección Servicios Sociales nº 9. Barcelona, 1994, ed. Diputación de Barcelona, págs. 23-26.

Para el historiador francés ARIÈS el pasaje desde la indiferencia y el desapego emocional por los niños, al apego afectivo y preocupación por su suerte, más propio de la vida moderna, se apoyó en otro cambio social significativo: el de la separación de la vida privada de la vida pública. En la medida en que las relaciones familiares pasaron a desarrollarse en la intimidad y privacidad de la casa, y ésta dejó de ser un lugar abierto, una prolongación de la vida social en la calle, cambió la relación entre los miembros de la familia y, por ende, entre los padres y los hijos¹⁴⁴.

Los niños, hasta finales del siglo XIX habían sido vendidos, encarcelados, torturados, utilizados en trabajos durísimos desarrollados en el interior de las minas y de las fábricas como consecuencia del proceso de industrialización¹⁴⁵. Fue durante esta época que empezó a surgir la concepción del menor como sujeto digno de protección. En la consecución de dicho logro participaron de forma importante las aportaciones realizadas por las ciencias sociales, especialmente por la psicología, la pedagogía y la sociología.

No obstante, habrá que esperar hasta el siglo XX para que la infancia sea realmente tenida en cuenta como tal¹⁴⁶. El hecho más relevante acaecido durante la pasada

¹⁴⁴ **Ariès, Philippe**: *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, versión castellana de Naty García Guadilla. Madrid, 1987, Taurus Ediciones, pág. 43. Reafirma sus postulados en obras posteriores como **Ariès, Philippe**: "From Immodesty to Innocence" en **Jenkins, Henry (Ed.)**: *The children's culture reader*. New York, 1998, ed. New York University Press, pág. 41 y en **Ariès, Philippe**: "The discovery of childhood" en **Jenks, Chris**: *The sociology of childhood. Essential readings*. London, 1982, ed. Gregg Revivals, págs. 27-41.

¹⁴⁵ **Lynd, Sylvia**: *Los niños ingleses*. Colección La Gran Bretaña Pictórica. Londres, 1972, ed. Adprint Limited, pág. 56.

¹⁴⁶ **Gaitán, Lourdes**, op. cit. pág. 195, considera que los derechos de los niños son parte de una nueva generación de derechos humanos que son específicos bien por razón del sujeto – mujeres, niños, minorías – o del objeto – medio ambiente, nuevas tecnologías -. Por su parte, **Petrini, Enzo**, op. cit. págs. 21-22, entiende que para que fuese reconocido a la niñez un espacio vital autónomo, para que los adultos, como haciéndoles sitio, cediesen a la infancia una zona propia de existencia, fue preciso todo un movimiento interior, el despertar del sentimiento, la emoción del alma y una conciencia más clara de los derechos del individuo. Más tajante es **Key, Ellen**, op.cit. págs. 2-4, al identificar el siglo XX como el siglo de los niños.

centuria fue, sin lugar a dudas, la aprobación por parte de las Naciones Unidas, en 1989, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tratado internacional que encuentra sus antecedentes en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, y en la denominada Declaración de Ginebra, aprobada por la Sociedad de Naciones en 1924.

Ambos precedentes internacionales se limitaron a enunciar los derechos que se consideraba legítimo conceder al niño y a la niña en razón de su fragilidad o su vulnerabilidad: atenciones físicas, contra el hambre, la enfermedad, el abandono y la explotación, así como protecciones de índole espiritual, contra todo lo que pudiera perjudicar su íntegro desarrollo moral y obstaculizar, de esta forma, su educación en la honestidad¹⁴⁷.

Como reacción a las limitaciones y carencias inherentes a esas dos Declaraciones internacionales, la Convención sobre los Derechos del Niño aporta dos grandes novedades. En primer término, ya no se trata de un texto meramente declarativo o programático sino que, por el contrario, se configura como un instrumento jurídico vinculante¹⁴⁸; en segundo lugar, la concepción exclusivamente tuitiva y paternalista del niño, es sustituida ahora por una nueva percepción del mismo. En efecto, para la Convención la persona menor de edad se estatuye como un ser en desarrollo pero sujeto de derechos¹⁴⁹, y no sólo de derechos pasivos, es decir, a recibir prestaciones

¹⁴⁷ **Renaut, Alain**: ¿Una educación sin autoridad ni sanción?. Barcelona, 2004, ed. Paidós, págs. 43-46, entiende que los derechos reconocidos en las Declaraciones de 1924 y 1959 no desestabilizan de un modo apreciable el dispositivo tradicional de relación entre adultos e infancia, ya que estos derechos aglutinan los deberes y las obligaciones que se supone que los progenitores o los adultos, en general, ostentan con respecto a los niños.

¹⁴⁸ **Flekkoy, Maalfrid Gruede**: Els drets dels infants, una perspectiva internacional. Barcelona, 1992, ed. Coordinadora catalana al servei de l'infant, pág. 8.

¹⁴⁹ Para la sociología de la infancia, señala **Gaitán, Lourdes**, op. cit. pág. 28, los/as niños/as – no importa su edad – son personas con sus propios derechos, gente con características y habilidades específicas que deben ser apreciadas y respetadas por sus semejantes – adultos – seres humanos. Con ello se nos ofrece una visión

de los adultos, sino también de derechos activos como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad de asociación y reunión o el derecho a ser oído en todo aquello que le afecte de manera directa o indirecta¹⁵⁰. Se reconoce al niño, al menos tendencialmente, como un semejante y, por ende, como portador de los mismos derechos-libertades que el adulto. En otras palabras, cabe decir que la Convención pone fin al viejo axioma de contemplar a la niñez como la categoría de los *aún-no* - aún-no adultos, aún-no responsables, aún-no capaces, aún-no competentes, aún-no fiables, aún-no con los mismos derechos; aún-no dignos de ser escuchados -¹⁵¹ frente a los adultos representados por la idea de los *ya-sí*¹⁵².

opuesta a la de los/as niños/as como objetos para los adultos. Esta nueva perspectiva, además de no negar la necesidad de protección especial de los menores, lo hace sin detrimento a su derecho a compartir y participar en la vida social.

¹⁵⁰ **Hierro, Liborio L.**: "Los derechos humanos del niño", en **Marzal, Antonio (Coord.)**: Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto. Barcelona, 1999, ed. J.M. Bosch, págs. 23-24. En esa misma línea se pronuncia **John, Mary**, op. cit. pág. 40, al mencionar que la Convención es más sensible a los diferentes enfoques y sensibilidades que muchos de los tratados y declaraciones de derechos humanos que la precedieron.

¹⁵¹ En este sentido **Archard, David**, op. cit. pág. 30, entiende que la visión que del niño/a ha imperado durante gran parte del siglo XX puede resumirse en las siguientes palabras: *Childhood is defined as that which lacks the capacities, skills and powers of adulthood. To be a child is to be not yet and adult. Adulthood is something which is gained, and although there may be losses in leaving childhood behind what is lost tends to be construed as that which could never possibly serve the adult in an adult world. If childhood has virtues they are such only because of their very inappropriateness to adult life.* En idéntica línea se pronuncian **Casas Aznar, Ferran y Saporiti, Angelo (Coords.)**: Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña y Molise. Madrid, 2005, ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia, pág. 11, quienes consideran que en nuestra cultura, refiriéndose a la Occidental, y en muchas otras, los niños y niñas son considerados un conjunto de población caracterizado por el núcleo figurativo de ser los *aún-no*, por diferenciación categorial con los adultos.

¹⁵² **Verhellen, Eugene**: Convention on the Rights of the Child. Gent, 1997, Garant Publishers, pág. 16, que recoge en nuestro entorno **Casas Aznar, Ferran**: Infancia: perspectivas psicosociales. Barcelona, 1998, ed. Paidós, pág. 33. Por su parte, **Rochefort, Christiane**, op. cit. pág. 5, afirma que los adultos hablan por los niños, como los blancos hablaban antes por los negros, y los hombres por las mujeres. Es decir, por arriba y desde fuera. También **Dewey, John**, op.cit. págs. 51-52, sostiene que nuestra tendencia a tomar la inmadurez como una mera falta y el crecimiento como algo que llena el vacío entre lo maduro y lo inmaduro es debido a considerar a la infancia comparativamente con los adultos y no de manera intrínseca. Concluye dicho autor afirmando que tomada en absoluto, en vez de comparativamente, la inmadurez designa una fuerza o habilidad positiva: el poder de crecimiento.

El estadio de la cultura y sociedad occidentales en que nos encontramos en la actualidad, tanto si se considera la segunda etapa de la modernidad como si adquiere autonomía propia como una fase postmoderna nueva y distinta, nos obliga a recuperar unos valores del humanismo renacentista perdidos durante el apogeo de la modernidad¹⁵³. Este nuevo periodo se caracteriza por la ampliación sustantiva de los derechos de ciudadanía al conjunto de la población e implica una expansión de la cultura y las prácticas sociales democráticas.

Así, frente a la visión del mundo propia de la modernidad, fundamentada en una realidad cognoscible, ordenada, general, atemporal y descontextualizada, en la postmodernidad, por el contrario, debería primar la inalterable pluralidad del ser; diversidad que no debe ser considerada como un estadio provisional en el camino hacia una perfección todavía no alcanzada, sino el elemento constitutivo de la existencia. Desde esta visión postmoderna de nuestro entorno, no hay conocimiento absoluto ni realidad alguna que esté esperando "*ahí fuera*" para ser descubierta¹⁵⁴.

Y es justamente bajo el prisma de esta nueva mentalidad postmoderna que están empezando a cuestionarse de nuevo las distintas imágenes y construcciones que actualmente imperan sobre el concepto de infancia: desde las que consideran al niño como un mero reproductor de conocimiento, identidad y cultura, es decir, como una tabla rasa o un vaso vacío que debe llenarse de conocimiento y que, en consecuencia, debe estar listo para aprender e ir a la escuela – el conocido como niño de *Locke* –; hasta las que lo ven como naturaleza, que sigue estadios de

¹⁵³ Siguiendo a **Brullet Tenas, Cristina**: "Relaciones familiares y autoridad" en **Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.)**: Informe 2004. Infància, famílies i canvi social a Catalunya. Barcelona, 2005, ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU), pág. 66, entendemos por *primera modernidad* la etapa histórica, en occidente, que siguió a las revoluciones americana - 1776 - y francesa - 1789 - y que se extendió durante los siglos XIX y XX. Mientras que al hablar de segunda modernidad nos referimos a una nueva etapa iniciada a principios del siglo XXI.

¹⁵⁴ **Dahlberg, Gunilla; Moss, Peter; y Pence, Alan**, op. cit. págs. 46-50.

desarrollo biológicamente determinados y universales – el llamado niño de *Piaget* -; pasando por las que lo consideran como un ser inocente que está disfrutando de la edad de oro de la vida, al no estar corrompido por el mundo – el conocido como niño de *Rousseau* -.

Incluso hay autores que afirman que el concepto de infancia tal y como lo hemos venido configurando ha desaparecido, y la línea divisoria entre la niñez y la madurez se ha erosionado de tal forma que se ha hecho inapreciable¹⁵⁵. El máximo exponente de esta línea de pensamiento lo encarna POSTMAN quien considera que de la misma forma que la imprenta creó a la infancia como estructura social, los medios de comunicación de masas - *narradores de cuentos* -¹⁵⁶, la están haciendo desaparecer¹⁵⁷. Parece pues, que las fronteras entre el mundo adulto y el infantil se están difuminando¹⁵⁸, aunque en algunos aspectos esta afirmación pueda llegar a ser refutada. Por un lado, los niños han conseguido acceder cada vez más a espacios del universo de los denominados como "mayores". En cambio, por otro, y en parte como

¹⁵⁵ Dos libros publicados en Estados Unidos a principios de los años ochenta fueron los primeros en plantear esta preocupación. En primer lugar, **Winn, Marie**: *TV, drogue? (The plug-in drug)*. New York, 1979, ed. Fleurus, pág. 71, acusa a los medios de comunicación de adoctrinar a los niños en los secretos de la vida adulta, y con ello se refiere sobre todo al sexo y a la violencia. A continuación, **Elkind, David**: *The hurried child: growing up too fast too soon*. New Baskerville, 1981, ed. Lifelong Books, pág. 73, afirma que la televisión carece de las barreras intelectuales de los antiguos medios, porque no exige a los niños que aprendan a interpretarla. Al simplificarles el acceso a la información, les abre a experiencias que en otro tiempo estaban reservadas a los mayores.

¹⁵⁶ **Riesman, David**: *La muchedumbre solitaria*. Buenos Aires, 1981, ed. Paidós, págs. 56 y 112.

¹⁵⁷ **Postman, Neil**, op. cit. págs. 18 y 145-167, fundamenta su posicionamiento utilizando una gran variedad de elementos probatorios, tales como: la fusión de gustos y estilos entre niños y adultos- vestimenta, hábitos alimenticios-; el alarmante aumento de las cifras de alcoholismo, consumo de drogas, actividad sexual y comisión de hechos delictivos entre las personas menores de edad; y la progresiva desaparición de los juegos infantiles. Por su parte, **Hendrick, Harry**: *Children, childhood and English society 1880-1990*. Cambridge, 1997, ed. Cambridge University Press, pág. 95, se hace eco en su obra de la aparición de algunos estudiosos, como el propio Neil Postman, quienes abogan que la infancia está desapareciendo como tal. De esta misma opinión son **Steinberg, Shirley R. y Kincheloe, Joe L.**: *Cultura infantil y multinacionales. La construcción de la identidad en la infancia*. Madrid, 2000, ed. Ediciones Morata, S. L., pág. 30, quienes defienden que los adultos han perdido la autoridad de la que antaño gozaron porque sabían cosas que los niños pretendidamente protegidos no conocían.

¹⁵⁸ **Buckingham, David**: op. cit. págs. 88-89.

reacción a lo apuntado, a los niños se les segrega y se les excluye cada vez en mayor medida de los ámbitos de poder y de toma de decisiones.

Las anteriores teorías o construcciones propias de la modernidad, tienen en común su consideración del menor como un "*pobre niño*", pasivo, individualizado, incapaz, dependiente y aislado. Se trata de un ser unificado, cosificado y esencializado – en el centro del mundo – que puede ser visto y tratado aisladamente de las relaciones y el contexto en el que vive, cuya naturaleza humana inherente y preordenada se va revelando a través de procesos de desarrollo y madurez, y que puede ser descrito en términos de clasificaciones y términos científicos. Por el contrario, las teorías postmodernas - que seguimos en nuestra tesis - son partidarias de ver al niño como copartícipe en la construcción de conocimientos, de cultura e identidades¹⁵⁹. En vez de un objeto que puede ser reducido a categorías separadas y medibles, se concibe a la persona menor de edad como un sujeto singular, complejo e individual. En otros términos, *descentra* al niño¹⁶⁰ al considerar su existencia a través de sus relaciones con otros agentes sociales y siempre en un contexto determinado¹⁶¹. Esta nueva percepción da como resultado un "*niño rico*"¹⁶², activo, competente e impaciente por

¹⁵⁹ **Malaguzzi, Loris**, op. cit. pág. 20, se refiere a un niño que, desde el nacimiento, desea sentirse parte del mundo, usar activamente una compleja red de capacidades y de aprendizajes, y capaz de organizar relaciones y mapas de orientación personal, interpersonal, social, cognitiva, afectiva e, incluso simbólica.

¹⁶⁰ **Malaguzzi, Loris**, op. cit. pág. 51, tras reconocer la enorme fuerza de centralidad que representan los niños en su proyecto pedagógico de Reggio Emilia, matiza sus palabras indicando la necesidad de crear, por lo menos, en una segunda o tercera centralidad: la de los educadores y la de las familias. Utiliza, pues, dicho autor la idea de una terna de centralidades.

¹⁶¹ **Jacquard, Albert**: *¿Una educación sin autoridad ni sanción?*. Barcelona, 2004, ed. Paidós, pág. 21, considera que el sistema educativo, finalmente, sólo tiene un objetivo: enseñar a cada niño a relacionarse con los otros para construirse a sí mismo.

¹⁶² **Malaguzzi, Loris**, op. cit. pág. 27, apunta que en Reggio Emilia se han atrevido a adoptar, como punto de partida de su práctica pedagógica, la idea del *niño rico* y la convicción de que los niños están preparados, son inteligentes y están dotados para un éxito.

comprometerse con el mundo¹⁶³. Todo ello permite una actitud de los adultos más democrática hacia los niños, niñas y adolescentes, mucho menos exigente y con más flexibilidad¹⁶⁴. Recordar también, que en este nuevo contexto estructural los centros educativos han cedido, como antaño lo hizo la familia, mucho espacio y protagonismo en la función reproductora del sistema social y de sus valores frente al ímpetu de las nuevas tecnologías de la información¹⁶⁵.

2. EL NIÑO EN LAS CULTURAS ANTIGUAS OCCIDENTALES

Las Sociedades antiguas no reconocían a la infancia derecho alguno. Los menores eran contemplados desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores. La sabiduría pagana veía en la niñez una condición inferior, una impersonalidad, una desvaloración social¹⁶⁶.

¹⁶³ **Dahlberg, Gunilla; Moss, Peter y Pence, Alan**, op. cit. págs. 20-21. Esta misma postura parece adoptar **Lain Entralgo, Pedro**: "Relatoría de la III Sesión Plenaria de Trabajo" en Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. Salamanca, 1996, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 159, cuando afirman que el niño es un *ya transitorio*. Para este autor la niñez es una etapa con identidad propia de la vida, es decir, la niñez tiene existencia y validez por sí misma... la niñez como "*vida sui generis*" - tiene existencia y validez por sí misma -, "*vida sui iuris*" - tiene una situación en la sociedad que la considera como vida que tiene derecho -.

¹⁶⁴ Utilizando la argumentación presentada por **Riesman, David**, op. cit. págs. 27-49, podría afirmarse que desde finales del siglo XX nos encontramos entrando en una nueva etapa demográfica en el mundo occidental: pirámides invertidas que ponen en peligro el modelo social del estado de bienestar, y ello con toda probabilidad hará emerger el nuevo estatus social del niño. Dicho autor entiende que es demasiado pronto para adivinar cómo será, pero se vislumbran demasiados elementos de una nueva insolidaridad individualista en el ambiente que no hacen presagiar nada bueno.

¹⁶⁵ Esta misma idea es defendida por **Sánchez-Valverde Visus, Carlos**, op. cit. pág. 43.

¹⁶⁶ **Rico Pérez, Francisco**, op. cit. págs. 23-24. También nos aporta datos en este sentido **Rochefort, Christiane**, op. cit. pág. 17, quien afirma que las antiguas sociedades patriarcales se basaban en relaciones de dominación. Los machos más ancianos eran los que mandaban. Los niños, al igual que los animales, las mujeres, y todo lo demás, eran propiedad del jefe de la familia, que tenía el derecho de matarlos, o de lo contrario el deber de alimentarlos hasta que, muy pronto, fueran a su vez capaces de trabajar para la tribu, cumpliendo con su deber.

El infanticidio era un hecho cotidiano y aceptado. Los niños eran arrojados a los ríos, echados en muladares y zanjas, envasados en vasijas para que se murieran de hambre y abandonados en cerros y caminos. Por supuesto, el destino que aguardaba a las niñas era aún más trágico. Así, simplemente con la lectura de las instrucciones de Hilarión a su esposa Alis - I a. C. - nos hacemos una idea de cuál era la consideración de la niña y de la mujer en general en los albores de los tiempos: "Si, como puede suceder das a luz un hijo, si es varón consévalo; si es mujer, abandónala"¹⁶⁷.

El sacrificio de niños estuvo al orden del día durante los primeros días de la historia registrada. Las relaciones con los dioses se basaban a menudo en el trueque: a cambio de la protección de la divinidad se hacía una ofrenda, que con frecuencia solía ser cruenta. Buena muestra de ello la encontramos, por ejemplo, en el antiguo Egipto, donde los niños tuvieron una especial importancia religiosa en la realización de los ritos sepulcrales. De esta forma, las madres egipcias consideraban un honor que sus hijos fueran devorados por el cocodrilo, animal deificado como dios del mal, al que había que honrar, tenerlo propicio e impedir de este modo su capacidad maléfica¹⁶⁸.

Igualmente los egipcios, como rito de paso o de transición de la niñez a la pubertad, practicaron a los muchachos - entre 10 y 12 años - la circuncisión - de ellos aprendieron los etíopes, fenicios y judíos -. Esta práctica se consideraba médicamente saludable e higiénica para el joven y garantía de una mayor fertilidad. En algunas escenas, como la que se representa en una pintura de la Mastaba de

¹⁶⁷ De Mause, Lloyd, op. cit. pág. 48.

¹⁶⁸ Becchi Egle y Julia, Dominique: Histoire de l'enfance en Occident, de l'antiquité au XVII siècle. Paris, 1998, Ed. Seuil, Tome 1, pág. 42.

Ankhemahor - cifrado 2.300 años a. C. -, en Saqqara, se ve a dos jóvenes en el acto de serles practicada la operación de la circuncisión¹⁶⁹.

De igual manera, los fenicios - muy influenciados por los egipcios - y sus herederos los cartagineses practicaron sacrificios de menores. Cuenta Diodoro Sículo que, cuando Cartago estaba asediada por sus enemigos, en el 310 a. C., inmolaron a un centenar de niños de las mejores familias, como ofrenda al dios Cronos. Las cenizas y huesos de estos niños inmolados por el fuego fueron depositadas a continuación en urnas funerarias de terracota a las afueras de la ciudad, ya que las mismas eran consideradas como talismanes protectores de las urbes¹⁷⁰.

La historia del pueblo hebreo, en los primeros siglos de su existencia, cayó con frecuencia en los ritos y prácticas idolátricas de los pueblos vecinos¹⁷¹. Antes de establecerse en la tierra prometida, el legislador Moisés tropezó con la perversa costumbre de sacrificar niños a favor de los ídolos paganos como rito heredado de los pueblos vecinos. La imagen de Abraham dispuesto a sacrificar a su único hijo Isaac, concebido en su ancianidad y heredero de su nombre, de sus riquezas y, lo que era más importante para él, de las promesas de Yavé, se hace más comprensible a la luz de una sociedad que valoraba positivamente el infanticidio como acto de sentido religioso y de sumisión a la divinidad¹⁷².

¹⁶⁹ **Bajo, Fe y Beltrán, José Luís:** Breve historia de la infancia. Madrid, 1998, Colección Historia, ed. Temas de Hoy S.A., pág. 245.

¹⁷⁰ **Delgado Criado, Buenaventura:** Historia de la Infancia. Barcelona, 1998, ed. Ariel S.A., pág. 22.

¹⁷¹ Tal y como describe **Grimberg, Carl:** El alba de la civilización. El despertar de los pueblos. Madrid, 1967, Colección Historia Universal, Tomo I, ed. Daimon, págs. 334-341, de Sumeria procedía el patriarca Abraham. Emigró a Egipto con su mujer Sara y allí vivieron muchas generaciones de sus descendientes, hasta lograr el éxodo dirigidos por Moisés, que se había criado y formado, a su vez, en la corte egipcia.

¹⁷² **Martínez Roig, A. y De Paúl Ochotorena, J.:** Maltrato y abandono en la infancia. Barcelona, 1993, Biblioteca de psicología, psiquiatría y salud, ed. Martínez Roca, S.A., pág.12.

3. EL "TRISTE" NIÑO ESPARTANO

Los espartanos entendían que la educación era algo tan trascendental que no podía dejarse en manos de las familias, sino en las del Estado. La formación era tan importante como la seguridad nacional. Ni los hijos pertenecían a sus padres ni los ciudadanos se pertenecían a sí mismos, sino al *ager publicus*. La vida de los hombres, de las mujeres y de los niños y las niñas dependía exclusivamente del Estado, que era quien programaba, organizaba y decidía sobre sus vidas y haciendas. A ello se refiere Platón en un fragmento de su República¹⁷³:

- A continuación de esta ley y de las precedentes viene, si mucho no me equivoco, otra.

- ¿Cuál?

- La siguiente: Estas mujeres de nuestros guerreros serán comunes a todos ellos; ninguna habitará particularmente con ninguno; los hijos serán también comunes y ni el padre conocerá a su hijo ni el hijo al padre.

Nada más nacer, los niños eran lavados en vino para conocer su resistencia. Posteriormente eran examinados por una comisión de expertos, que dictaminaba si merecía o no la pena dejar vivir al recién nacido - eran los representantes de la comunidad y no el padre, quienes tomaban esa decisión -. Los débiles y defectuosos

¹⁷³ **Platón:** La República, Libro V. Barcelona, 1979, ed. Juventud, S.A., pág. 180, vio en el modelo de Esparta la solución a los problemas de la democracia ateniense. Así, entendió que era preciso sacrificar la vida familiar y privada en aras al Estado. El Estado debía apartar a los niños de sus madres, para que fuesen criados por nodrizas especializadas, obligando a que las madres fuesen a lactar a todos los niños de la ciudad, sin saber cuál de ellos era su hijo. De este modo las madres y los padres cuidarían con el mismo afecto a todos los niños de la República, pensando que cualquiera de ellos puede ser suyo. Con el tiempo Platón llegó a variar su postura, en su obra Las Leyes, o de la legislación, revisó algunos de sus principios rectificando muchos de ellos.

eran arrojados a las llamadas *Apóteyas* - expositorios -, precipicio situado cerca del monte Taigeto¹⁷⁴.

Si sobrevivían, les esperaba la vida triste de los cuarteles sometidos a los campeonatos de resistencia, a los azotes y a los malos tratos en general¹⁷⁵.

Su máxima gloria consistía en llegar a formar parte de los iguales – *homoioi* -, viviendo dedicados exclusivamente a la lucha y al combate. Esta cultura de la muerte era inculcada en los jóvenes por la sociedad espartana. Los niños ambicionaban ese objetivo y las madres apoyaban el posible final de sus hijos en el campo de batalla. Según la leyenda, despedían a sus hijos con la conocida frase de "vuelve con el escudo o sobre el escudo"¹⁷⁶.

Las taras físicas fueron siempre consideradas fracasos irreversibles que alejaban al niño de lo que era el modelo de hombre. Un defecto físico de nacimiento equivalía a una obra incompleta de la naturaleza.

La familia espartana, a diferencia de la ateniense y de la romana, estaba mucho menos consolidada. El régimen cuartelario en el que vivían los hombres, prácticamente alejados de sus mujeres, repercutía en una total libertad para éstas. La legalidad o ilegalidad de los hijos no era motivo de rechazo o aceptación. Como

¹⁷⁴ **Castells, Paulino**: La familia ¿está en crisis?. Barcelona, 1996, ed. Columna, págs. 28-29, defiende que Licurgo, el mítico y tiránico legislador de Esparta, que preconizaba el lanzamiento de los niños deficientes desde la cima de la roca Tarpeia, en el macizo del Taigeto, en el fondo era defensor de una prolífera natalidad, ya que bajo su dominio quien se casaba con una mujer poco fértil debía pagar una multa; el adulterio estaba permitido siempre y cuando la mujer se entregase a un hombre más alto y más fuerte que su marido; y la soltería masculina era considerada como un delito.

¹⁷⁵ Siguiendo el modelo espartano Aristóteles en su Política, **Aristóteles**: Política, Lib. VII. Madrid, 1964, ed. Aguilar, pág. 1557, defiende que es beneficioso para los niños acostumbrarles desde la primera infancia al frío, porque es en gran manera útil para la salud y en orden al servicio militar.

¹⁷⁶ **Delgado Criado, Buenaventura**, op. cit. pág. 28.

ejemplo cabe citar el episodio de los tarentinos. En torno al 750 a. C., durante la guerra de Mesenia, los espartanos se mantuvieron varios años alejados de sus mujeres. Cuando retornaron, la mayoría de ellas tenían hijos engendrados con los periecos que, por no tener pleno derecho de ciudadanía, no habían participado en la contienda. El único problema que les planteó esta situación fue que, desde un punto de vista político, estos niños no podían ser considerados totalmente espartanos y, por consiguiente, no podían ser integrados en la comunidad cívica. La complicación fue resuelta finalmente por un decreto del Estado del 705 a. C. en virtud del cual los niños y niñas nacidos de padres periecos fueron enviados, bajo el mando de Palanto, a fundar la colonia de *Taras*, Tarento, en el sur de Italia¹⁷⁷.

4. ATENAS

En Atenas, la abundancia de hijos era considerada una desgracia ya que la consecuencia general era el desmembramiento del patrimonio paterno y la relegación en la escala social. El sentimiento más común de los atenienses se resume en una sola frase: "nada es más desdichado que un padre, si no otro padre que tenga más hijos".

Es curioso conocer como era recibido el recién nacido, en el seno de la sociedad griega. El futuro ciudadano - *politês* - tenía que tener unos orígenes bien conocidos para ser considerado hijo legítimo - *gnêsios* -. Nacía en casa del padre, protegido de todas las miradas. Transcurridos diez días se celebraba un ritual complejo - llamado *amphidromia* o "fiesta del décimo día" -, en la que el niño, tras ser conducido por la comadrona cerca del fuego y depositado en el suelo, recibía un nombre - el primogénito tenía derecho al nombre del abuelo paterno -, símbolo de la pertenencia

¹⁷⁷ Bajo, Fe y Beltrán, José Luís, op. cit. págs. 16-17.

al linaje familiar, y era reconocido por su progenitor en presencia de parientes y amigos – testigos -. Ese mismo día la puerta de la casa era decorada con una corona y un olor penetrante de col frita indicaba a los transeúntes la fiesta que en su interior se estaba celebrando¹⁷⁸.

La instrucción era muy valorada en Atenas y, ciertamente, el número de analfabetos era muy reducido, al menos en la época clásica. Los niños comenzaban sus estudios a los siete años¹⁷⁹. A fin de evitar los peligros que pudiese correr el chico en el trayecto de casa a la escuela, se decidió que esta debía comenzar después del amanecer para terminar antes del anochecer. También estaba prohibido que los jóvenes y las personas extrañas penetraran en el centro educativo durante la jornada escolar. La disciplina impartida en estos centros de formación era estricta y rigurosa¹⁸⁰.

En la Grecia arcaica los jóvenes de buena familia se educaban junto a un prestigioso personaje. El ejemplo más célebre de esa práctica es el de la educación de Aquiles. Abandonado por su madre - la diosa Tetis -, el joven Aquiles quedó a cargo de su padre, Peleo, quien lo confió al centauro Quirón para que le educara. Quirón en la mitología griega pertenecía a la categoría de los centauros bondadosos - para los griegos los centauros eran unas criaturas ambiguas, medio hombres, medio caballos

¹⁷⁸ **Castells, Paulino**, op. cit. pág. 31.

¹⁷⁹ **Kaplan, Louise J.**: Adolescencia. El adiós a la infancia. Biblioteca de psicología profunda. Buenos Aires, 1986, ed. Paidós, pág. 38, menciona en su obra la idea de la *paedia helénica*, que presuponía la existencia de una diferencia y una transición entre el mundo de los niños y el de los adultos, transición que se hacía por medio de una iniciación o educación.

¹⁸⁰ **De Mause, Lloyd**, op. cit. pág. 40, observa que las pruebas recogidas sobre los sistemas de disciplina aplicados a los niños y las niñas anteriores al siglo XVIII, nos arrojan la conclusión que un gran porcentaje de esos niños configurarían lo que hoy denominaríamos como menores maltratados.

-, dueño de la caza y de las plantas medicinales, y era el iniciador de los jóvenes a la práctica de esas artes¹⁸¹.

El pueblo griego, en definitiva, aportó una prefiguración de la idea de niñez que se asemeja bastante a la que más de dos mil años después, durante el siglo XVI, daría lugar al nacimiento del concepto moderno de infancia¹⁸².

5. LA INFANCIA Y ROMA

Los poderes del "paterfamilias" no tenían límites en el Derecho romano arcaico¹⁸³. Sólo él era *sui iuris*¹⁸⁴. Se consideraban como *sui iuris* aquellos ciudadanos que no

¹⁸¹ **Schnapp, Alain**: "La imagen de los jóvenes en la ciudad griega" en **Levi Giovanni (Dir.)**: Historia de los jóvenes. De la antigüedad a la edad moderna. Madrid, 1996, ed. Taurus, págs. 47-48.

¹⁸² **Postman, Neil**, op. cit. pág. 28.

¹⁸³ **Fernández de Bujan, Antonio**: El filiofamilias independiente en Roma y en el Derecho español. Madrid, 1984, ed. Departamento de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 22, considera que al apreciar la rigurosa *patria potestas* romana, es preciso guardarse de incurrir en ciertas exageraciones y, principalmente, de juzgarlas sólo por su aspecto exclusivamente jurídico, deduciendo de él la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones padres e hijos. Ciertamente, prosigue dicho autor, en el campo del derecho no había límite alguno a la absoluta potestad del *pater* pero en la práctica, por una parte, había límites consuetudinarios establecidos por las *mores maiorum*, y por otra, la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*, que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno. En este mismo sentido vid. **Bonfante, Pietro**: Corso di Diritto Romano. Vol. I. Diritto di Famiglia. Milano, 1963, ed. Dott. A. Giuffrè Editore, págs. 100-104; **Bonfante, Pietro**: Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la Octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa. Madrid, 2002, ed. Reus, S.A., págs. 161-164; y **Eyben, Emiel**: "Fathers and sons", en **Rawson, Beryl (Ed.)**: Marriage, divorce, and children in Ancient Rome. New Cork, 1996, ed. Clarendon paperbacks, pág. 116. Por su parte, **Castello, Carlo**: Studi sul Diritto familiare e gentilicio romano. Milano, 1942, ed. Dott. A. Giuffrè Editore, págs. 69-104, realiza un estudio sobre los límites impuestos a la patria potestad del *paterfamilias* por la religión, la moral, el afecto y las costumbres durante la época de la Monarquía y de la República romana. De igual modo **Mordechai Rabello, Alfredo**: Effetti personali della patria potestas. Dalle origini al periodo degli Antonini. Milano, 1979, ed. Dott. A. Giuffrè Editore, págs. 32-50. Finalmente, **Gardner, Jane F.**: Family and familia in Roman law and life. Oxford, 1998, ed. Clarendon Press, pág. 268, sostiene que las facultades legales de castigo y corrección de las que era titular el *pater familias*, la gran mayoría, en especial las más extremas, derivaban directamente de su estatus legal de cabeza de familia y no de sus relaciones familiares.

¹⁸⁴ Vid. **Arias Ramos, J y Arias Bonet, J.A.**: Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales. Madrid, 1995, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 80.

estaban sometidos a la potestad de otra persona, bien por no tener ascendientes legítimos, bien por haber sido liberados de la potestad a la que estaban sujetos. Vemos, por tanto, que la condición de *sui iuris* no estaba ligada al hecho de tener o no descendencia, sino al de estar o no sometido al poder doméstico de alguien. El resto de la familia dependía de él¹⁸⁵. Era padre, señor, sacerdote, juez y educador de toda la familia¹⁸⁶.

El Derecho romano arcaico ofrecía una gama de facultades del *paterfamilias* que se mantuvieron, al menos, hasta la época del Principado. Las principales de estas capacidades eran las siguientes: a) *Ius vitae necisque*: el *paterfamilias* tenía el derecho de vida y muerte sobre los hijos, es decir, que podía, por ejemplo, matar al hijo que hubiera cometido delitos graves¹⁸⁷; b) *ius vendendi*: el *paterfamilias* podía vender al hijo. Acto de disposición que tenía distintos efectos según se hubiera efectuado dentro o fuera de Roma. Más allá de Roma - *trans Tiberim*- provocaba la caída del hijo en la esclavitud y, por supuesto, si el hijo volvía a Roma no

¹⁸⁵ Tal y como nos apunta **Bonfante, Pietro**: Instituciones de Derecho Romano, traducción de la Octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Quinta edición, Madrid, 2002, ed. Reus, S.A., págs. 142-144, en el Derecho romano deben distinguirse dos especies de relaciones y derechos familiares: los que aluden al organismo singular de la familia romana y las que se refieren al concepto de la familia natural en el sentido moderno. En el curso de la historia del Derecho romano tal antítesis se va desvaneciendo poco a poco y tiende a desaparecer. El hecho es que a causa del nuevo ambiente social favorable para el desarrollo de la familia natural las relaciones que a ésta se refieren tienden a superar y a derogar las de la familia romana, o por lo menos a infundir en ellas un espíritu diverso alterando su carácter originario. Así, la familia romana en sentido propio es un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico.

¹⁸⁶ En palabras de **Bonfante, Pietro**, op. cit. pág. 160, el poder del *paterfamilias* sobre los *filiifamilias* tiene la misma naturaleza que la soberanía en los cuerpos políticos. Así, la familia romana, como todo organismo político de la Edad antigua, tenía sus *sacra*, es decir, su culto especial, y el *paterfamilias* era su sacerdote. Él era también juez de los *filiifamilias*, y en cuanto a las culpas cometidas por ellos tenían autoridad para castigarlos de todos los modos posibles, con la prisión, con penas corporales y hasta con la muerte.

¹⁸⁷ **Bonfante, Pietro**: Corso di Diritto Romano. Vol. I. Diritto di Famiglia. Milano, 1963, ed. Dott. A. Giuffrè Editore, págs. 94-95, contempla esta potestad del *paterfamilias* como un residuo de la jurisdicción penal sobre el grupo. Así, el *pater* frente a una grave infracción cometida por el *filius* podía condenarlo a muerte, con toda probabilidad tras haber escuchado la opinión de un *consilium domesticum* integrado por parientes cercanos.

recuperaba la libertad, ni la ciudadanía. En cambio, enajenado en Roma, el hijo caía en una situación de cuasi esclavitud, el poder del *paterfamilias* restaba latente y renacía tan pronto como el adquirente emancipaba al hijo de su potestad. Una norma de las XII Tablas establecía que si el padre vendía a su hijo tres veces, el hijo quedaba definitivamente libre de la potestad paterna¹⁸⁸ - *si pater ter filium venum duit, a patre filius liber esto* -. Las razones que justifican el ejercicio de esta facultad por parte del cabeza de familia son fundamentalmente de tenor económico – familia con excedente de mano de obra vende a otra familia a uno de sus elementos productivos – o de garantía – si se piensa en el *nexum* y en la fiducia *cum creditote* – o representa un modo no formal de lograr los mismos objetivos perseguidos con la adopción; c) *Noxae deditio* – *ius noxae dandi* -: cuando el hijo de familia cometía un delito, el padre podía, a su elección, asumir la responsabilidad o liberarse de ella, simplemente entregando al autor del delito a la víctima. Tuvo que esperarse hasta la época postclásica¹⁸⁹, con la decisiva influencia del cristianismo, para que la *patria-potestas* cobrase un carácter más humano. Así, Valentiniano I derogó definitivamente el *ius necisque* y Justiniano limitó severamente la venta del hijo, circunscribiéndola a los casos de extrema necesidad, a la vez que derogó la *noxae deditio*¹⁹⁰.

En el orden patrimonial el *paterfamilias* era el único sujeto de derechos; ello no significa que los hijos fueran elementos inactivos en el tráfico, sino que lo adquirido por ellos se consideró en cuanto representantes del *paterfamilias* y en provecho del

¹⁸⁸ **Franciosi, Gennaro:** *Famiglia e persone in Roma Antica. Dall'età Arcaica al Principato.* Torino, 1989, ed. G. Giappichelli Editore, págs. 51-52, nos pone de relieve que el hijo tres veces vendido se califica en las fuentes como *liber in mancipio* o *liber in causa mancipi*, es decir, como libre en condición de esclavo.

¹⁸⁹ **Dalla, Danilo:** *Ricerche di Diritto delle persone.* Torino, 1995, ed. G. Giappichelli Editore, págs. 3-15, indaga sobre la figura de la patria potestad en la época postclásica.

¹⁹⁰ Vid. **Miquel, Juan:** *Derecho privado romano.* Madrid, 1992, ed. Marcial Pons, págs. 373-375.

mismo¹⁹¹. Lo anterior sufrió una atenuación con la institución de los peculios¹⁹². *Peculium* era una porción de bienes o dinero que el *pater* concedía al *filius* con carácter libremente revocable. El *filius* no era, no obstante, propietario del peculio, sino un mero administrador. A este peculio se le llamó *peculium profecticium*, justamente por provenir del *paterfamilias*. A la muerte del *filius* era recuperado por el *paterfamilias* no como herencia, sino como cosa propia – *iure peculii* -. Durante la época imperial se produjo un desarrollo del régimen de los peculios, caracterizado por ser irrevocable y por su progresiva autonomía frente al *pater*. El punto de partida de esta evolución lo constituyó el *peculium castrense*, formado por los bienes que el hijo adquiría en el servicio militar¹⁹³. Posteriormente, en época de Constantino se produjo una equiparación entre el *peculium castrense* y un nuevo peculio llamado *peculium quasi castrense*, integrado por los bienes que el hijo hubiera adquirido sirviendo a la corte imperial como funcionario, ejerciendo la profesión de abogado, eclesiástico¹⁹⁴. Finalmente, Justiniano generalizó la norma de que el peculio era el auténtico patrimonio del *filius familias*¹⁹⁵.

¹⁹¹ **Sancho Rebullida, Francisco de Asís:** "La patria potestad", obra colectiva "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia". Barcelona, 1997, ed. José María Bosch Editor, pág. 569.

¹⁹² Para un análisis más detallado de esta figura vid. **Arias Ramos, J y Arias Bonet, J.A.:** Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones. Madrid, 1995, ed. Revista de Derecho Privado, págs. 744-746; y **Betancourt, Fernando:** Derecho Romano clásico. Sevilla, 1995, ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, págs. 443-447.

¹⁹³ **Fernández de Bujan, Antonio,** op. cit. pág. 33, cifra en el período de crisis que supone el paso de la República al Imperio el momento en que el *peculium castrense* adquiere verdadera relevancia, debido por una parte al aumento de la soldada y de los donativos a favor de los milites, y por otra al hecho de que el ejército romano se transformó en profesional, dado que fue necesario incluir un número cada vez mayor de provinciales, es decir, de personas que provenían de un ambiente jurídico diverso.

¹⁹⁴ Para un estudio en profundidad de la figura del *peculium castrense* vid. **La Rosa, Franca:** I Peculi Speciali in Diritto Romano. Milano, 1953, ed. Dott. A. Giuffrè Editore.

¹⁹⁵ Vid. **Miquel, Juan,** op. cit. págs. 375-376.

La figura de la patria potestad condicionó la lógica con la que los adultos percibían la infancia y sus circunstancias. Se entendía que el niño pertenecía al padre, era de su plena propiedad; que sus problemas eran contratiempos de su familia, y por tanto que no exigían ningún tipo de responsabilidad colectiva. Esta representación compartida supuso que se viera a los niños como sujetos de poca importancia social, como personas incapaces o todavía incompetentes para manifestarse en relación con las cuestiones que les afectasen¹⁹⁶.

Buena muestra de ello se refleja en el llamado *ius exponendi* - derecho de exposición del hijo recién nacido -, en virtud del cual el padre podía abandonar a su hijo recién nacido con cualquier pretexto¹⁹⁷. En este caso los niños eran depositados ante la columna lactaria, o en los estercoleros públicos, donde podían ser recogidos por cualquiera o morían de frío, de hambre o eran devorados por animales¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Para ver con detalle la evolución de la institución de la patria potestad en el Derecho romano y su posterior recepción por la normativa civil francesa vid. **Plessis de Grenédan, J.**: Histoire de l'autorité paternelle et de la société familiale en France, avant 1789. Paris, 1900, ed. Arthur Rousseau editeur, págs. 41-66 y **Timbal, P.C.**: Droit romain et Ancien Droit français. Régimes matrimoniaux – Successions – Libéralités. Paris, 1975, ed. Dalloz, Deuxième Édition, págs. 100-110.

¹⁹⁷ **Fayer, Carla**: La familia romana, Vol. I. Roma, 1994, ed. L'Erma di Bretschneider, págs. 183-187, apunta los diversos y variados motivos que justificaron la práctica de la exposición de recién nacidos. Dicha autora subraya la miseria económica como una de las principales causas generadoras del abandono infantil. Este dato es fácilmente demostrable por el hecho de que en las épocas de crisis económica aumentaba la cifra total de exposiciones. Otra de las razones a tener en cuenta, de acuerdo con Carla Fayer, fueron las malformaciones físicas o la débil constitución de los neonatos – Dionigi di Alicarnaso recuerda una *lex regia* de Romolo, posteriormente recogida en la Ley de las XII Tablas, que permitía la exposición de los nacidos mutilados o monstruosos, tras haber sido mostrados consecutivamente a cinco vecinos que, a su vez, debían aceptar la conveniencia de dicha exposición -. También el simple hecho de nacer en un día calificado como de infausto o que el nacimiento estuviera precedido por un mal presagio, suponían motivo más que suficiente para ser expuesto. Por último, no debe tampoco olvidarse que la exposición de las criaturas fue utilizada como un mecanismo de ocultación de los hijos ilegítimos, por el deshonor que ello suponía.

¹⁹⁸ **Fayer, Carla**, op. cit. pág. 188, nos recuerda que las fuentes romanas documentan que en la mayor parte de los casos la exposición llevaba aparejada la muerte de la criatura: “*dat eam puellam ei servo exponendam ad necem, iam relictis sine spe, rarum igitur est, ut expositi vivam, expositos quodammodo ad mortem*”.

La exposición de los hijos que, según parece, la costumbre limitaba, de hecho, a casos de partos abortivos, fue indirectamente sancionada por disposiciones de Diocleciano y Constantino, que restringieron al *pater* algunas de las facultades sobre aquellos hijos a los cuales hubiera expuesto. Y una constitución de Valente y Valentiniano equiparó la exposición al homicidio¹⁹⁹.

Con el tiempo el derecho a la vida y a la muerte del hijo, en casos graves, quedó coartado por la ley. El poder omnímoto del *paterfamilias*, absoluto según la Ley de las XII Tablas, poco a poco quedó controlado por la ética social. Antes de tomar una decisión personal y con el fin de evitar abusos y arbitrariedades, el *paterfamilias* debía contar con el beneplácito del consejo familiar²⁰⁰ - *iudicium domesticum* -.

Los edictos imperiales tuvieron algunas repercusiones directas en el trato de los niños, como se observa en dos leyes del Código de Teodosio. La primera es del año 322:

Hemos sabido que en las provincias en que hay escasez de alimentos y falta de medios de subsistencia los padres están vendiendo o pignorando a sus hijos... Repugna a nuestras costumbres que cualquier persona pueda morir de hambre o verse impulsada a cometer un acto ignominioso.

¹⁹⁹ Vid. **Camacho Evangelista, Fermín**: Curso de Derecho Romano. Granada, 1990, ed. Impredisur, S.L., págs. 498-499.

²⁰⁰ Para un estudio detallado de las funciones del *consilium domesticum* vid. **Lacey, W.K.**: "Patria potestas" en **Rawson, Beryl (Ed.)**: The family in Ancient Rome. New perspectives. London, 1986, ed. Roudledge, págs. 137-140.

Y la segunda del año 315/329:

Se escribirá en tablas de bronce o enceradas o en lienzo y se expondrá en todos los municipios de Italia una ley destinada a sujetar las manos de los padres para apartarles del infanticidio y darles esperanzas de mejorar.... si un padre comunicare que tiene hijos a los que, debido a la pobreza, no puede criar, se le entregarán sin demora alimento y ropas, pues la crianza de un recién nacido no admite demora.

Es significativo que estas leyes, que ponen de relieve la continuidad de medidas crueles y desesperadas contra los niños no se promulgaron hasta principios del siglo IV, con la cual cosa parece ponerse en duda la teoría de que con la expansión del cristianismo mejoró de forma automática la situación de los niños.

El infanticidio no fue declarado delito punible con la pena capital hasta el año 374 d.C.²⁰¹. Sin embargo, la oposición al infanticidio, incluso por parte de los Padres de la Iglesia, en muchas ocasiones parecía estar basada más bien en la preocupación por el alma de los padres que por la vida del niño.

En otro orden de cosas, en el Derecho romano arcaico durante los ocho primeros días de la vida del niño, se hacían diversas ceremonias religiosas invocando a los dioses de la infancia, Juno y Hércules, en cuyo honor se ofrecían sacrificios. Si el hijo era varón, generalmente el padre oficiaba la ceremonia ante el lar familiar y le imponía el nombre propio. Cada romano, además de su nombre propio - *praenomen*, se distinguía por el nombre de la familia a la que pertenecía - *nomen* - y por el

²⁰¹ **Voltes, María José y Voltes Pedro**, op. cit. pág. 54, ponen de relieve que durante dicha época también se tomaron medidas legales para reprimir y castigar las muertes de hijos mayores por sus padres, en ocasiones diversas. Adriano, por ejemplo, deportó a una isla a un padre que mató a un hijo suyo que se entendía con su madrastra. Marciano, un jurisconsulto del siglo III, preceptúa: "*Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*". Plinio el joven (61-113) había intervenido una vez a favor de un mozo cuyos estropicios habían encolerizado a su padre: "*una vez hubo salido el hijo le pregunté al padre: dime ¿acaso no hiciste nunca nada que mereciese una amonestación de tu padre?*".

sobrenombre o tercer apellido - *cognomen* -. En esta ceremonia consagrada por la tradición romana, conocida con el nombre de *dies lustricus* o de la "purificación del niño", el padre debía recoger del suelo al niño desnudo, levantarlo en sus brazos y recitar unas oraciones dirigidas a la diosa Levana²⁰². Después de imponerle el nombre propio, colgaba al cuello del niño una *bullae aurea*, o medallón de oro o de cuero, según la clase social, en cuyo interior se depositaban amuletos, que debían proporcionarle la felicidad en el futuro, evidenciando al mismo tiempo que el niño era de condición libre²⁰³. El mencionado amuleto acompañaba al niño durante toda su infancia, concretamente hasta el día de celebración del acto en el que se reflejaba el tránsito de la niñez a la juventud o adolescencia, momento en el que la *bullae* era depositada ante los dioses lares de la familia. Estas ceremonias que señalaban el tránsito de la impubertad a la pubertad se celebraban tan solo una vez al año, en las fiestas de los *liberalia*, en honor del Dios Baco.

Constituían asimismo un símbolo de la niñez la vestimenta que lucían los niños. Así el varón aún no capaz de mantener relaciones sexuales - *impúber* - se denominaba *praetextatus*, es decir, vestido con *toga praetexta*: túnica blanca, guarnecida de una tira de púrpura - color rojo oscuro -. En el acto en el que se reflejaba el tránsito de la niñez a la juventud o adolescencia - de la *pueritia* a la *iuventus* -, el niño cambiaba su *toga praetexta* por la *toga virilis, libera, pura*, es decir, sin ningún adorno.

²⁰² **Rawson, Beryl**: "Adult-Child relationships in Roman society", en **Rawson, Beryl (Ed.)**: Marriage, divorce, and children in Ancient Rome. New Cork, 1996, ed. Clarendon paperbacks, pág. 14, justifica esta ceremonia de purificación en el hecho de que los romanos consideraban al recién nacido como un ser sucio y peligroso. Esa misma reflexión explicaría los rituales que en vísperas del nacimiento tenían lugar tanto dentro como fuera del domicilio en el que la madre iba a dar a luz.

²⁰³ **Delgado Criado, Buenaventura**, op. cit. págs. 45-46.

Debajo de la nueva toga, vestía el varón – no se conoce un rito de tránsito similar para las niñas - una túnica recta que constituía también un signo de la pubertad - túnica que al mismo tiempo proporcionaba protección a quien la vestía sustituyendo a la bulla, ya que estaba tejida *ominis causa*, en otras palabras, como prenda de buenos augurios -²⁰⁴.

En el primitivo Derecho Romano se tomaron como punto de partida, en orden a otorgar el ejercicio de los derechos, dos fenómenos físicos: la palabra y el completo desarrollo corporal. Así, al que no sabía hablar se le llamó infante – *infans* -²⁰⁵; al que no había alcanzado el pleno desarrollo corporal, manifestado según ellos en la aptitud para la procreación, se le llamó *impúber*; mientras que al que había alcanzado el pleno desarrollo corporal, y con ello plena capacidad, se le llamó *púber*. Sin embargo, ninguna de estas dos etapas tenía una duración predeterminada, sino que dependía en cada caso del sujeto en cuestión, de tal forma que se le sometía a un examen particular para determinar la llegada de la pubertad. A este examen se le denominaba *inspectio corporis*, y legalmente subsistió hasta que Justiniano adoptó el criterio de los proculeyanos estableciendo con carácter general que la mujer llegaba a la pubertad a los 12 años, y a los 14 el hombre.

Este sistema llevó a la jurisprudencia romana a intentar señalar de una forma determinada los límites de uno y otro estado. Por eso la infancia, se prolongó hasta la edad de 7 años, por entender que hasta ese momento aunque el niño hablara, lo hacía sin inteligencia. Era la edad de la plena incapacidad.

²⁰⁴ **Álvarez Suarez, Ursicinio:** Instituciones de Derecho Romano. III. Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano. Madrid, 1977, ed. Revista de Derecho Privado, pág. 170.

²⁰⁵ *Infans* - del arcaico *far, fatus sum, fari*, hablar, con la primitiva *in* - significa el que no puede hablar, pero no con la significación del que no puede hablar por sufrir un impedimento físico, sino el más espiritual de quien no puede hablar expresando un pensamiento razonable.

Justiniano adoptó como límites entre la pubertad y la impubertad los siguientes: se llamaba *impúber* al menor de 12 años - para la mujer - o 14 años - para el varón -; y *púber* al mayor de dicha edad. Dentro de la etapa de la impubertad se distinguieron, a su vez dos períodos distintos: *impuberes infantie proximi* e *impuberes pubertati proximi*.

El púber gozaba de capacidad absoluta, pero a partir de la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium* - rogada por el tribuno Plaetorius, anterior al año 186 a. C. -, se protegería a los mayores de 12 o 14 años y menores de 25 en orden a su inmadurez, no dotándoles de plena capacidad. La Ley prescribía que cualquier persona podía interponer una acción - era una *actio popularis*; una acción popular - contra aquel que hubiese hecho objeto de engaños - *circumscribere* - a un menor de 25 años. Junto a ello, el pretor, en su edicto, concedió al *minor* una *exceptio legis Laetoria* para defenderse contra la acción que contra él interpusiese el autor del engaño²⁰⁶.

En definitiva, podemos concluir afirmando que en Roma la infancia no existió con entidad sustancial²⁰⁷. Era considerada como una etapa por la que había que pasar con la mayor rapidez posible, apresurándola y sustituyéndola por las pautas de conducta

²⁰⁶ Álvarez Vélez, M^a. Isabel, op.cit. págs. 3-4.

²⁰⁷ Por su parte, **Rawson, Beryl**: “Children in the Roman familia” en **Rawson, Beryl (Ed.)**: The family in Ancient Rome. New perspectives. London, 1986, ed. Roudledge, pág. 170, opina que en la Antigua Roma los niños estaban lejos de ser invisibles tanto en la vida privada como en la pública. Parece, no obstante, contradecirse dicha autora cuando en una obra posterior, **Rawson, Beryl**: “Adult-Child relationships in Roman society”, en **Rawson, Beryl (Ed.)**: Marriage, divorce, and children in Ancient Rome. New Cork, 1996, ed. Clarendon paperbacks, pág. 7, afirma que no se encuentra en el mundo romano material producido por los niños – no hay diarios personales, pinturas, poemas -, lo que hace difícil reconstruir las percepciones de los niños para hablar de la familia y la sociedad desde su punto de vista. También nos ofrece una visión particular **Postman, Neil**, op. cit. págs. 28-29, quien considera que los romanos ya encontraron una relación, que los modernos dan por descontada, entre el niño que crece y la idea de la vergüenza. Dicho autor finaliza su exposición afirmando de manera rotunda que sin una idea bien desarrollada de la vergüenza, la infancia no puede existir.

adultas²⁰⁸. Para la mayoría, por no decir para todos los romanos, la infancia era una fase sin importancia de la vida, que había que superar cuanto antes mejor²⁰⁹. La niñez representa, pues, la fea crisálida de la que ha de salir gozosa y con traje listado de púrpura la mariposa del hombre adulto y de la que el adolescente ha de librarse con el sufrimiento y la sangre de la iniciación²¹⁰.

6. INFLUENCIA DE LOS VALORES CRISTIANOS

El triunfo del cristianismo supuso una cierta dulcificación en el trato y la consideración con respecto a los más pequeños.

La norma ética se convirtió en imperativo jurídico: así, por ejemplo, el emperador cristiano trajo a la letra de la ley el principio de que la "*patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*" - la patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad -²¹¹.

²⁰⁸ **Bradley, Keith R.**: *Discovering the Roman family*. Studies in Roman social history. Oxford, 1991, ed. Oxford University Press, págs. 103-124, nos ofrece una detallada descripción del modo en que la mayoría de los/as niños/as en Roma – excepción hecha de los pertenecientes a las clases aristocráticas – eran preparados desde muy temprana edad por sus familias para la vida adulta, todo ello a través de un somero análisis del trabajo infantil en la sociedad romana.

²⁰⁹ Esta idea, según **Rawson, Beryl**: "Adult-Child relationships in Roman society", en **Rawson, Beryl (Ed.)**: *Marriage, divorce, and children in Ancient Rome*. New York, 1996, ed. Clarendon paperbacks, pág. 28, aparece de manera mucho más clara en los estratos más humildes de la sociedad. En ellos la infancia debía concluir cuanto antes mejor: tanto niños como niñas ya a muy tempranas edades – incluso por debajo de los diez años – se les equiparaba con los adultos en el mundo del trabajo y en la vida social. En cambio, en las clases más acomodadas de la población el paso de la infancia a la vida adulta no se daba de forma tan brusca.

²¹⁰ **Petrini, Enzo**, op. cit. pág. 21.

²¹¹ **Iglesias, Juan**: *Derecho Romano. Historia e instituciones*. Barcelona, 1994, ed. Ariel Derecho, pág. 470; y **García Garrido, Manuel Jesús**: *Derecho Privado Romano; acciones, casos, instituciones*. Madrid, 1995, ed. Dykinson, pág. 642.

Los cristianos tuvieron presentes las referencias que los Evangelios recogieron respecto a la infancia, sobre todo las frases de cariño de Jesús presentando a los niños como ejemplo de sencillez e inocencia.

De acuerdo con lo anterior, la interpretación de algunos episodios bíblicos permitió una visión menos marginal de la infancia. Al fin y al cabo, ¿no había sacrificado el Dios cristiano a su propio hijo para salvar a toda la humanidad? Por ello, ser niño o tener características infantiles comenzó a no tener connotaciones tan negativas. Cuando los discípulos trataron de impedir que los niños se acercaran a Jesús, éste les respondió diciéndoles: *Dejad que los niños vengan a mí y no los estorbéis, porque suyo es el reino de Dios. En verdad os digo: quien no reciba el reino de Dios como un niño, no entrará en él*²¹². Y abrazándolos, los bendijo imponiéndoles las manos.

Resulta interesante realizar un seguimiento de esta escena del Evangelio a lo largo de la historia del arte y constatar como va ir evolucionando el tratamiento que en la misma han ido teniendo los niños. La antigua iconografía no desconocía el mencionado pasaje bíblico. Así, una miniatura Otomana del siglo XI nos da una idea de la deformación que el artista hacía sufrir a los cuerpos de los niños. El miniaturista agrupa alrededor de Jesús a ocho hombres verdaderos, sin ningún rasgo de la infancia, los cuales han sido simplemente reproducidos a tamaño reducido. Sólo su talla los distingue de los adultos. Se reconocen también representaciones de esa escena en las Biblias moralizadas del siglo XIII; sin embargo no eran frecuentes y se las consideraba como ilustraciones banales. Por el contrario, desde finales del siglo XVI esa escena se repitió con asiduidad, principalmente en el grabado, y es evidente que respondía ya a una nueva sensibilidad.

²¹² M. 19, 14.

Ahora bien, el Cristianismo no cambió de la noche a la mañana las leyes, las costumbres y el sistema educativo vigente en la sociedad romana. El cambio, por el contrario, fue fruto de un largo proceso que fue más evidente en los últimos años de decadencia del Imperio romano.

7. EL NIÑO VISIGODO, UN PRIVILEGIADO

Multitud de epidemias y la hambruna se cebaron en la población de Occidente en los siglos VI y VII, diezmando sobre todo a los más débiles²¹³. Se ha estimado la duración media de la vida entonces en 30 años y la mortalidad infantil podía alcanzar el 80 por 100. En la Península Ibérica imperaba la monarquía visigótica, tan frágil y violenta. Pues bien, es notable que semejante régimen dictase unas leyes que, dentro de su propio marco, diseñasen una actitud tutelar respecto de los niños y de sus madres, mucho más cuidadosa que los esquemas vigentes entre los demás pueblos germánicos, y en algún aspecto hasta más benigna que la legislación romana.

Este régimen legal visigodo fue compilado por Recesvinto en el año 654, reconocido como "*Liber Iudiciorum*" - el Fuero Juzgo escrito en latín se denominó "*Liber Iudiciorum*" y Fernando III el Santo mandó traducirlo al Romance - y constituyó el cauce de todo el derecho vigente en las monarquías cristianas de la alta Edad Media Ibérica²¹⁴. Existía, sin duda, en sus fundamentos el propósito de favorecer el crecimiento de la población, y esto impulsó a dar un valor insólito a la vida infantil,

²¹³ **Dufourcq, Ch. E.**: *L'Espagne chrétienne au Moyen Age*. París, 1976, ed. Armand Colin, págs. 13-60, nos ofrece una panorámica general sobre los aspectos sociales y económicos de la España visigoda.

²¹⁴ Para **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. pág. 2910, en el Fuero Juzgo – formado por una colección de leyes promulgadas en tiempos de los godos y los hispanorromanos – se presta una atención favorable a los menores. Dicho autor intuye en sus preceptos el germen de las instituciones protectoras a favor de la infancia.

pero semejante criterio no basta para explicar que a favor de ésta se entretejieran, como unos mimbres protectores, leyes y más leyes que la defendieron con un detenimiento y una energía que ya hubieran querido para sí los mismos adultos de la época.

El citado texto aspiraba a guardar la vida del niño desde su concepción y a imponer fuertes sanciones a quien participase en un aborto, que se consideraba pecaminoso, en sí mismo. También hay que tener presente el pasaje del Fuero Juzgo, en el que se establecía la pena de muerte o de ceguera a las madres que mataran a sus hijos antes o después de dar a luz. De igual forma imponía duras penas a los maridos que lo mandaren y a quienes abandonaran a los recién nacidos.

Otro aspecto que presentaba esta legislación para velar solícitamente por los derechos de la infancia era el llamamiento por igual de hombres y mujeres a una herencia intestada, así como el acceso a ella de todos los parientes, dentro de cierto orden de prelación. Este mecanismo deriva del concepto de que es la comunidad familiar la propietaria del patrimonio global y cada miembro, grande o chico, es titular de unos derechos. Si muere cualquiera de los progenitores antes de que el hijo haya cumplido los quince años, éste es considerado huérfano; no puede disponer de su herencia, y la ley tiene el máximo empeño en garantizar la salvaguarda de los bienes que le corresponden²¹⁵.

²¹⁵ En esta misma línea se pronuncia **Pérez de Tudela, M.I.**: La mujer castellano-leonesa durante la Alta Edad Media. Madrid, 1980, ed. Fundación March, pág. 123, al afirmar que durante la infancia, niños y niñas reciben el mismo tratamiento jurídico. Unos y otras comparten con los padres los bienes familiares y permanecen bajo su custodia. Todo ello, naturalmente, si no media un abandono por parte de los mismos padres. Hechos de este tipo deben haber sido frecuentes en el declinar de la monarquía visigoda y hay que ponerlos en relación con las noticias sobre infanticidios y abortos. Corresponden todos estos datos a una sociedad en crisis, como lo era la visigoda en vísperas de la invasión.

8. LA INFANCIA DURANTE LA EDAD MEDIA: UN MISTERIO QUE RESOLVER

Si bien no existen dudas a la hora de considerar que la posición de la que disfrutó la infancia durante toda la Edad Media²¹⁶ no fue ni mucho menos placentera, más conflictiva parece ser la cuestión de cómo era realmente su situación. Una primera constatación nos lleva a afirmar que en la mayoría de estudios llevados a cabo hasta el momento, el niño/a medieval aparece a menudo atrapado en unas realidades institucionales. Familia y escuela, orfanatos y lugares de trabajo, y todos los espacios ordenados que están oficialmente relacionados con los sectores societarios organizados, eran los "contenedores" más conocidos y habituales, en los que a menudo se solía colocar a la infancia. Ahora bien, los niños estaban también presentes en otros espacios no custodiados por los adultos, tales como en las calles de la ciudad, los parques de los pueblos, y ya fuera solos o en grupo. A pesar de ello, son raras las reconstrucciones de estos acontecimientos extra-institucionales²¹⁷ elaboradas por la historiografía, aspecto éste que denota que nos hallamos ante una disciplina aún frágil en la que se descubren cada vez más lagunas acerca de lo

²¹⁶ A modo de introducción recordar que el Feudalismo se dividió en dos grandes etapas. La primera de ellas conocida como la Alta Edad Media, siglos VIII a XII - mundo del Románico -, caracterizada por tratarse de un mundo rural que vivía exclusivamente en el campo y del campo. Era un mundo defensivo, de gran influencia de nobles y de la Iglesia; y una segunda etapa denominada Baja Edad Media, siglos XIII al XV. Se conoce como el mundo del gótico, un mundo más realista, de crítica a los poderes políticos y religiosos. Un mundo de renacimiento de las ciudades. Nació en este segundo período un nuevo grupo social: la burguesía. La burguesía eran los habitantes de los burgos - ciudades amuralladas -, que no vivían de la actividad agrícola, sino que eran artesanos, comerciantes, o se dedicaban a las fianzas. Para un análisis histórico más detallado de estas dos etapas vid. **Dohndt, Jan**: La Alta Edad Media. Historia Universal Siglo XXI. Tomo 10. Madrid, 1975, ed. Siglo XXI y **Le Goff, Jacques**: La Baja Edad Media. Historia Universal Siglo XXI, Tomo 11. Madrid, 1978, ed. Siglo XXI.

²¹⁷ **Becchi, Egle**: "La historia de la infancia y sus necesidades de teoría" en **Dávila, Paulí y Naya Garmendia, Luís M^a (Coords.)**: La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo I. Donostia, 2005, ed. Espacio Universitario Erein, págs. 25-27.

conocido: vacíos, faltas, problemas sin resolver, tratados más por la literatura y el imaginario que por el prudente y metódico historiador²¹⁸.

De acuerdo con la doctrina, entendemos que son dos las grandes corrientes de opinión vertidas al respecto de cuál era la posición y consideración de la niñez durante la Edad Media. La primera de ellas encabezada por el historiador francés ARIÈS, quien tras un análisis detallado de la iconografía, el vestido, el juego y la cultura extraescolar de los/as niños/as durante la época medieval²¹⁹ - centrado exclusivamente en la realidad existente en Francia - llega a la conclusión de que el niño tradicional era feliz porque podía mezclarse libremente con personas de distintas clases y edades - a menudo se les vestía con versiones en miniatura de la ropa que usaban los adultos y en las obras de arte se les representaba trabajando al lado de los adultos en los talleres o en el campo, o de jugar compartiendo los pocos momentos de ocio con los propios adultos - y que fue en los comienzos de la época moderna cuando se inventó un estado especial llamado infancia que dio origen a una concepción tiránica de la familia que vino a destruir la amistad y sociabilidad y privó a los niños de libertad, imponiéndoles por primera vez la férula y la celda carcelaria, así como consolidó formas de control y separación del mundo adulto. En esa misma línea de pensamiento se enmarca POSTMAN, quien asocia la aparición del concepto de niñez con la invención de la imprenta. La creación de Gutenberg generó un nuevo mundo simbólico que requirió, a su vez, una nueva noción de la madurez. Por definición, los niños y las niñas quedaron fuera de esta innovadora

²¹⁸ **Pancera, Carlo**: "Complejidad y dificultades en la reconstrucción de imágenes y representaciones de la infancia en la historia social de la educación" en **Dávila, Paulí y Naya Garmendia, Luí M^a (Coords.)**: La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo I. Donostia, 2005, ed. Espacio Universitario Erein, pág. 40.

²¹⁹ Para que se aceptara su tesis sobre el nacimiento del sentimiento de la infancia en el ámbito de una familia cerrada al exterior, y de una datación de dicho suceso en el siglo XVII, Ariès se basó sobre todo en la documentación visiva - escultura y pintura - para justificar sus planteamientos: lo hizo no sólo refiriéndose a las obras de arte de alto nivel, sino también a aquellas populares, a fin de demostrar la afirmación paulatina de un sentimiento de la infancia en la sociedad francesa postmedieval.

representación y por ello tuvo que idearse un espacio que les diera cobijo: la infancia²²⁰. A partir de ese momento los jóvenes tenían que hacerse adultos, y tenían que hacerlo aprendiendo a leer, entrando en el mundo de la tipografía. En consecuencia, la civilización europea reinventó las escuelas y la infancia se convirtió en una necesidad²²¹. Así, durante los siglos XVI y XVII la niñez se determina por la asistencia a las aulas²²².

Para defender la anterior tesis, ARIÈS esgrime dos argumentos principales. Afirma, en primer lugar, que en la Alta Edad Media no existía el concepto de infancia, carencia que él encuentra reflejada en el propio arte medieval anterior al siglo XII, en que se desconocía a la infancia o no se intentaba representarla porque los artistas eran incapaces de pintar un niño salvo como hombre a menor escala²²³. El segundo argumento de este autor gira en torno al nuevo concepto de familia aparecido durante la época moderna. Así, para el historiador francés, la familia moderna limita la libertad del niño y aumenta la severidad de los castigos²²⁴. Por su parte, POSTMAN²²⁵, resume en cuatro los hechos caracterizadores de esta época

²²⁰ Postman, Neil, op. cit. págs. 41-57.

²²¹ Frente a ese argumento no podemos dejar de cuestionarnos si la gran mayoría de los adultos de la época dominaban la lectura. De no ser así, parece que la teoría de Postman pierde peso.

²²² Corroboran esta idea Pinchbeck, Ivy y Hewitt, Margaret, Volumen I, op. cit. pág. 42, quienes al describir la situación de los niños en la sociedad inglesa del siglo XVI, expresan que mientras en el sistema tradicional – el del aprendizaje –, la infancia terminaba a los siete años, como consecuencia de la educación formal y organizada se alargó el período durante el cual la infancia no cumplía con las exigencias ni con las responsabilidades propias del universo adulto. La infancia, de hecho, era cada vez en menor medida una necesidad biológica de una importancia efímera; por vez primera, se configuró como un período formativo de una creciente importancia.

²²³ Meirieu, Philippe, op. cit. pág. 16, califica de *efecto jibaro* el considerar que el niño no es más que un adulto en miniatura.

²²⁴ Ariès, Philippe: *Centuries of Childhood: a social history of family life*. New York, 1962, ed. New York Publishers, págs. 10-33.

²²⁵ Postman, Neil, op. cit. pág. 30.

decadente de la historia de la humanidad: desaparición de la alfabetización²²⁶; crisis de la educación; ausencia de la vergüenza²²⁷; y, como consecuencia de las anteriores, la desaparición de la infancia como tal²²⁸.

Opuestos a las tesis de Ariès encontramos a otro grupo de autores liderados en este caso por DE MAUSE, quien rebate los argumentos utilizados por Ariès para sostener su teoría²²⁹. Acusa a Ariès de hacer caso omiso a las abundantes pruebas que revelan que los artistas medievales sabían ciertamente pintar niños con realismo - remitiéndonos a una obra de los años treinta de Víctor Lasareff en la que se presenta una enorme bibliografía y muchos ejemplos de cuadros del niño en el arte de principios de la Edad Media -. Por lo que se refiere al segundo de los argumentos empleado por Ariès, De Mause sostiene que la afirmación realizada por aquél está en contradicción con todos los indicios existentes, ya que justamente es en la época

²²⁶ **Tuchman, Barbara Wertheim**: Un espejo lejano. Traducción por Juan Antonio Larraya. Barcelona, 1980, ed. Argos Vergara, págs. 53 y 61, describe que durante la Edad Media el ciudadano medio adquiría conocimientos fundamentalmente por el oído, a través de sermones públicos, de autos sacramentales y de recitales de poemas narrativos y baladas. Así, Europa regresó a un estado natural de comunicación humana, dominado por el habla y reforzado por la canción. Es por ello, concluye dicha autora, que en un mundo oral el concepto de adulto prácticamente no existe, y aún menos el de infancia.

²²⁷ Recordar en este punto la importancia que este autor otorga a la relación entre el crecimiento del niño y su sentimiento de vergüenza. Hasta el extremo que llega a afirmar que sin una idea bien desarrollada de la vergüenza, la infancia no puede existir.

²²⁸ Está de acuerdo con esta afirmación **Tuchman, Barbara Wertheim**, op. cit. pág. 50, al considerar que de todas las características que diferencian la época medieval de la modernidad, ninguna no es tan sorprendente como la ausencia comparativa de interés por la niñez.

²²⁹ En este mismo sentido se pronuncia **Borrás Llop, José María**: "Zagales, pinches, gamines. Aproximaciones al trabajo infantil" en **Borrás Llop, José María (Ed.)**: Historia de la infancia en la España contemporánea 1834-1936. Madrid, 1996, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 237, quien en su estudio sobre el trabajo infantil en la España de finales del siglo XIX e inicios del XX recoge las críticas a las tesis de Ariès. Igualmente, **John, Mary**, op.cit., págs. 17-18, identifica evidencias visuales y escritas que demuestran que la Edad Media estaba más avanzada en el trato a los niños de lo que se cree. Así mismo, **Becchi, Egle y Julia, Dominique**: Historire de l'enfance en Occident. De l'antiquité au XVII siècle. Tomo I, París, 1998, ed. Seuil, pág. 23, no acepta las conclusiones a las que llega Ariès. Finalmente, también se hace eco de las críticas a Ariès, **Alzate Piedrahita, María Victoria**: "El descubrimiento de la infancia: historia de un sentimiento" en Revista de Ciencias Humanas, n°. 30, febrero de 2002, pág. 9.

moderna cuando los niños son mejor tratados, evitándose en la práctica los malos tratos e infanticidios, tan frecuentes en etapas anteriores²³⁰.

Concluye este segundo grupo de autores afirmando que si bien es cierto que las experiencias vitales de los niños de la Edad Media fueron cuantitativa y cualitativamente diferentes a las que pueden vivir los niños en la actualidad, ya que muchos de ellos realizaron en forma rutinaria funciones económicas muy similares, sino idénticas, en muchas ocasiones, a las del trabajo adulto, es quizás una exageración concluir que en las sociedades medievales no existía un concepto de infancia y que los pequeños eran tratados como adultos en miniatura²³¹.

Para estos últimos autores la evolución de la atención a los/as niños/as habría atravesado seis fases, que se corresponden con otros tantos períodos históricos:

- Infanticidio – de la Antigüedad al siglo IV -: referido a la práctica común de la que toma nombre que tiene como resultado la escasa supervivencia de los recién nacidos.
- Abandono – siglos IV al XIII -: una vez que se admite que el/la niño/a posee un alma, el único modo de escapar de él es el abandono.
- Ambivalencia – siglos XIV a XVIII -: al entrar el/la niño/a en la vida emocional de los padres, se hace necesario su moldeado, para lo que aparecen los primeros manuales.

²³⁰ De Mause, Lloyd, op. cit. pág. 22.

²³¹ Shaffer, David R.: Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia. Georgia, 1999, ed. Thomson editores, págs. 6-10.

- Intrusión – siglo XVIII –: se produce una aproximación aún más cercana que la característica de la fase anterior, toda vez que el/la niño/a ya no es visto como una fuente de peligrosas proyecciones parentales. Aquí la clave es la invasión y control de su mente y sus necesidades.
- Socialización – siglos XIX al XX –: aparece la idea del guiado del/a niño/a por el camino recto, su socialización. Los padres comienza a mostrar por sus hijos un interés más que ocasional.
- Ayuda – mediados del siglo XX -: se acepta la idea de que la persona menor de edad conoce mejor sus necesidades que sus propios padres, reforzando el trabajo empático de los mismos.

Así, cuando un adulto se halla ante un/a niño/a que necesita algo, dispone, según esta línea doctrinal, de tres tipos de reacciones²³²: proyectiva – el menor es el vehículo para la proyección de su inconsciente -; de inversión – lo utiliza como sustituto de una figura adulta de su propia infancia -; empática – comprende las necesidades del/a niño/a y actúa para satisfacerlas -.

Cercana, en parte, a las tesis de De Mause, encontraríamos también a POLLOCK, quien trató en su obra de obtener evidencias históricas para desmentir los postulados de Ariès²³³. Partiendo de la información extraída de diarios personales – tanto de adultos como de menores de edad -, autobiografías y obras literarias, la mencionada autora describe un paisaje mucho más positivo para la infancia de la Edad Media que la pesadilla narrada por De Mause, al tiempo que observa - en contra de la

²³² De Mause, Lloyd, op. cit. págs. 90-92.

²³³ Pollock, Linda A.: *Forgotten Children: parent-child relations from 1500 to 1900*. Cambridge, 1983, ed. Cambridge University Press, págs. 16-17, 28, 118-119 y 299-301.

suposición de Ariès, de una cierta indiferencia en el trato al niño/a por parte de sus padres -, una fuerte implicación afectiva y personal en la crianza de los/as hijos/as. No comparte, en definitiva, la idea del autor francés consistente en que la sociedad medieval no percibió a la infancia como tal.

Dejando de lado la polémica surgida sobre cuál era la verdadera posición del niño durante la Edad Media, lo que sí se evidencia como incontestable es que se contaba poco con él y que la infancia - tal y como la concebimos hoy en día - era considerada como un estado que había que soportar en lugar de gozar de él²³⁴. Algunos incluían a los más jóvenes en las mismas categorías improductivas que "los borrachos, las mujeres charlatanas y los viejos tontos". Esta visión tiene su mejor ilustración en "*The Kalendar of Shepherdes*" - El Calendario de los Pastores-, de Pynson, donde se dividen las edades del hombre en doce períodos de seis años correspondientes a los doce meses del año. El primer período, semejante a enero, es el de los seis primeros años de la vida del hombre, en el que "*carece de ingenio, vigor o astucia y no es capaz de hacer nada de provecho (1506)*"²³⁵.

Por lo que a la educación se refiere, desde un punto de vista del contenido, la religión constituía la base de la misma. Así, la máxima bíblica "no ahorres a tu hijo la corrección", presidía las relaciones cotidianas entre padres e hijos. El uso común determinaba que los padres que amaran a sus hijos debían castigarlos. Se consideraba que era natural pegarles, que ello era consecuencia del afecto y que les inculcaba respeto por el puesto que ocupaban los padres en el orden natural. El contenido autoritario de esta educación masculina - siglo XIV - y paternal está

²³⁴ **Alexandre-Bidon, Danièle**: Les enfants au Moyen Age, Ve-Xve siècles. Poitiers, 1997, ed. Hachette Littératures, pág. 134, resume la visión existente sobre la infancia durante el Antiguo Régimen con las siguientes palabras: "*La vie d'enfant consiste un peu, à travers le jeu, et notamment les jeux d'imitation, à se préparer à l'âge adulte*".

²³⁵ **De Mause, Lloyd**, op. cit. pág. 256.

corroborado por el refranero tradicional, cuyas tendencias represivas son notorias.
Algunas muestras de lo afirmado son las siguientes:

A Dios, al padre y al maestro, tenga el niño gran respeto.

A hijo malo, pan y palo.

A tu hijo, pan y castigo.

Al hijo llorón, boca abajo y bofetón.

Al niño que mal se inclina, meterlo pronto en pretina.

Azote de madre ni rompe hueso ni saca sangre.

Castiga a tus hijos cuando pequeños, que grandes no entra castigo en ellos.

Confesar a monjas, espulgar a perros y predicar a niños, tiempo perdido.

De chiquitino se tuerce el pepino.

Desde chiquitito se guía el arbolito, o se ha de criar el arbolito.

Doma a tu hijo pequeño, que grande no tiene remedio.

El buen hijo no se aflige cuando el padre le corrige.

El hijo borde y la mula cada día hacen una.

El mimo pierde al hijo.

El mucho regalo hace al hijo malo.

El niño de un año ya sabe de bueno y de malo.

El viejo mal hablado hace al niño desvergonzado.

Hoy el niño menos diestro quiere enseñar al cura el Padrenuestro.

La niña entre niñas, la viña entre viñas.

Lo que con el capillo se toma, con la mortaja se deja.

Madre no viste, padre no tuviste, diablo te hiciste.

Más vale niño lloroso que sangriento.

Más vale que lllore el hijo que el padre.

A las niñas, por su parte, se les negó con frecuencia el derecho a la educación - salvo a las princesas y a las hijas de los nobles -.

Por último, y con respecto al trabajo de los niños, en la doctrina medieval había una máxima muy apreciada: "*laborare est orare*", trabajar es orar, o sencillamente el trabajo es culto. Todos, incluso los niños más pequeños, desde el más encumbrado hasta el más humilde, tenían sus tareas: para los príncipes y princesas, consistían en aprender el arte de gobernar; para los hijos de los aristócratas, en aprender buenos modales y adiestrarse para servir al rey; y para los hijos de gentes de menor rango, la agricultura, el comercio, o la industria²³⁶.

Centrándonos ahora en los estratos más bajos de la sociedad, los niños, por regla general, no se quedaban en casa sino que debían aprender un oficio²³⁷. Así, si se tenía la edad requerida, se convertía uno en aprendiz, y ello en virtud de un contrato. Dicho contrato de aprendizaje no siempre era escrito, aunque sí tendía a serlo. Véase a continuación el ejemplo de un acta ante notario de 1851 en Lyon, y por la que:

Pedro Gribolly, maestro carpintero, alquila y arrienda para sí y para los suyos a Juan Joly, maestro impresor, a su hijo Abraham Gribolly, aquí presente y consistente, para servir a susodicho Joly en el arte de la composición de la imprenta para el

²³⁶ Por lo que al trabajo industrial se refiere, **Pallàs i Villaronga, Joaquim**: Apuntes de historia social del trabajo. Barcelona, 1987, ed. Artyplan, S.A., págs. 46-59, nos describe que hasta los siglos XI y XII este fue rudimentario en la España cristiana; los incipientes artesanos ejercían su actividad en el ámbito del dominio señorial, o en pequeños talleres propios con escasa clientela y sin afán de lucro. Pero renacido el artesano urbano, a partir de los citados siglos, su organización pasó a sujetarse progresivamente a reglas que se fueron haciendo más rígidas hasta que en época gremial cerrada - fines de la Edad Media - las condiciones del trabajo industrial aparecieran fijadas hasta sus más mínimos detalles. Una jerarquización de situaciones, comparable a los momentos culminantes de la vida del hombre, "aprendizaje" - niñez -, "oficialato" -juventud - y "magisterio" - madurez - impidieron la carrera vertiginosa en la profesión, ya que cada situación tenía marcado un tiempo fijo, y el paso a la siguiente aparecía regulado por mecanismos especiales, como exámenes y pago de derechos.

²³⁷ **Alexandre-Bidon, Danièle**, op. cit. págs. 140-145, nos ofrece un análisis en profundidad de la vida en el campo durante el Antiguo Régimen.

término y tiempo de siete años consecutivos... Durante cuyo tiempo el mencionado Joly promete enseñarle bien y según es debido, y además alimentarle, darle alojamiento y calefacción honrados. El aprendiz promete servirle con toda lealtad y honradez. P. Gribolly promete sostener a su hijo en calzado y vestimenta, y además se compromete a dar a la mujer del susodicho Joly, con motivo de cada fiesta de Pascua Florida, un traje de sarga²³⁸.

Para hacer que la enseñanza profesional pudiera ser seria, la ley limitaba generalmente el número de aprendices, fijándolos en uno o dos por maestro. La edad mínima para ingresar en el aprendizaje varió según las profesiones y las épocas, la media general fue de 12 a 14 años. Variaron también a lo largo del ciclo los plazos de permanencia en el aprendizaje y oficialato, con tendencia a hacerse cada vez más largos. Por regla general los aprendices pasaban cuatro o cinco años en casa del maestro aprendiendo el oficio y mantenidos por éste. Posteriormente, el oficial necesitaba, como mínimo, dos años de trabajo especializándose, hasta que, finalmente y con la realización de una prueba referente a su oficio éste llegaba al grado de maestro - cúspide del gremio -.

²³⁸ **Wolff, Philippe y Mauro, Frédéric:** Historia general del trabajo. La época del artesanado - siglos V-XVIII -, traducido por Joaquín Romero. Barcelona, 1965, ed. Grijalbo, pág. 407.

9. EL MUNDO INFANTIL EN EL SIGLO XIII. EL TRATAMIENTO DEL NIÑO EN LAS SIETE PARTIDAS Y EN LAS CÁNTIGAS DE ALFONSO X EL SABIO

El siglo XIII es considerado como el siglo de plenitud de la cristiandad medieval europea e hispana. Es en esta época en la que se extiende la devoción popular a María y se esculpen numerosas esculturas góticas en las que suele reflejarse la comunicación amorosa entre la madre y su hijo Jesús.

En el vocabulario del siglo XIII se distinguía entre las nociones de niño, mozo, mancebo y doncel. Los *niños* estaban criados por las nodrizas y amas, mientras que los *mozos*, a partir de los tres o cuatro años, dependían de los ayos²³⁹, hasta que llegaban a ser *donceles*, jóvenes nobles que esperaban ser armados caballeros. Una vez armados caballeros, podían emanciparse y buscar fortuna junto a cualquier señor feudal que los admitiese a su servicio.

Se consideraba que el *niño* tenía las necesidades propias de quien no sabe, ni entiende, ni puede hablar ni expresar cosa alguna de las que necesita. Los *mozos*, por su parte, ya sabían expresar sus necesidades, pero precisaban que se les enseñase a comer, a beber y a comportarse en sociedad de acuerdo con las normas establecidas. A los catorce años el *muchacho* debía haber adquirido buenas costumbres y adecuados hábitos de conducta, una buena preparación física y vivos deseos de

²³⁹ Se conocían como ayos a los caballeros experimentados y de toda confianza a quienes se les encomendaba la educación y adiestramiento de los caballeros, futuros guerreros profesionales. La **P. 2, 7, 4** se pronunciaba sobre las condiciones exigidas a los ayos: "*deben los reyes que quieren bien guardar sus fijos escoger tales ayos, que sean homes de buen linage, et bien costumbrados, et sin mala saña, et sanos et de buen seso, et sobre todo que sean leales derechamente, amando pro del rey et del regno*".

aprender. Un buen caballero, en el plano ideal, debía poseer cualidades distintas a las de los demás súbditos del reino²⁴⁰.

Fueron las Partidas²⁴¹ y las Cántigas las dos obras más relevantes elaboradas durante el reinado de Alfonso X el Sabio. En la preparación de las Partidas afluyeron los derechos canónico, romano²⁴² y lombardo-feudal, las glosas de los libros de derecho, los comentarios de los sabios antiguos - como Aristóteles, Séneca, Cicerón o Boecio - y los fueros de las costumbres locales.

El citado texto señalaba el ordenamiento jurídico, las pautas de conducta y de comportamiento que obligaban a toda la sociedad, desde el soberano hasta el último esclavo²⁴³.

De las siete partidas en que se divide el Código alfonsino debemos detenernos, por incidir directamente en la materia objeto de nuestro trabajo, en la número IV - referida básicamente a lo que hoy en día podríamos encuadrar dentro del denominado derecho de familia -²⁴⁴. En dicha partida, entre otros aspectos, se regulaba la edad en que los niños/as podían contraer matrimonio; la forma y manera en que debía llevarse a cabo la crianza de los menores, con especial referencia a la

²⁴⁰ **Don Juan Manuel**: Obras completas, Vol. I. Madrid, 1991, ed. Gredos, pág. 157.

²⁴¹ Para la consulta del texto de las Partidas se han utilizado las siguientes obras: **López Estrada, Francisco**: Alfonso X el Sabio, las Siete Partidas. Antología. Madrid, 1992, ed. Castalia; **Real Academia de la Historia**: Las Siete Partidas del rey Don Alfonso el Sabio, tres tomos. Madrid, 1807, Imprenta real.

²⁴² **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. pág. 2911, nos recuerda que la crueldad de Roma para con la infancia se refleja en la facultad concedida al padre de poder vender y empeñar a sus hijos - Partida IV -, facultades éstas que se habían prohibido en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real.

²⁴³ **Iglesia Ferreirós, Aquilino**: La creación del Derecho. Una historia del Derecho español, Lecciones II. Barcelona, 1989, ed. Gráficas Signo, pág. 285.

²⁴⁴ **Antonio Escuredo, José**: Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas. Madrid, 1995, pág. 448.

figura de la nodriza; el distinto tratamiento otorgado a lo hijos según se tratara de hijos legítimos o ilegítimos; y la exposición o abandono de los mismos.

Empezando por el primero de los aspectos enumerados en el párrafo anterior, en el texto de las Partidas se distinguía claramente entre lo que eran los desposorios; *"el prometimiento que fazen los omes por palabra, quando quieren casar"* y los matrimonios. Podían desposarse los niños con siete años cumplidos, edad a la que tradicionalmente se le atribuía el discernimiento, mientras que sólo podían casarse las niñas a partir de los doce años y los niños a partir de los catorce años.

En otro orden de cosas, en las Partidas se distinguía entre crianza, nodrimento y enseñanza. Se asociaba la palabra *criar* a crear, en el sentido de *"endereçar la cosa pequeña de manera que venga a tal estado por que pueda guarecer por sí"*; *nodrimento*, por su parte, equivalía a nutrición, alimento; mientras que *enseñanza* poseía el sentido de educación en el sentido amplio²⁴⁵.

Relacionado con lo anterior, también se recogían las condiciones que debían reunir las nodrizas reales, cualidades que pueden hacerse extensivas a otras nodrizas de clases acomodadas de la época, fieles imitadoras siempre del modo de pensar y de vivir de la familia real²⁴⁶.

²⁴⁵ **P. 4, 20, 2:** *"Nodrimento e enseñamiento es el que fazen los ayos, a los que tienen en su guarda, e los maestros a los discípulos, a que muestran su sciencia, o su menester, enseñándoles buenas maneras, e castigando los delos yerros que fazen. E por razón de tal nodrimento suelen los que son assi nodridos, de fazer pensar delos ayos, e de los maestros, dándoles los grandes señores, e los otros omes, dándoles segund su poder, o segund la costumbre de la tierra"*.

²⁴⁶ **P. 2, 7, 3:** *"Los hijos de los reyes han de tener amas que ayan leche assaz, e sean bien acostumbradas, e sanas, e fermosas, e de buen linaje, e de buenas costumbres: e señaladamente que no sean sañudas (insensatas, locas). Ca si ouieren abundança de leche e fueren bien complidas e sanas, crían los niños sanos e rezios. E si fueren fermosas, e apuestas, amar las han los criado, e aurán mayor plazer, quando las vieren, e dexar los han mejor criar; e si non fueren sañudas, criar los han más amorosamente, e con mansedumbre, que es cosa que han mucho menester los niños para crescer ayna. Ca de los sosaños (burlas) e de las feridas, podrían los niños tomar espanto, porque valdrían menos, e rescibirían ende enfermedades o muerte"*.

Por lo que a la filiación se refiere, el Código Alfonsino distinguía entre hijos legítimos e ilegítimos. Los primeros eran los habidos de mujeres legítimas y los ilegítimos de las amigas u otras mujeres, mediante adulterio, incesto o fornicio, en cuyo caso no existía obligación de criarlos, si su padre no lo deseaba. Si el padre o alguno de los parientes movidos por la piedad querían, podían hacerse cargo del niño ilegítimo, tanto si era propio como si era extraño. La madre, por el contrario, y sus parientes directos tenían la obligación de hacerse cargo del bebé y de criarlo, si poseían suficientes medios económicos²⁴⁷.

Finalmente, las Partidas achacan la exposición o abandono de niños en las puertas de las iglesias y hospitales a tres causas: vergüenza, crueldad o maldad²⁴⁸. En tales casos, el padre y la madre perdían totalmente la patria potestad, aunque quisieran después volver a hacerse cargo del hijo abandonado, a no ser que fuese expuesto sin su consentimiento, en cuyo caso debía devolver al padre adoptivo los gastos de la crianza.

En las Cántigas, por su parte, aparecen los trabajos y afanes del propio rey, con sus éxitos y fracasos familiares y políticos, con sus lances de caza, con sus enfermedades y con sus anécdotas más triviales. También aparecen descritos y

²⁴⁷ **P. 4, 19, 5:** "*Engendran los homes fijos en sus mugeres legítimas, et a las vegadas en otras que lo non son, et en criar estos fijos ha departimiento; ca los fijos que nascen de las mugeres que han los homes de bendiciones, tambien los parientes que suben por la liña derecha del padre como de la madre, son tenudos de los criar. Eso mesmo es de los que nascen de las mugeres que tienen los homes por amigas manifestamente como en logar de mugeres, non habiendo entre ellos embargo de parentesco, ó de orden religion ó de casamiento. Mas los que nascen de las otras mugeres, asi como de adulterio, ó de incesto ó de otro fornicio, los parientes que suben por la liña derecha de parte del padre, no son tenudos de los criar si non quisieren. Mas los parientes que suben por la liña derecha de parte de la madre, tambien ella como ellos tenudos son de los criar si hobieren riqueza con que lo puedan facer: et esto es por esta razon; porque la madre siempre es cierta del fijo que nasce della que es suyo, lo que non es el padre de los que nascen de tales mugeres*".

²⁴⁸ **P. 4, 20, 4:** "*Vergüenza, ó crueldad ó maldad mueve á las vegadas al padre ó á la madre en desamparar a sus fijos pequeños, echándolos a las puertas de las eglésias, ó de los hospitales ó en otros logares et despues que los han asi desamparado, los omes bonos, ó las buenas mugeres que los fallen, muévense por piedat, et liévanlos dende, et críanlos ó dánlos á quien los críe*".

pintados los médicos, jueces, boticarios, albañiles, restauradores de imágenes, músicos, maestros, clérigos y demás de la época, así como buen número de imágenes de la vida misma en la que son protagonistas madres e hijos.

La Cántiga 127 refiere la historia de un joven desalmado que en discusión con su madre llegó al extremo de propinarle una patada. La agredida pidió venganza a la Virgen, y ésta no dudó en atender su súplica. Santa María puso al culpable, ya arrepentido, en la tesitura de cortarse la pierna, instrumento del delito, o renunciar de penetrar en la iglesia de Poy. La narración tiene un final feliz, en el que se pone de manifiesto el carácter ejemplarizante del castigo. La Virgen, que ha hecho sentir su poder ante la multitud de los fieles, devolverá al hijo agresor el uso de la pierna amputada atendiendo los ruegos de su madre.

En otro pasaje de las Cántigas de Alfonso X, concretamente en la Cántiga 62, se relata el caso de una mujer viuda, que necesita dinero y empeña a su hijo, su mayor tesoro. El usurero pone cepos a los pies del niño. Los parientes no la ayudan en nada. Tiene que ser la Virgen la que le proporcione un caballo y suba al hijo a su grupa, a fin de que se escapen madre e hijo de la ciudad.

10. EL RENACIMIENTO HUMANISTA

Desde el Renacimiento hasta el siglo XIX se fue forjando, en la mentalidad de la sociedad europea, la firme convicción de que el modo en que se vivía la infancia resultaba crucial a la hora de determinar el tipo de adulto en que finalmente se transformaba todo niño, es decir, empezó a prestarse cierta atención a ese período inicial en la vida de todo ser humano.

Es, por tanto, durante el Renacimiento que la infancia comenzó a adquirir significado como etapa separada de la vida adulta y como objeto de educación. Empezaron, asimismo, a aparecer instituciones con unos planteamientos dirigidos a la protección de la infancia como el "*Pare d'Orfens de València i Calatayud*", institución legal creada por Pere III el Cerimoniós el año 1337, cuya misión era recoger a los niños abandonados, huérfanos e indigentes, a los que debía procurar un sustento y una ocupación digna. La persona elegida para dicha función debía ser de buena fama, y entre sus múltiples obligaciones se encontraba la de ayudar en todas las causas de los huérfanos, requiriendo a los abogados que hubieran de defenderlos²⁴⁹.

Posteriormente, Martín el Humano instituyó el "Tribunal d'Orfes", con plena potestad sobre los menores, a los que podía juzgar y castigar en caso de que hubieran delinquido, iniciativa que se extendió a Navarra, Aragón y Castilla, donde se le llamó "Padre General de Menores". Según los *Usatges de Catalunya*, los niños que vagaban por las calles eran recogidos y acogidos en orfanatos o en la *Casa de la Misericordia* de cada ciudad. Los menores aprendían un oficio que les servía para cuando fueran adultos y para financiar el orfanato²⁵⁰.

También en época renacentista surgieron toda una serie de personalidades como Joan Vives²⁵¹, Juan Huarte de San Juan o Ponce de León, pedagogos todos ellos, que adquirieron una importante presencia educativa. De hecho fueron los humanistas los

²⁴⁹ Parece ser que dicha institución fue robustecida y validada por Pere III el Cerimoniós y que, con sus altos y bajos, subsistió hasta el siglo XVIII. También hubo "*Padre de mozos*" en la Sevilla del Siglo de Oro. Un estudio detallado de los orígenes y evolución de dicha institución los encontramos en **Santolaria, Félix**: Marginación y educación. Historia de la educación social en la España moderna y contemporánea. Barcelona, 1997, ed. Ariel S.A., págs. 29-36.

²⁵⁰ **Departament de Benestar Social**. Generalitat de Catalunya: Pla integral de suport a la infància i l'adolescència de Catalunya, Octubre 2001, págs. 10-11.

²⁵¹ Tal y como indica **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. pág. 2912, se le ha llamado el pedagogo de Europa. Dicho personaje se preocupó por los niños abandonados y propuso una serie de normas de crianza y de educación.

que redactaron los primeros escritos realmente pedagógicos de la época moderna. Erasmo era partidario de iniciar precozmente la educación infantil, atacando los falsos espíritus de ternura y compasión que consentían que el niño fuera viciado por la madre o la nodriza. Comparaba al niño con una vela que podía ser moldeada con facilidad.

Justamente bajo la influencia de estos comportamientos proteccionistas cobrarán relieve los dos modelos pedagógicos predominantes en los tiempos modernos: el preceptor y los internados.

El preceptor, tan bien presentado en los escritos de la mayor parte de los humanistas, de Locke y de Rousseau, nos ofrece el arquetipo de la tutoría pedagógica individualista, que aparece como una figura vinculada a la familia del niño, a quien se confía la inculcación de los valores de la nueva moral y el desarrollo de las destrezas físicas e intelectuales necesarias para la posterior introducción de la infancia en la vida social adulta²⁵².

Por otra parte, el internado constituye el espacio pedagógico cerrado inventado por la sociedad moderna para la preservación ética y educativa de los niños y las niñas²⁵³.

Pero, ¿hasta qué punto afectaron los planteamientos de los grandes pedagogos en la vida diaria del niño y en la actitud de gobernantes, padres y educadores respecto a

²⁵² Escolano Benito, Agustín, op. cit. pág. 36.

²⁵³ Tal y como nos relatan **Charlot, Bernard**: *La mystification pédagogique: réalités sociales et processus idéologiques dans la théorie de l'éducation*. Paris, 1977, ed. Payot, págs. 97-100 y 215-232 y **Snyders, Georges**: *La pédagogie en France aux XVIe et XVIIIe siècles*. Paris, 1965, ed. Presses Universitaires de France, págs. 35-47, los pensionados de la modernidad son modelos de protección colectivista, en los que todos sus aspectos organizativos aparecen ordenados al mantenimiento de la infancia en el marco de un microcosmos escolar artificialmente separado de la sociedad real.

ellos? Lo cierto es que a partir del reinado de los Reyes Católicos se produjo un ligero cambio en las políticas dirigidas a la infancia urbana marginada. En vez de perseguir la mendicidad y la marginación social con medidas coactivas, se tendió a dar más importancia a la reeducación, creando nuevas instituciones para la recogida de niños abandonados y procurando al mismo tiempo racionalizar el funcionamiento y el coste de la beneficencia pública. Entre los siglos XV y XIX cientos de niños europeos fueron abandonados en centros de acogida de niños expósitos. Las listas de acogidos, a partir de los datos recogidos en Italia y España, reflejan dos amplios ciclos. El primero, iniciado a mediados de la Edad Media, se extiende hasta mediados del siglo XVII para decrecer progresivamente. El segundo coincide con los años comprendidos entre 1750 y 1870, para decaer en los últimos treinta años del siglo XIX. Ambas etapas se corresponden con fases de crecimiento demográfico bastante generalizadas en toda Europa.

No obstante, en el mundo rural parece que la dura realidad de la infancia, ya padecida en los siglos anteriores, pervivió con toda su fuerza durante el Renacimiento²⁵⁴.

²⁵⁴ **Delgado Criado, Buenaventura**, op. cit. pág. 123, documenta como seguían, por ejemplo, en vigor las antiguas costumbres de los hechizos, encantamientos, supersticiones y prácticas precristianas. En este sentido cierto Obispo anónimo de la época prohibía acudir a sus feligreses a los llamados agoreros, encantadores y hechiceros, con las siguientes palabras: "*Tenemos entendido que muchas personas, assí varones como mugeres, queriendo saber lo que no saben, o lo que ha de ser, o hazer cosas que dessean ser conplidas, van a agoreros y a encantadores, hechizeros y hechizeras, a saber algunas cosas, o a pedir socorro y ayuda para hazer algunas cosas y obras que dessean*".

11. PRIMERAS PERSPECTIVAS FILOSÓFICAS DE LA INFANCIA

Fue a partir de los siglos XVII²⁵⁵ y XVIII, que los filósofos empezaron a cuestionarse ciertos aspectos vinculados directamente con la esencia misma de la naturaleza de los niños. Algunas de las preguntas abiertas formuladas por estos autores giraron en torno al hecho de si las personas menores de edad son por definición inherentemente buenas o malas; si sus comportamientos están impulsados por motivos e instintos innatos o, más bien, son producto de su ambiente; y, si su grado de implicación en el desarrollo de sus caracteres es activo o por el contrario se trata de criaturas pasivas moldeadas exclusivamente por sus padres, maestros y demás agentes sociales.

Los debates surgidos acerca de estos interrogantes filosóficos conllevaron la paulatina aparición de nuevas perspectivas sobre los niños y la crianza que éstos debían recibir²⁵⁶. Por ejemplo, según la doctrina del “pecado original” de Thomas Hobbes (1588-1679), los niños son seres egoístas e inherentemente interesados que deben ser restringidos por la sociedad²⁵⁷, mientras que, por el contrario, de acuerdo con la doctrina de Jean Jacques Rousseau (1712-1778), los niños nacen con un sentimiento intuitivo del bien y del mal que a menudo es corrompido por la

²⁵⁵ Para **Martínez Roig, A. y De Paúl Ochotorena, J.**, op. cit. pág. 16, durante el siglo XVII se produjeron dos circunstancias sumamente positivas: primero, el niño entró en la vida afectiva familiar; segundo, el descenso de la mortandad infantil, que corrió más paralelo al descenso del infanticidio, que no a una auténtica mejora higiénico-sanitaria.

²⁵⁶ **Charlot, Bernard**, op. cit. págs. 98-99, resume los cuatro grandes principios que guiaron las representaciones filosóficas iniciales sobre la infancia: a) El niño es un ser que no puede ser guiado por la razón; b) la parte dominante del alma del niño es el deseo; c) al niño le falta experiencia vital coherente. No únicamente porque su corta vida todavía no se la ha permitido vivir, sino porque además es incapaz de interpretar de manera correcta la experimentada; d) por la falta de razón y de experiencia a las que aludíamos, el niño debe ser conducido por los adultos, seres racionales y experimentados.

²⁵⁷ **Synnott, Anthony**: “Little angels, little devils: a sociology of children” en **Handel, Gerald (Ed.)**: *Childhood Socialization*. New York, 1988, ed. Aldine de Gruyter, pág. 26, resume en su artículo la ideas que Thomas Hobbes tenía sobre la infancia. Así, afirma que dicho autor, en su obra *Leviathán*, nos presenta a los niños como pequeños demonios que deben ser corregidos, en la línea del puritanismo y del calvinismo.

sociedad. Se trata de una construcción que incorpora tanto el miedo a lo desconocido – a lo caótico e incontrolable – como una forma de sentimentalización – casi una visión utópica – por lo que se contempla a la infancia como una edad dorada. Esta imagen de los niños y las niñas genera en los adultos el deseo de protegerlos del corrupto mundo circundante, aislarlos, por tanto, en una especie de *cuarentena natural*.

La obra de Rousseau²⁵⁸, concretamente su *Émile ou sur l'éducation* (1762), máxima expresión del naturalismo pedagógico, supuso una ruptura en relación con las concepciones de la infancia surgidas de San Agustín (354-430) y de Descartes (1596-1650). San Agustín vio al niño inmerso en el pecado, en la medida en que, no poseyendo el lenguaje, se mostraría desprovisto de razón, lo que sería reflejo de la condición divina en los adultos. Por su parte Descartes vio al niño como alguien que vive una etapa de predominio de la imaginación, de los sentidos y de las sensaciones sobre la razón²⁵⁹. Ello lleva al ser humano a adquirir multitud de prejuicios, de los que debe desprenderse una vez alcanzada la edad madura²⁶⁰. Ambos autores

²⁵⁸ **Malaguzzi, Loris**, op. cit. pág. 67 se refiere a Rousseau como la persona que inventó a los niños sin haber estado nunca con ellos.

²⁵⁹ Cita textualmente **Descartes, Réne**, op. cit. pág. 141, que durante nuestros primeros años de vida, nuestra alma o nuestro pensamiento, estaban de tal modo ofuscados por el cuerpo, que no conocían nada distintamente, aunque percibían muchas cosas con claridad, y como no por eso dejaban de hacer reflexiones sobre las cosas, juzgando temerariamente, llenamos nuestra memoria de una multitud de prejuicios de los que casi nunca cuidamos de librarnos. Una idea similar podemos extraer de **Aristóteles**: Política, Lib. I. Madrid, 1951, ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 24, quien defiende que el niño sí está dotado de alma - razón - pero que la tiene de manera imperfecta. Por ello, el mismo autor, pág. 22, entiende que el padre gobierna a sus hijos como libres, pero con autoridad de vasallos.

²⁶⁰ El propio filósofo francés **Descartes, Réne**, op. cit. págs. 162-164, afirma que de este modo hemos ido adquiriendo otra multitud de prejuicios, de tal suerte que cuando hemos podido usar de nuestra razón, hemos seguido admitiéndolos y, lejos de pensar que habíamos formado estos juicios en una época en que no éramos capaces de juzgar bien, y consiguientemente que podían ser más falsos que verdaderos, los hemos admitido por tan ciertos como si hubiéramos tenido un conocimiento distinto de ellos mediante nuestros sentidos. Cuando finalmente hemos alcanzado el completo uso de nuestra razón, y nuestra alma, menos ligada ya al cuerpo, ha tratado de juzgar bien las cosas y de conocer su naturaleza, aunque hayamos observado que los juicios que hicimos cuando aún éramos niños son erróneos, nos cuesta, no obstante, mucho trabajo deshacernos de ellos.

coincidían en considerar que cuanto más rápidamente se saliera de la condición de niñez, mejor sería para las personas.

Los anteriores puntos de vista difieren claramente en sus implicaciones para con la crianza de los niños. Los defensores de la doctrina del “pecado original” afirman que los padres deben controlar en forma activa a su descendencia egoísta, mientras quienes toman partido por la teoría de la “pureza innata” consideran a los niños como "salvajes nobles" a los que debería dejarse en libertad para que siguieran sus inherentes inclinaciones positivas. Estas dos tendencias cruzaron el Océano Atlántico hacia el Nuevo Mundo a principios del siglo XIX, y fueron denominadas como la concepción *lockeana* o *protestante*, la primera de ellas, y *rousseauiana* o *romántica*, la segunda²⁶¹. Desde un punto de vista protestante, el niño es un ser sin formar que, mediante la alfabetización, la educación, la razón y el autocontrol, puede llegar a transformarse en un adulto civilizado. Para los románticos, sin embargo, el problema no radica en el niño sin formar, sino más bien en el adulto deforme.

Otra opinión influyente sobre la infancia y su crianza fue sugerida por John Locke (1632-1704), partidario de considerar que la mente de un recién nacido es como una tabla rasa, o "pizarra en blanco", por consiguiente que los niños no son inherentemente ni buenos ni malos²⁶² – también Kant (1724-1804) entendió que el

²⁶¹ Si bien es cierto que la actitud protestante fue la dominante en Norte América durante prácticamente todo el siglo XIX, también pueden hallarse algunos atisbos románticos. La obra *The Adventures of Huckleberry Finn* de Mark Twain, publicada el año 1884, es una buena muestra de ello. El sentido innato de justicia y dignidad de Huck, su ingenio y su fuerza psicológica, su mero interés por la vida, representó un refuerzo para la visión rousseauiana de la infancia.

²⁶² Tal y como identifica **Archard, David**, op. cit. pág. 35, debemos distinguir claramente el posicionamiento de Locke con respecto al de Platón o Descartes. Así, mientras que el autor británico entiende que todas las ideas derivan de la experiencia, los segundos defienden que la mente humana desde el mismo momento del nacimiento posee unos conocimientos innatos - la existencia de Dios, evidencias matemáticas o lógicas, verdades incontestables -. Una tercera variante sería la representada por los partidarios de la "teoría del

hombre en sus primeros años ni es bueno ni es malo, sino que sólo posee gérmenes para el bien, que hay que desarrollar, e inclinaciones torcidas que hay que enderezar -, y su forma de ser depende por completo de sus experiencias mundanas²⁶³. Como Hobbes, Locke argumenta a favor de una instrucción infantil disciplinada para asegurar que los niños desarrollen buenos hábitos²⁶⁴. El niño se halla en el proceso de convertirse en adulto y representa un capital humano potencial que espera materializarse gracias a una inversión – la educación –; es algo todavía por ser, un *devenir estructurado*²⁶⁵. Los avances en ese viaje de realización vienen denotados por la adquisición de habilidades apropiadas, por la superación de sucesivas etapas o hitos y por una autonomía creciente²⁶⁶.

La postura de los mencionados filósofos también difiere en cuanto a la tercera de las cuestiones que planteábamos, es decir, si los niños participan o no en su propio desarrollo. Hobbes sostiene que los niños deben aprender a recanalizar sus intereses egoístas naturales hacia salidas aceptables desde el punto de vista social; en este sentido los considera sujetos pasivos que deben ser moldeados por los elementos

desarrollo" - con Piaget a la cabeza -, quienes sustentan, que lo realmente innato en la mente humana no son tanto ideas, verdades, como estructuras o predisposiciones heredadas genéticamente.

²⁶³ A pesar de ello, **Kant, Immanuel**: Antropología en sentido pragmático. Madrid, 1935, ed. Revista de Occidente, pág. 100, entiende que los niños son naturalmente incapaces y sus padres deben ser sus tutores naturales.

²⁶⁴ **Locke, John**: Pensamientos acerca de la educación. Barcelona, 1992, ed. Humanitas, pág. 55, está pensando en el modo de educar al gentleman ante el grosero ambiente educativo de la *public school* inglesa. Afirma Locke que el gran error que ha observado en la crianza de los niños es que sus mentes no han sido hechas obedientes a la disciplina y amigables a la razón cuando eran más tiernas, más fáciles de rendir. Los padres, sabiamente comandados por la naturaleza en el amor por sus hijos, son muy propensos a caer en la tolerancia. Aman a sus pequeños y ese es su deber, pero muy a menudo se congratulan también de sus defectos. No se permiten contradecirlos, les conceden todos sus deseos, y porque están en su infancia y no parecen capaces de grandes vicios los padres creen que es seguro tolerar sus irregularidades y aliarse con ellos en esas simpáticas perversiones que creen propias de la edad.

²⁶⁵ **Jenks, Chris (Ed.)**, op. cit. págs. 13-14

²⁶⁶ **Dahlberg, Gunilla; Moss, Peter y Pence, Alan**, op. cit. págs. 77-78.

más poderosos de la sociedad, a saber, los padres²⁶⁷. Locke, coincide con él a la hora de afirmar que el niño es un sujeto pasivo, puesto que su mente es una pizarra en blanco en la que la experiencia escribe sus lecciones.

Entiende este último autor que los niños, desde pequeños, deben ver a sus padres como sus amos, sus dueños absolutos, y sentir respeto ante su presencia. El temor y la admiración, por tanto, deben dar a los padres el primer poder sobre las mentes infantiles²⁶⁸. Asimismo, el autor inglés considera que padres, tutores o maestros en la difícil y ardua tarea de llevar a cabo la educación de sus hijos y pupilos no deben caer en ningún extremo de violencia física o psíquica²⁶⁹. La educación se convierte en un mecanismo de transmisión o de depósito en el niño de un bloque predeterminado e incuestionable de conocimientos con un significado prefabricado²⁷⁰. Se valora a los pequeños principalmente por aquello en lo que se

²⁶⁷ **Hobbes, Thomas:** Leviathán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil. Madrid, 1989, ed. Alianza Universidad, pág. 136, consideraba a los menores como seres faltos de razón afirmando a tal respecto que de igual modo, los niños, los insensatos y los locos que no tiene uso de razón pueden ser representados por guardianes o tutores.

²⁶⁸ **Locke, John,** op. cit. págs. 66-67, se expresaba en el siguiente tenor: "*...los niños cuando son pequeños deben mirar a sus padres como sus señores, sus gobernantes absolutos, y que como tales les teman, y que cuando lleguen a la edad madura no vean en ellos sino sus mejores amigos, los únicos seguros, y que, como tales, los amen y reverencien. Si, pues, desde los comienzos se tiene bien sujetos a los niños, que son fáciles de gobernar durante su primera edad, se someterán sin murmurar a este régimen, pues no han conocido otro. Y si, a medida que adquieren uso de razón, se tiene cuidado de suavizar dulcemente el rigor de la disciplina, entonces el temor primero se convertirá en amor*".

²⁶⁹ **Locke, John,** op. cit. págs. 79-82, afirma que golpear a los niños y aplicarles otro tipo de castigo corporal no es la herramienta apropiada para quien busca formar hombres inteligentes, buenos y sabios, y por tanto debe ser usada raramente, en casos excepcionales o de extrema necesidad. Por otra parte, adular a los niños con recompensas agradables también debe ser evitado. Aquél que da a su niño manzanas o dulces para que aprenda la lección, sólo consigue avalar su amor por lo placentero y estimula una peligrosa propensión, que por todos los medios debiera combatirse. Pero si se quitan la vara y las recompensas, ¿cómo gobernaremos a los niños?..... La estima y el rechazo son, de todas las recompensas y castigos, los más poderosos incentivos de la mente. Si uno puede instilar en el niño un amor por el elogio y una aprensión hacia la vergüenza, ha conseguido inculcarles un verdadero principio.

²⁷⁰ Para **Freire, Paulo:** Pedagogía del oprimido. Madrid, 1970, ed. Siglo XXI, pág. 46, la pedagogía es un don que unas personas que se consideran a sí mismas conocedoras otorgan a otras que, según las primeras, no saben nada.

convertirán, ya que la labor de la educación es transformar al “niño pobre” y dependiente en el sujeto adulto “rico”, autónomo y maduro.

En cambio, Rousseau opina de manera muy diferente, al creer que los niños participan de forma activa en el crecimiento sustantivo de sus propios intelectos y personalidades. Según sus propias palabras: "el niño no es un receptor pasivo de la instrucción del tutor sino un explorador ocupado, evaluador, motivado²⁷¹".

12. ACTITUD DE LA ILUSTRACIÓN ANTE LA INFANCIA DURANTE EL SIGLO XVIII

No puede decirse que la Ilustración supusiera un giro copernicano en la consideración hacia el mundo de la infancia. El niño no fue centro de interés entonces, ni gozó de mayor estima que en épocas anteriores. No obstante, no deja de ser cierto que la mejora en la higiene y la sanidad, así como la dimensión política que adquiere la beneficencia ayudaron a que los menores fueran objeto de un mejor trato²⁷².

En el campo de la enseñanza, por ejemplo, los ilustrados creyeron en el “poder de las luces”, pero convenientemente controladas y reservadas a unos pocos. Si las

²⁷¹ **Shaffer, David R.**, op. cit. págs. 6-10.

²⁷² **Bel Bravo, María Antonia**: La familia en la historia. Madrid, 2000, ed. Encuentros ediciones pág. 126, pone de relieve que ciertos estudiosos explican la frialdad o ausencia de amor hacia los niños de los siglos XVII y XVIII en el hecho de que no existía el instinto maternal. Por el contrario, ella prefiere pensar que la esperanza de vida era tan escasa que obligaba de alguna manera a los padres a no encariñarse demasiado con las criaturas y, por otra parte, la cercanía con la muerte y las arraigadas creencias religiosas motivaban que aquella se viera tan solo como un cambio de vivienda, y únicamente como una pérdida temporal. De la misma opinión que la citada autora son **Ariès, Philippe**: *Centuries of Childhood: a social history of family life*. New York, 1962, ed. New York Publishers, pág. 125 y **Tarifa Fernández, Adela**: *Marginación, pobreza y mentalidad social en el Antiguo Régimen: los niños expósitos de Úbeda (1665-1778)*. Granada, 1994, ed. Universidad de Granada, págs. 279-280.

clases más humildes accedían al conocimiento se rebelarían contra la esclavitud y miseria en la que vivían²⁷³.

Así, políticos y pensadores admitieron el paradigma de la *igualdad de educación*, principio que hay que entender en el sentido de adecuación a cada clase social y en función de las necesidades e intereses del Estado. En el caso español - al igual que sucedió, por ejemplo, en Francia e Inglaterra - se reservó la educación superior a las clases económicamente fuertes, manteniendo al pueblo en la ignorancia. El Estado español se despreocupó de la escuela elemental y puso su interés en los centros de formación profesional, de artistas y de artesanos.

No podemos obviar uno de los hechos más impactantes en el mundo de las ciencias sociales y más concretamente en la pedagogía del siglo XVIII como fue la publicación en 1762 de la obra *Émile ou sur l'éducation*, de Jean Jaques Rousseau, que fue condenada a la hoguera por el parlamento francés y prohibida y perseguida por doquier. Se entendió que la obra destruía el principio de obediencia y debilitaba el respeto a los reyes, y que educaría a la gente en el escepticismo y la tolerancia. A pesar de la prohibición se inició su difusión clandestina entre los ambientes ilustrados. La importancia de este libro, en el que su autor noveló cómo él hubiera querido ser educado por su duro padre, fue trascendental en la historia de la educación en el mundo occidental. Rousseau intuye como claves del crecimiento humano el amor, el vínculo, el apego, la atención y el respeto de los padres y educadores hacia la propia naturaleza infantil, entendiéndolos cómo los auténticos

²⁷³ **Maravall, José Antonio:** "Los límites estamentales de la educación en el pensamiento ilustrado", Revista de História das Ideias, nº. 8, 1984, pág. 129, recoge el testimonio del Ministro español de la época José del Campillo que se pronunciaba del siguiente modo: "*No es menester en una monarquía que todos discurren ni tengan grandes talentos. Basta que sepa trabajar el mayor número, siendo pocos los que deben mandar, que son los que necesitan luces muy superiores; pero la muchedumbre no ha de necesitar más que fuerzas corporales y docilidad para dejarse gobernar*".

móviles que lo impulsan hacia la identificación y, al mismo tiempo, hacia la diferenciación con el adulto. El mensaje que Rousseau transmite es el amor y respeto que se debe tener hacia el niño: "*Aimez l'enfance; favorisez ses jeux, ses plaisirs, son aimable instinct*".

Otro trascendente principio que irrumpe en esta obra es el de considerar que el hombre y el niño son distintos. El niño, ni es un pequeño animal ni un hombrecito. Sólo es un niño, nada menos que todo un niño, que nace débil y dependiente en todo lo demás, pero con modos de ver, de pensar, de sentir, que le son propios. En consecuencia debe ser respetado y reconocido como ser con entidad autónoma²⁷⁴.

Llegados a este punto, cabe preguntarse cuál fue la influencia de la obra de Rousseau en los planteamientos pedagógicos españoles del siglo XVIII. Al parecer, no fue el autor de "Emilio", sino el inglés Locke, quien gozó de más prestigio en la sociedad española de la época. En contra de Rousseau debió pesar la unánime condena de "Emilio" y su quema en París y en otras ciudades²⁷⁵. Por el contrario, "Pensamientos acerca de la educación" - "Some thoughts on education", en su versión original - de Locke tuvo a su favor su espíritu conservador y su ya mencionada tradicional defensa de la educación del "gentleman" inglés, al que toda la nueva burguesía europea quería imitar, incluida, como no, la española²⁷⁶.

²⁷⁴ **Rousseau, Jean-Jacques**, op. cit. págs. 324, entiende que la naturaleza quiere que los niños sean niños antes de ser hombres. Si nosotros queremos pervertir este orden produciremos frutos precoces que no tendrán ni madurez ni sabor y pronto se marchitarán.

²⁷⁵ **Herr, R.**: España y la revolución del siglo XVIII. Madrid, 1964, ed. Aguilar, pág. 53, afirma que en abril de 1764 la Inquisición española no sólo prohibió el *Emile* sino todas las obras de Rousseau, las presentes y las futuras. A pesar de ello, Rousseau fue leído por los ilustrados españoles: Feijoo, Jovellanos, Meléndez, son un buen ejemplo de ello.

²⁷⁶ Los objetivos de Locke y de Rousseau eran bien diferentes. Si el primero aspiraba a formar nobles, el segundo afirma **Rousseau, Jean-Jacques**, op. cit. pág. 469: "*yo que no tengo el honor de educar a un gentil hombre, me guardaré de imitar a Locke en este punto*".

En otro orden de cosas, un problema presente durante todo el Antiguo Régimen -que entró en crisis a partir de la Revolución Francesa -, y que tuvo una especial relevancia en nuestro país durante el siglo XVIII, fue el de los niños y jóvenes asociados a la mendicidad y a la vagancia, confundidos totalmente con los mendigos y vagabundos, que vivían en las ciudades más populosas. Así, en la abundante legislación promulgada en el siglo XVIII encontramos múltiples referencias al fenómeno. Una Real Orden de 30 de abril de 1745 declaraba que eran vagos "los muchachos naturales de los pueblos, que no tienen otro ejercicio que el de pedir limosna, ya sea por haber quedado huérfanos, o ya porque el impío descuido de los padres los abandona a este modo de vida; en la que creciendo sin crianza, sujeción ni oficio, por lo regular se pierden, cuando la razón mal ejercitada les enseña el camino de la ociosidad voluntaria". A estos jóvenes, todavía ineptos para el servicio de armas, se les destinaba, según una Real Orden de 27 de junio de 1791, a formar parte de los batallones de Marina si tenían entre 12 y 14 años. Ahora bien, el destino más común para ese tipo de menores era el encierro en hospitales y casas de misericordia "para que se les instruya en las buenas costumbres, y les hagan aprender oficios y manufacturas, dándoles ocupación y trabajo proporcionado a sus fuerzas, o que se apliquen al que ya supieran; a fin de que, dando pruebas de su aplicación y enmienda, puedan con el tiempo restituirse a su patria, o donde les convenga fijar su domicilio, para hacerse vecinos útiles y contribuyentes"²⁷⁷.

²⁷⁷ Tal y como afirma **Fernández Ugarte, María**: Expósitos en Salamanca a comienzos del siglo XVIII, Ed. Diputación de Salamanca, Salamanca, 1988, pág. 34, los políticos ilustrados entendían que el problema de los expósitos había que insertarlo en un contexto más general, si se quería conseguir que todos los marginados -pobres, vagabundos, mendigos, niños huérfanos, expósitos, etc. - se convirtieran en ciudadanos útiles al Estado. Para lograr este fin se idearon toda una serie de instituciones que no se limitaron simplemente a recoger a los considerados entonces como desechos de la sociedad, gastando en ellos unas rentas que podrían ser mejor aprovechadas, sino que sobre todo habían de convertirse en centros de educación y pequeños talleres industriales, donde los desheredados aprendiesen un oficio, a la vez que, con el fruto de su trabajo, contribuían al mantenimiento, en buena medida, de aquellos centros que les cobijaban.

En definitiva, en dichas instituciones asistenciales, concentradas hasta finales del siglo XVIII en manos de la Iglesia y de los particulares - ricos aristócratas - y regidas por el principio de la caridad, los niños pobres y sin medios compartieron su vida con los adultos²⁷⁸.

La Revolución Francesa – 1789 – vino a poner fin al Antiguo Régimen. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, reconoció a los individuos libertades fundamentales y se planteó como objetivo la igualdad de las personas. El niño se consideraba como el futuro ciudadano, el hombre del mañana que necesitaría la nueva sociedad. Sin embargo, para los redactores de la Declaración, seguía siendo un individuo pasivo, sin voz ni voto en los debates públicos.

Posteriormente, Napoleón puso al niño bajo la tutela del poder paterno. En este sentido debe entenderse la siguiente afirmación del Consejero de Estado Maleville: *“La autoridad de los padres de familia debe estar para suplir las leyes, corregir las costumbres y preparar para la obediencia”*.

El Código Civil Napoleónico de 1804 significó un retroceso. La persona menor de edad no podía ejercer ningún derecho privado; su opinión no era en absoluto vinculante, no podía escoger su religión, ni abandonar su domicilio sin la correspondiente autorización paterna. Tan sólo podía actuar representado o bien

²⁷⁸ Ninguna institución correctora llegó a tener tanta fama como la fundada por el hermano Toribio en Sevilla en 1723. Este clérigo, con la ayuda de limosnas alquiló una casa donde recogía a los niños abandonados y a jóvenes que se escapaban de la autoridad familiar y vivían vagabundeando. Este centro posteriormente se convirtió en Hospicio y finalmente en casa de corrección y taller. Como documenta **Picontó Novales, Teresa**, op. cit. pág. 45, los Toribios fueron durante el siglo XVIII el modelo de institución correctora de los menores no socializados de forma conveniente, de los rebeldes a la autoridad familiar o de delincuentes que no podían cumplir la pena de la cual eran merecedores por su minoría de edad. La ideología que justificaba el encierro en este tipo de centros era correctora, por lo que no sólo pretendían acabar con potenciales núcleos de desorden sino que mediante las saludables recetas del trabajo y la disciplina fabricar súbditos laboriosos que abastecieran de mano de obra al taller manufacturero.

asistido por su tutor y, paradójicamente, si bien estaba incapacitado jurídicamente para actuar por su cuenta, muy pronto se le declaró con responsabilidad penal y civil²⁷⁹.

13. LOS IMPORTANTES CAMBIOS DEL SIGLO XIX: DE LA IDEOLOGÍA BURGUESA IMPERANTE AL TRABAJO INFANTIL

13.1. EL PENSAMIENTO BURGUÉS Y LOS CRITERIOS A SEGUIR

A lo largo del siglo XIX se empieza a pensar que la infancia, por lo menos como posicionamiento teórico, merece más atención por parte de los adultos²⁸⁰. La implantación de la ideología burguesa, que empieza a desarrollarse en las familias de clase media, otorga un papel central a la mujer como madre y reproductora de todos los valores de esta clase, hecho que repercute en la educación de los hijos. Se espera que estos hijos sigan y perpetúen los valores socioeconómicos de esta clase dominante²⁸¹. La relación entre adultos y niños fue objeto, a medida que se desarrolló la modernidad, de un verdadero proceso de laicización que despojó de su carácter sacrosanto a la autoridad procedente del mundo de los mayores²⁸².

²⁷⁹ **Le Gal, Jean**: Los derechos del niño en la escuela. Una educación para la ciudadanía. Barcelona, 2005, ed. Graó, págs. 33.34, señala que el Código Penal francés de 1810 preveía que los niños y las niñas de cero a dieciséis años serían juzgados en los tribunales ordinarios. En ese momento, la noción de discernimiento era extremadamente importante para determinar el estatus jurídico penal del menor. Así, si el magistrado consideraba que no poseía tal capacidad de razonamiento, lo devolvía a la familia; de lo contrario, lo podía recluir hasta un máximo de veinte años en un correccional.

²⁸⁰ **Platt, E.**: Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia (trad. Félix Bueno), Ed. Siglo XXI, Madrid, 1982, págs. 150-151.

²⁸¹ En palabras de **De Prada, Miguel Ángel, Actis, Walter y Pereda, Carlos**, op. cit. pág. 58, durante este período la burguesía - en creciente simbiosis con la nobleza - se constituyó en pieza fundamental de la sociedad, imponiendo sus intereses económicos, sociales y culturales - incluyendo un modelo de relaciones familiares y de socialización de los niños -.

²⁸² **Renaut, Alain**, op. cit. págs. 38-40, apunta que el proceso de desacralización de la autoridad paterna fue casi paralelo a la desacralización de la autoridad del marido en la pareja. No obstante, matiza este autor, ese

En general, todas las familias de este período, de una manera u otra, desean para sí lo que antes era atributo de las de buena posición. Y el niño, que ha nacido ya bajo el signo de una reducción de la natalidad, toma cierta importancia: es más caro de mantener y de instruir. Hay mayor inversión de ternura y al mismo tiempo de ambición. Se espera que los hijos alcancen los niveles que los padres no han logrado, como si sus éxitos tuvieran que significar una especie de venganza de sus propios fracasos o de pasadas privaciones. De ahí la ambivalencia que a menudo se observaba en su trato, que podía oscilar entre la extrema indulgencia y la máxima severidad²⁸³.

Sin embargo, frente al anterior modelo burgués surgió un poderoso factor de impugnación del orden social capitalista, representado en la figura del nuevo proletario urbano y los jornaleros agrícolas. En esta confrontación de intereses se desarrolló una creciente regulación estatal de la vida social y económica que pretendía garantizar la supervivencia y reproducción de la fuerza de trabajo, mediante la protección de la madre obrera, la limitación del trabajo infantil y la reducción de la jornada laboral.

paralelismo admite un límite. En lo que se refiere a la relación entre géneros, lo que hizo explotar la relación de desimetría tradicional fue evidentemente la implantación legal del acceso a la mujer al derecho al voto. En cambio, no era ni es factible nada comparable en el terreno de la relación de los adultos con la infancia.

²⁸³ **Cots i Moner, Jordi**, op. cit. pág. 45

13.2. LA INDUSTRIALIZACIÓN Y EL TRABAJO INFANTIL

13.2.1. Descripción general

El siglo XIX en Europa comenzó con el recuerdo todavía reciente de la Revolución francesa²⁸⁴, continuó con las cenizas de las guerras napoleónicas y finalizó con la restauración de la monarquía absoluta en buen número de naciones occidentales, con la tímida oposición del liberalismo. En ese contexto, la ascensión del capitalismo y de la banca, así como la rápida industrialización en algunos países, provocaron como consecuencia la aparición del proletariado como clase social en las grandes ciudades industrializadas. Mientras que los artesanos se aferraban a la defensa de los privilegios de sus antiguas agrupaciones gremiales, los nuevos obreros que abandonaban el campo en busca de trabajo en las fábricas textiles, en las minas y en las siderurgias, vivieron sometidos a la ley de la oferta y la demanda. El panorama era realmente desolador: contratos leoninos, salario escaso, jornada laboral excesiva de hombres y mujeres, de niños y niñas, alojamientos en barracones y chozas, hambre, frío, miseria y toda clase de enfermedades. Tal y como afirman algunos autores "la historia de la industrialización en toda Europa no fue más que la historia del martirio de los niños"²⁸⁵.

²⁸⁴ La Revolución Francesa, en la segunda de sus etapas, manifestó una profunda preocupación social. Desazón ésta, que la llevó a proclamar el derecho a la instrucción. Así el 28 de junio de 1793, en Francia, se dispuso un Decreto de creación de hospicios nacionales para niños abandonados, que se constituirían en huérfanos oficiales y deberían ser educados y atendidos a expensas de la Nación. Destacar también que durante ese mismo año 1793, en el mes de agosto, una ley establecía que los padres debían proteger a sus hijos y que tenían unos deberes para con ellos. Vid. en este sentido **Generalitat de Catalunya, Departament de Benestar Social**: Pla integral de suport a la infància i l'adolescència de Catalunya, octubre 2001, págs. 11-12.

²⁸⁵ Lynd Sylvia, op. cit. pág. 47.

Lo anterior era el retrato de las familias en las zonas industriales²⁸⁶. El resto malvivía en el campo en condiciones de vida semejantes a las de los siglos pasados. Además, muchas de esas familias campesinas no dependían sólo de la actividad agrícola, sino que durante el siglo XIX muchas de ellas se lanzaron a una producción artesanal masiva. Todos sus miembros, comprendidos los niños de corta edad, trabajaban hasta el límite de sus fuerzas en aquel sistema de producción denominado "*protoindustrial*". Este modelo de producción se mantuvo hasta que se demostró incapaz de hacer frente a la competencia de las manufacturas y fábricas nacientes²⁸⁷.

13.2.2. Relevancia jurídica del trabajo infantil

La aportación del trabajo infantil en las primeras etapas de la Revolución Industrial fue desigual por sectores económicos²⁸⁸. La gran mayoría de niños fueron empleados en la industria textil donde, solos o como ayudantes de las mujeres,

²⁸⁶ En 1841 la Junta de Comercio y Comisión de Fábricas realizó una minuciosa estadística de la industria algodonera catalana que nos muestra un panorama muy detallado del número de obreros ocupados en dicha industria a finales del XVIII y mediados del XIX:

	1784	1839	1841
<i>TOTAL GENERAL</i>	8.638	117.487	81.168
<i>Hombres</i>	4.607	44.626	31.870
<i>Mujeres</i>	1.740	45.210	31.952
<i>Niños</i>	2.291	10.291	17.346

Izard, Miguel: Industrialización y obrerismo. Las tres clases de vapor 1869-1913. Barcelona, 1973, Ed. Ariel, págs. 68-69. Asimismo, un estudio sobre las pautas demográficas españolas en los siglos XIX y XX lo encontramos en **Shubert, Adrian:** Historia Social de España (1800-1990). Madrid, 1990, Ed. Nerea.

²⁸⁷ **Monestier, Martin:** Los niños esclavos. El infierno diario de trescientos millones de niños. Madrid, 1999, Ed. Alianza, Madrid, págs. 22-23.

²⁸⁸ Para un análisis detallado de la evolución sufrida por el fenómeno del trabajo infantil en la Inglaterra de finales del siglo XVIII e inicios del XIX vid. **Cunningham, Hugh:** Trabajo y explotación infantil. Situación en la Inglaterra de los siglos XVII al XX. Madrid, 1994, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, págs. 33-68.

preparaban los materiales o realizaban trabajos auxiliares: limpiar, devanar, bobinar²⁸⁹.

También era muy generalizado el trabajo de los niños en determinados oficios especializados. Uno de estos casos era el estampado de tejidos de algodón conocidos como “indianas”. Muchos niños fueron utilizados en estos menesteres para extender el líquido de color mediante un tamiz y un pequeño cepillo. Eran contratados a partir de los seis años, en un oficio que requería a menudo de catorce a dieciséis horas de dedicación intensa.

Estos trabajos monótonos, desagradables, en ocasiones peligrosos, se efectuaban en una atmósfera insalubre. Las fábricas de hilados estaban mal ventiladas y con frecuencia el único aire que corría entre los hilos de algodón era cálido para conseguir su secado. Faltos de oxígeno, con calor, con humedad y con la pelusa producida por los tejidos que se introducía por las vías respiratorias hasta alcanzar los pulmones, las condiciones de los obreros de ocho a doce años en las fábricas textiles europeas del siglo XIX eran terriblemente pésimas²⁹⁰.

²⁸⁹ Tal y como nos describen **Bajo, Fe y Betrán, José Luís**, op. cit. págs. 190-191, la tarea típica del niño que a finales del siglo XVIII o durante el XIX trabajó en un fábrica textil era la de *religador*. En cada telar eran puestos dos o tres niños que limpiaban las bobinas y unían las roturas que se producían en los hilos de algodón empleados en los telares. Al tener los dedos más finos que los adultos, los niños de ocho a doce años presentaban el perfil profesional apropiado para reatar los hilos, arrastrarse bajo los telares y circular entre los estrechos pasillos que los separaban. Ese era en realidad el argumento técnico - por otro lado carente de fundamento - que permitía a los patronos enmascarar las razones socioeconómicas por las que en realidad empleaban a niños.

²⁹⁰ Son ilustrativas a este respecto las palabras de Pi i Sunyer hablando del trabajo de los obreros algodoneros catalanes a finales del siglo XVIII y durante el siglo XIX, documentadas en su obra por **Izard, Miguel**, op. cit. pág. 82. El señor Pi i Sunyer se pronunció del siguiente tenor literal: "sota el progrés industrial vuitcentista hi ha un fons de dolor humana. També aquí tingueren lloc crueltats col·lectives i formes de treball forçat". Igualmente interesantes resultan las respuestas dadas por el padre de dos aprendizas a las preguntas formuladas ante una Comisión de encuesta de la época, que encontramos reproducida en **Fohlen, Claude y Bédarida, François**: Historia general del trabajo. La era de las revoluciones (1760-1914), traducido por Joaquín Romero. Madrid, 1965, Ed. Grijalbo, Barcelona, págs. 38-39.

Todavía era más grave la situación de los pequeños que trabajaban en las minas, algunos de los cuales apenas habían cumplido los cuatro años. Tal y como denunció ENGELS en *La situación de la clase obrera en Inglaterra (1845)*:

"A esta precoz edad en las minas de Cornwall, Staffordshire, Gales del Norte y otros distritos del norte y el oeste de Inglaterra, el trabajo de los pequeños resultaba realmente embrutecedor.

En las minas de carbón y de hierro, que son explotadas casi del mismo modo, trabajan chicos de cuatro, cinco y siete años. Pero la mayor parte tienen más de ocho años. Se los utiliza para transportar el material en pedazos, del lugar donde es cortado a la calle, donde están los caballos, o bien al pozo principal, y también para abrir las puertas que separan los diversos compartimentos de la mina, para dejar libre paso a los obreros y al material y volver a cerrarlas. Para la vigilancia de estas puertas se emplean generalmente muchachos, los que de este modo, solos en la

Pregunta: ¿A qué hora van las chiquillas a la fábrica?

Contestación: Durante seis semanas han ido a las tres de la mañana, y han terminado a las diez de la noche.

Pregunta: ¿Qué pausas se autorizaban durante estas diecinueve horas para descansar o comer?

Respuesta: Un cuarto de hora para el desayuno, media hora para el almuerzo, un cuarto de hora para beber.

Pregunta: ¿Tenía usted mucha dificultad en despertar a sus hijas?

Respuesta: Sí, al principio teníamos que zarandearlas para despertarlas, y luego ponerlas de pie y vestir las antes de mandarlas al trabajo.

Pregunta: ¿Cuánto tiempo dormían?

Respuesta: Nunca podíamos meterlas en la cama antes de las once, cosa de darles algo de comer, y entonces mi mujer acostumbraba a pasarse toda la noche en vela ante el temor de no despertarlas a su hora.

Pregunta: ¿A qué hora solían despertarlas?

Respuesta: Generalmente mi mujer y yo nos levantábamos a las dos de la mañana para vestir las.

Pregunta: ¿Así que solamente tenían cuatro horas de sueño?

Respuesta: Escasamente cuatro.

Pregunta: ¿Estaban cansadas las niñas por este régimen?

Respuesta: Sí mucho. Más de una vez se quedaron dormidas con la boca llena. Había que zarandearlas para que comiesen.

Pregunta: ¿Han sufrido accidentes sus hijas?

Respuesta: Sí, la mayor, la primera vez que fue a trabajar, se cogió el dedo en un engranaje hasta más allá de la articulación y estuvo cinco semanas en el hospital de Leeds.

Pregunta: ¿Se le pagó su salario durante este tiempo?

Respuesta: No, desde el momento del accidente cesó el salario.

Pregunta: ¿Han sido pegadas sus hijas?

Respuesta: Sí, ambas

oscuridad, deben permanecer diariamente 12 horas, en un pasaje estrecho y húmedo, sin tener tanto trabajo como sería necesario, para evitarles la monotonía de no hacer nada, que idiotiza y embrutece.

Por el contrario, el transporte del carbón y del hierro es un trabajo durísimo, puesto que este material debe ser arrastrado en grandes cofines, sin ruedas, sobre el suelo desigual de las galerías, a veces sobre arcilla húmeda, o a través del agua, a menudo por declives abruptos y a través de pasajes escarpados, que obligan a los obreros a trepar con las manos y con los pies. Para cumplir este trabajo enervante, se ocupan muchachos de cierta edad y muchachas adultas. Según los casos, para arrastrar el cofín hay un obrero o dos jóvenes, uno de los cuales gira y el otro empuja. La duración corriente del trabajo es de 11 a 12 horas, a menudo más; en Escocia, hasta 14 horas y con frecuencia se trabaja tiempo doble, de modo que todos los obreros durante muchos días seguidos, están bajo tierra en una actividad continuada de 24 horas, y a veces de 36 horas. Los muchachos y los jóvenes que están ocupados en el transporte del carbón y del hierro se quejan siempre de cansancio. Sucede, a menudo, que los muchachos cuando llegan a casa, se tiran sobre el piso de piedra, delante de la chimenea, y se quedan dormidos, de modo que no pueden tomar ningún bocado de comida y deben ser lavados mientras duermen y llevados a la cama por sus padres"²⁹¹.

Las consecuencias de la dureza del trabajo en las minas que acabamos de relatar se extendían más allá de la propia infancia: la pubertad se retrasaba, tanto en los muchachos como en las muchachas, y eran frecuentes las deformaciones y lesiones como consecuencia de una posición casi siempre forzada del cuerpo durante el

²⁹¹ **Engels, Friederich:** La Sagrada Familia. La situación de la clase obrera en Inglaterra (1845). Barcelona, 1978, Ed. Crítica S.A., págs. 493-494.

trabajo. Enfermedades cardíacas y pulmonares dejaban una esperanza de vida que apenas sobrepasaba a mediados del siglo XIX los treinta años²⁹².

También la población infantil que trabajaba en la industria del vidrio comenzaba su andadura entre los cinco y los siete años de edad. A los doce años ya soplaban las cañas con las que moldeaban los vidrios, tarea nada fácil y muy fatigosa que con demasiada frecuencia acarrearba graves irritaciones en la boca y en los labios, así como complicaciones pulmonares.

En la industria siderúrgica, la participación infantil fue menos relevante. El esfuerzo muscular que requería este tipo de trabajos dejaba más bien en actividades periféricas y externas a las factorías las labores de los niños: trabajando en los bosques al lado de los leñadores, conduciendo las mulas y apilando la leña o el carbón que más tarde se utilizaría en las fundiciones.

Los horarios largos, el trueque y el pago irregular de los salarios eran circunstancias que se daban ya bajo el sistema doméstico y significaban trabajo duro y mal remunerado para hombres, mujeres y niños. Parece fuera de toda lógica, pues, atacar a las fábricas como si hubiesen sido ellas las introductoras del trabajo infantil, fenómeno que existía desde antaño en los hogares familiares.

²⁹² En España, como documenta **Borrás Llop, José María**, op. cit. págs. 299-300, destaca el caso de las minas de Almadén, en las que el empleo de menores a mediados del siglo XIX se caracterizó por ser uno de los recursos que permitían la subsistencia familiar. Véase por ejemplo, la siguiente demanda de trabajo, fechada en Almadenejos, el 21 de octubre de 1843. El solicitante, tras alegar ser hijo de minero y tener más de 12 años, agrega: "y no contando en su casa con más recursos para la manutención de sus padres y la de sus hermanos menores, que el haber de siete reales que disfruta su mencionado padre, le acompañan vivos deseos de ayudarlos en la parte posible, y no encontrando otro recurso para ello, que la ocupación en los trabajos exteriores de este Departamento...". La administración de la empresa, ignorando "si el interesado ha cumplido ya los 12 años" decide admitirlo con un jornal de dos reales.

13.2.3. Respuesta de los ordenamientos jurídicos decimonónicos

Este recurso al trabajo infantil en las fábricas indujo finalmente a la inmensa mayoría de los gobiernos europeos a tener que intervenir para tratar de controlar el fenómeno. En el caso de Inglaterra, la primera ley sobre el trabajo en las manufacturas data de 1802 - la Ley de aprendices -, y con ella se trató de proteger a los aprendices jóvenes que laboraban en las industrias del algodón. Justamente fue un aludonero, Robert Peel, quien propuso el proyecto de ley ante la Cámara de los Comunes el 6 de abril de 1802. La aprobación real de la norma se produjo el 22 de junio de 1802. Ahora bien, esta norma no tuvo efecto inmediato alguno, porque ni siquiera llegó a ser efectivamente aplicada. Por otra parte restaba limitada a las fábricas, excluyendo el resto de modalidades de trabajo aislado.

Años más tarde, hacia 1817, Robert Owen - fundador del socialismo inglés -, comenzó a demandar mediante peticiones y memoranda dirigidos al poder ejecutivo, la necesidad de garantías legales para la salud de los obreros y en especial de los niños. Estos intentos culminaron en diversas leyes fabriles; las de 1819 - norma de aplicación exclusiva a la industria del algodón -, 1825 y 1831, de las cuales las dos primeras no fueron acatadas en absoluto y la última tan sólo en forma ocasional. Esta Ley de 1831 establecía que en ninguna fábrica de algodón podían trabajar menores de 21 años de noche, y que en todas las fábricas los jóvenes menores de 18 años a lo sumo podían laborar 12 horas diarias y 9 horas los sábados. Pero, puesto que los obreros no podían atestiguar en contra de sus patronos sin ser despedidos, de poco sirvió esta disposición.

No obstante, la novedad de la intervención estatal en el mercado del trabajo infantil aún tuvo que esperar hasta la entrada en vigor de la ley inglesa de 1833 - *Factory Act* -²⁹³, norma que prohibía el trabajo de los pequeños menores de nueve años en las manufacturas - con excepción de la industria de la seda -, limitaba para los comprendidos entre nueve y trece años la jornada laboral a seis horas, siendo de diez horas la de los adolescentes de 13 a 18 años, fijaba un mínimo de una hora y media de intervalo para las comidas y prohibía nuevamente - como ya lo había hecho la Ley de 1831 - el trabajo nocturno para todos los menores de 18 años. Al mismo tiempo se instauró la asistencia escolar obligatoria de dos horas diarias para todos los niños menores de 14 años, declarándose susceptible de sanción al fabricante que ocupase a niños desprovistos del certificado de trabajo extendido por el médico fabril o del certificado de asistencia escolar emitido por el maestro. Esta legislación resultó del todo insuficiente para eliminar los abusos sufridos por los niños trabajadores y el analfabetismo de los jóvenes operarios.

La última fase de esta evolución la determinó la Ley de 1844, complementaria de las disposiciones de la "*Factory Act*". Esta última norma tenía como objetivo final el encontrar un remedio a los accidentes de trabajo de que eran víctimas mujeres y niños. Para ello hacía obligatoria la protección de las máquinas mediante un vallado en los lugares peligrosos como correas, engranajes y poleas; a la vez que, asimismo, instauraba un sistema de media jornada para los niños/as trabajadores, dedicando la mitad del día a la instrucción.

²⁹³ Tal y como nos documenta **Monestier, Martín**, op. cit. pág. 23, en Inglaterra, una comisión nombrada en 1833 por la Cámara de los Comunes se encargó de investigar el alcance del trabajo infantil en el país. Las conclusiones elaboradas revelaban situaciones monstruosas: niños de menos de diez años se veían sometidos a tareas agotadoras, entre ocho y diez horas seguidas, sin disfrutar siquiera de un día de descanso semanal. Para mantenerlos despiertos, los capataces les golpeaban con látigos, cuerdas o bastones. Los miembros de la comisión de investigación constataron que había niños con los ojos reventados y brazos o piernas rotos por esas brutalidades. Frente a todas esas atrocidades Lord Ashley, Conde de Shaftesbury, reaccionó proponiendo a la Cámara cuatro leyes sucesivas entre 1833 y 1847.

Esos esfuerzos por reducir la jornada laboral, que se produjeron durante esta época para revertir a favor de los menores, podemos considerarlos ya como un precedente en la defensa de sus derechos. Por desgracia dichos intentos toparon con una fuerte resistencia de los fabricantes²⁹⁴ a la hora de acatar las normas creadas, todo ello facilitado por la actitud inhibicionista de los Estados²⁹⁵.

Medidas legislativas de ese estilo se adoptaron también en Prusia, Austria y Rusia entre 1839 y 1840. Francia fue la última de las grandes naciones europeas en legislar sobre el trabajo infantil²⁹⁶. En dicho país, tras la elaboración entre 1835 y 1837 de un informe sobre el estado físico y moral de la clase obrera empleada en las manufacturas de lana, algodón y seda, encargado por la administración gala al Doctor Villermé y a Benoiston de Chateauneuf, el gobierno de Luis Felipe sometió a la Cámara, el 15 de junio de 1839, un proyecto de ley tendente a poner fin a los abusos más intolerables. Este proyecto fue aprobado finalmente, tras arduos enfrentamientos entre diputados reformistas y conservadores, el 22 de marzo de 1841. La edad del primer empleo quedó desde entonces fijada en los ocho años, y la jornada de trabajo se redujo a 10 horas para los niños de ocho a doce años, y a doce horas para los de doce a dieciséis años; se prohibió el trabajo nocturno a los niños de menos de trece años y se impuso el descanso dominical para los menores de dieciséis. Contrariamente a lo que pudiera parecer, las consideraciones humanitarias no son las que dominaron en el voto de la Ley de 22 marzo de 1841, sino que, por el contrario, los argumentos de conservación de un capital humano para la economía y

²⁹⁴ Señala **Engels, Friederich**, op. cit. pág. 365, que la misma resistencia por parte de los fabricantes se encontró en el tema de la enseñanza obligatoria. Así, cuando en 1843 el gobierno británico quiso poner en vigencia la obligatoriedad escolar, obligatoriedad que hasta esos momentos había sido meramente nominal, la burguesía fabril se opuso con todas sus fuerzas, pese a que los obreros se pronunciaron decididamente a favor de la misma.

²⁹⁵ **Cots i Moner, Jordi**, op. cit. pág. 40.

²⁹⁶ **Becchi, Egle y Julia, Dominique**: *Historire de l'enfance en Occident. Du XVIII siècle à nos jours*. Tomo II, París, 1998, Ed. Seuil, págs. 250-270, analiza la legislación laboral francesa del siglo XIX.

la defensa nacional primaron sobre cualquier otra ponderación. La propia exposición de motivos del texto articulado constata que "*esta mano de obra – refiriéndose a los menores de edad – poco remunerada es ventajosa para la industria y la ley del trabajo se impone desde temprana edad como algo de orden natural.....No obstante, hay que evitar que, para disponer de obreros de once años, acabemos teniendo mediocres soldados de veinte años*". En definitiva, la Ley francesa de 1841 fijó algunos límites de forma que protegía a los niños y las niñas frente a determinadas manifestaciones del abuso laboral; pero, al mismo tiempo, legalizó su explotación²⁹⁷.

En el caso español, este tipo de leyes se promulgaron con un considerable retraso en relación con el resto de países europeos²⁹⁸. Hubo que esperar hasta la Primera República española para que la Ley de 24 de julio de 1873 - la denominada Ley Benot, ya que el proyecto de dicha ley había sido remitido a las Cortes Constituyentes de la República por el Ministro de Fomento, Eduardo Benot, el 25 de junio de 1873 -, sobre el trabajo en los talleres y la instrucción en las escuelas de los niños obreros de ambos sexos, estableciese una jornada laboral máxima de cinco horas diarias para los niños menores de trece años y las niñas menores de catorce años, y de ocho horas para los niños entre catorce y quince años y las niñas entre catorce y diecisiete, prohibiendo que todos ellos trabajaran turnos de noche en aquellas fábricas que tuviesen maquinaria de vapor²⁹⁹. Establecía también ciertas

²⁹⁷ Le Gal, Jean, op.cit. págs. 33-34.

²⁹⁸ **Mínguez Álvarez, Constancio:** La educación social a través de la literatura. Familia, escuela e infancia en la literatura española de finales del siglo XIX. Valencia, 1999, Ed. Nau Llibres, pág. 160, documenta en su obra unas duras críticas vertidas por Concepción Arenal a la actitud tenida por España respecto a la infancia de la época: "todos los pueblos dignos de llamarse cultos han dado el grito de ¡salvemos a los niños!, Hagamos a las causas, que material y moralmente los pierden, cruda guerra. Guerra en que España puede decirse que no toma parte".

²⁹⁹ Poco tiempo después, el 26 de julio de 1878 se promulgó una ley con penas para los que dedicasen a los menores de 16 años a ejercicios de equilibrios, acrobacia o fuerza, en espectáculos públicos, si no eran hijos o descendientes del empresario. También prohibía a los menores de 16 el trabajo de buzos y toreros. Para

obligaciones para garantizar la instrucción primaria y la asistencia médica en las fábricas, talleres, fundiciones o minas. Aunque constituyó un precedente significativo de la legislación social, nunca llegó a ponerse realmente en práctica. El trabajo de los niños reportaba una ventaja económica para las empresas – inferiores gastos de producción – y para las familias obreras – jornal infantil -, a la que ni unos ni otros estaban dispuestos a renunciar. Por ello su legitimidad se revistió de argucias paternalistas, aduciéndose la vertiente formativa del trabajo, obviando que más instructiva hubiera resultado la escuela, antes bien, se dificultó al máximo que la asistencia a la misma se hiciera obligatoria, porque ello suponía limitar sus posibilidades laborales y además iba en contra de la autoridad y libertad del padre. Finalmente, el golpe de Estado de 1874 abortó definitivamente la remota posibilidad de que dicha disposición legal hubiera sido aplicada.

Posteriormente en 1883 nació la Comisión de Reformas Sociales³⁰⁰, que en 1903 fue disuelta para ser sustituida por el Instituto de Reformas Sociales³⁰¹. Éste último, a

Mínguez Álvarez, Constancio, op. cit. pág. 160, la presencia de esta leyes tiene una doble lectura: por una parte es testimonio de la existencia de malos tratos en la infancia y al mismo tiempo es reflejo de una nueva sensibilidad, que cristalizará en una mejora del niño.

³⁰⁰ Como acertadamente documentan **Voltes, María José** y **Voltes, Pedro**, op. cit. pág. 53, las penalidades de los niños colocados como aprendices se pusieron en evidencia en el curso de las sesiones de la Comisión de Reformas Sociales de 1884 que, si para otra cosa no, valieron al menos para airearlas y denunciarlas. Villegas denunció en una de ellas: "...los niños se emplean en toda clase de trabajos. Yo veo en Madrid muchos niños ocupados en trabajos que no son propios de su edad. He visto que se carga a esos niños con cercos, herramientas y otras cosas, propias más bien de que las lleve una caballería. Hay también talleres donde tienen un carrito de mano que llevan entre dos niños hasta que caen agotados". En las actas de la misma Comisión de Reformas Sociales, consta que en Reus trabajaban los niños setenta y seis horas semanales; entran en las fábricas a los seis años de edad, y desde ésta a la de catorce años ganan de 6 a 16 reales por semana; de catorce en adelante, el que más 52 reales. En Barcelona ganaban algo más; trabajaban setenta y nueve horas a la semana, entrando a trabajar a los seis años.

³⁰¹ El Instituto de Reformas Sociales, aunque presentó importantes diferencias respecto a la Comisión de Reformas Sociales, supuso la inmediata prolongación de esta última. **Palacio Morena, Juan Ignacio**: La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924)". Madrid, 1988, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 21.

su vez, desapareció, tras su integración en 1920 en el recién creado Ministerio de Trabajo, en 1924.

Así, bajo los auspicios de la Comisión de Reformas Sociales se trató de poner remedio a la situación de explotación que venía sufriendo la infancia en las industrias españolas³⁰².

El primer intento vino de la mano de la Ley de 13 de marzo de 1900, que estableció que los menores de ambos sexos que no hubieran cumplido los diez años de edad, no serían admitidos en ninguna clase de trabajo. Se prohibía el trabajo nocturno a los niños de ambos sexos, menores de 14 años, y a los menores de 16 años se les prohibía la realización de cualquier trabajo subterráneo y en establecimientos destinados a materias inflamables y en aquellas industrias calificadas de peligrosas o insalubres.

Uno de los problemas con los que toparon los inspectores de trabajo a la hora de dictaminar sobre el cumplimiento o no de la Ley de 13 de marzo de 1900, fue el de la extrema dificultad para esclarecer las edades de los niños que eran empleados en las fábricas. En algunos casos aseguraban que éstas últimas habían sido falseadas, pero la mayor parte de sus denuncias se referían a la ausencia de los certificados de edad exigidos por la normativa vigente. Las responsabilidades de dichos

³⁰² **Gaitán, Lourdes**, op. cit. pág. 219, considera que los dos hitos que señalan formalmente el inicio en España de la intervención del Estado en materias asimilables a las que constituyen el objeto del bienestar social son, por un lado, la Ley General de Beneficencia, promulgada en 1849 y, por otro, la constitución de la Comisión de Reformas Sociales en diciembre de 1883, cuyos contenidos y objetivos de cobertura – la población sin recursos la primera, la población trabajadora para los desarrollos de la segunda – marcan desde el comienzo un sistema dual de protección.

incumplimientos solían ser atribuidas tanto a patronos como a padres de los niños empleados³⁰³.

Podríamos concluir afirmando que la legislación española referente a la protección de menores tiene, sucesivamente una doble consideración. Durante el siglo XIX es una rama de la beneficencia, y posteriormente a lo largo del siglo XX se convierte en autónoma. Asimismo, y por lo que a la segunda de las mencionadas etapas se refiere, es decir, aquella que viene ya a considerar la protección de la infancia como una materia diferenciada, su legislación tiene como precedente la de carácter laboral sobre el trabajo de los niños, niñas y adolescentes³⁰⁴.

13.3. EL FENÓMENO DE LA MENDICIDAD Y EL ABANDONO INFANTIL EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XIX

En la práctica totalidad de Europa durante el siglo XVIII se produjo un aumento progresivo del número de abandonos, aumento éste que experimentó un incremento

³⁰³ Un buen ejemplo de lo anterior nos lo muestra un Informe del inspector de la 2ª región, correspondiente a Cataluña, extraído de la Memoria General de la Inspección del Trabajo correspondiente a 1911: “La falta de certificados (se refiere a la documentación exigida en el artículo 16 del Reglamento de 13 de noviembre de 1900 para la aplicación de la Ley de 13 de marzo del mismo año: permiso de los padres o tutores, certificación del Registro civil y certificación facultativa), y en especial los de la edad, imposibilita la debida comprobación de las infracciones a los artículos 1º y 2º de la Ley, pues aleccionados los menores, declaran tener más edad de la que aparentan, siendo de advertir que en el encubrimiento o en la pretendida justificación de la infracción, cuando ésta es evidente, compiten por igual patronos y obreros. Los primeros alegan que, al emplear a los menores, es por las reiteradas súplicas de sus familias y por no encontrar suficiente personal de más edad que quiera dedicarse a los trabajos auxiliares en que aquellos se ocupan; los obreros, por su parte, justifican aquellas súplicas, que no niegan, unas veces en la necesidad, que si en algunos casos es desgraciadamente cierta, en otros es imaginaria; a veces defienden el trabajo de sus hijos fundados en la necesidad de que terminen jóvenes su aprendizaje, desdeñando en absoluto la instrucción de la escuela, y cuando no, afirmando que la escasez de estos centros de cultura les obliga a solicitar el empleo de aquéllos en las fábricas y talleres”. Encontramos reproducida dicha Memoria en **Borrás Llop, José María**, op. cit. pág. 252.

³⁰⁴ **Badosa Coll, Ferran**: "La protección de menores en el Derecho Catalán. De la *guarda y educación* del menor a la *crianza y formación* del niño y del adolescente" en **Espiau Espiau, Santiago (Ed.)**: Protección de menores, acogimiento y adopción. Barcelona, 1999, Ed. Marcial Pons, págs. 29-32.

espectacular durante la primera mitad del siglo XIX³⁰⁵. Varias han sido apuntadas - no exentas de polémica - como posibles causas justificadoras de la extensión de la práctica de los abandonos de menores en los tornos de las inclusas durante la etapa inicial del período novecentista³⁰⁶. Hay quienes sostienen que la razón fundamental radica en la presión de la miseria, como demostraría que fueron circunstancias económicas adversas las que determinaron el aumento y la disminución del número de abandonos; otros, en cambio, incorporan la ausencia de un sentimiento de familia entre las clases populares de la época; un tercer grupo de autores insisten en que fue un producto de morales y sentidos del honor muy estrictos los que empujaron a las mujeres a deshacerse de los hijos ilegítimos, confirmado esto por el hecho de que la mayoría de los “expósitos” eran producto de uniones irregulares³⁰⁷; una última razón, que posiblemente es la que arrastra menos seguidores, es la que hace aparecer en escena un concepto conocido en nuestros días con el nombre de "efecto llamada", es decir, que fue la creación de instituciones de acogida la que invitó al abandono y provocó el espectacular aumento de su número³⁰⁸.

³⁰⁵ Los lugares preferidos donde se venía abandonando a los niños recién nacidos eran los porches de las Iglesias, las puertas de los palacios y los conventos... y en todos aquellos lugares donde se suponía que el niño podía ser atendido. El anterior fue el sistema de abandono más utilizado hasta la segunda mitad del siglo XVIII, momento en el que en las mismas instituciones de acogida instalaron los tornos donde podían depositarse de forma anónima a las criaturas. El torno consistía en un ingenio muy sencillo: constaba de un cilindro que giraba sobre su eje y tenía uno de sus lados abierto. El lado cerrado daba a la calle y cuando una mujer quería dejar a un recién nacido tocaba un timbre y la persona que en ese momento se encontraba de guardia hacía girar el cilindro y presentaba al exterior el lado abierto, volviéndolo a girar a continuación para recoger al niño depositado en su interior; de esta forma la identidad de la persona que depositaba la criatura quedaba preservada y el niño era atendido de forma inmediata. En España, desde 1796 se estableció la instalación de los tornos en las inclusas. En este sentido vid. **Laplaige, Danielle**: *Sans Famille a Paris. Orphelins et enfants abandonnés de la Seine au XIX siècle*. Paris, 1989, Ed. Centurión, pág. 12.

³⁰⁶ Vid. en este sentido **Fernández Ugarte, María**, op. cit. págs. 85-99; **Panchón Iglesias, Carme**, op. cit. pág. 13; y **Santolaria, Félix**, op. cit. págs. 212-220.

³⁰⁷ Como señala **Tarifa Fernández, Adela**, op. cit. págs. 290-291, el enfoque oficial que se dio al tema de los expósitos, tanto por parte de la autoridad civil como del clero, tiende a marcar el factor de ilegitimidad como primera causa del abandono durante el Antiguo Régimen.

³⁰⁸ Siguiendo esta línea argumental, en Francia después de formarse muchas comisiones y de un largo debate en el Parlamento llegaron en 1860 al acuerdo de suprimir los tornos de las casas de expósitos "pues la mayoría de los informes oficiales estaban de acuerdo en atribuir a éstas el aumento espantoso de los niños abandonados, no sólo por las madres solteras, sino por muchos matrimonios legítimos que no se encontraron

Acotar la pobreza, la ausencia del sentimiento de familia, la ilegitimidad y el “efecto llamada” como factores independientes motivadores del aumento espectacular en el número de abandonos durante la primera mitad del siglo XIX es tarea difícil, por no decir imposible³⁰⁹. Quizás sería conveniente buscar dichas razones no en una única causa determinada, sino en un entramado de todas ellas. Parece evidente que las fluctuaciones económicas y las coyunturas desfavorables actuaron como elemento catalizador de un mayor grado de abandonos, pero ello no es suficiente para explicar el elevado número de los mismos, para ello deberemos, asimismo, recurrir a otros factores como el funcionamiento de la mentalidad colectiva y los valores morales y religiosos que articulaban y ordenaban las relaciones sociales. Por ejemplo, durante el Antiguo Régimen la Iglesia justificaba el abandono si era provocado por la pobreza que incapacitaba a los padres para mantener a sus hijos o bien para dar

con medios de sustentar la vida de sus hijos. Posteriormente, fueron los portugueses los que suprimieron el torno, y lo mismo hicieron la gran mayoría de ciudades italianas. Con ello se esperaba disminuir la irresponsabilidad de los progenitores y el alarmante número de abandonos. En España tuvo que esperarse hasta inicios del siglo XX para lograr un acuerdo para suprimir los tornos. Lentamente las inclusas y las casas de maternidad se convirtieron en dependencias anejas de los hospitales. Los tornos desaparecieron, pero sin ninguna medida legislativa previa. El torno de Pamplona, por ejemplo, existente con anterioridad al 1710, no desapareció hasta 1933, el último niño fue depositado en él el 8 de mayo del mencionado año. Tal circunstancia aparece perfectamente documentada en **Valverde Lamsfus, Lola**: Entre el deshonor y la miseria. Infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra. Siglos XVII-XVIII. Bilbao, 1994, Ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, págs. 82-84.

³⁰⁹ **Serrano Ruiz Calderón, Manuel**: "El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal" en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n.º. 45, págs. 31-42, nos recuerda que la regulación penal sobre el abandono de menores es un hecho que puede remontarse al Derecho romano. También, a lo largo de los siglos de una manera u otra se fue legislando sobre el particular ya fuera en las Partidas, fueros de distintas ciudades, en la Nueva Recopilación de Carlos I o en la Novísima Recopilación, esta última ya en el siglo XIX. En todas ellas se castigaba el abandono por cuanto éste podía producir la muerte, pero no si se realizaba en caso de extrema necesidad y en lugar adecuado para ello. Será, sin embargo, a partir del primer Código Penal de 1822, de escasa vida, y posteriormente el de 1848 cuando el abandono quedará perfectamente regulado en su conjunto. Las penas impuestas por esta causa quedan reducidas en el Código de 1848 a multas pecuniarias; penas que quedan sin efecto si la exposición se realiza en hospicio o lugar adecuado para ello. En idéntico sentido se pronuncia **Gómez Fernández, Juan**: "Mortalidad infantil, una aproximación a la casa cuna del Puerto de Santa María" en **Dávila, Pauli y Naya Garmendia, Luís M^a (Coords.)**: La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo I. Donostia, 2005, Ed. Espacio Universitario Erein, pág. 145,

satisfacción a un valor superior como era mantener la "honra" y "excusar la infamia"³¹⁰.

En un contexto como el descrito el Estado liberal, al privar a la Iglesia de su patrimonio mediante las desamortizaciones se vio obligado a regular las instituciones asistenciales que hasta entonces, tal y como hemos apuntado, habían venido dependiendo de los eclesiásticos y de las clases pudientes.

La confianza depositada en el sistema de encierro, el utilizado primordialmente hasta esos momentos, se vino abajo como consecuencia del advenimiento de las crisis agrícolas y de subsistencia que, provocadas por las malas cosechas, se produjo en España en la segunda mitad del siglo XVIII y alcanzó su máxima intensidad a inicios del XIX. Como consecuencia de esas crisis los centros benéficos se vieron ampliamente desbordados ante una demanda masiva de socorro y asistencia, lo que provocó una situación caótica y miserable de los establecimientos. Como es obvio, los centros de niños abandonados se vieron aquejados por los mismos dramáticos problemas³¹¹.

³¹⁰ En este sentido ver el interesante estudio realizado por **Tarifa Fernández, Adela**, op. cit. págs. 294-315, quien basándose en los datos obtenidos de los archivos de la Inclusa de Úbeda intenta delimitar el peso que tuvieron los casos de ilegitimidad en la cifra total de abandonos producidos en dicha institución. Para lograr tal fin parte de los signos externos y del ceremonial que acompañaba al expósito: ropa, marcas, edad o lugar del abandono, entre otros. Así, por ejemplo, la autora sistematiza la ropa que traían los niños al ingresar en la Cuna, atendiendo a criterios de cantidad o calidad de piezas, en tres grandes grupos: ropa vieja, ropa media y ropa nueva. Los expósitos portadores de ropa vieja debían ser preferentemente ilegítimos procedentes de padres de estatus social muy bajo. El segundo grupo - ropa media - podría corresponder a expósitos legítimos de familia pobre. Finalmente los menores pertenecientes al último de los grupos - ropa nueva - probablemente incluía a los hijos ilegítimos de padres bien acomodados.

³¹¹ Para una aproximación histórica a los nuevos planteamientos del régimen liberal en torno a la asistencia social vid. **Maza Zorrilla, Elena**: Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI a XX. Valladolid, 1987, Ed. Universidad de Valladolid, págs. 114-130.

Se hacía, por tanto, imprescindible acometer una remodelación de la asistencia social. Se valora que ha llegado el momento en que el Estado debe asumir responsabilidades sociales³¹². Ahora bien, no todo era altruismo y beneficencia en esa actitud, las miras de los poderes públicos estaban también puestas en los patrimonios de las instituciones eclesiásticas, presionados, como estaban, por la problemática de la deuda pública - hay una Real Cédula promulgada el 25 de septiembre de 1798 por la que se ordena enajenar en pública subasta todos los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, de Reclusión y de Expósitos -³¹³.

Ya en la Constitución de Cádiz de 1812, su artículo 321 recoge en el apartado sexto que los Ayuntamientos tienen entre otras funciones de gobierno, la de "cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban"³¹⁴. Ahora bien, esta política-legislativa reformadora se quedó en un simple proyecto como consecuencia de la Restauración absolutista de 1814.

Hubo que esperar hasta el trienio liberal (1820-23) para que se promulgara la Ley de Beneficencia de 6 de febrero de 1822³¹⁵. Dicha Ley instauró los principios de la

³¹² A pesar de ello, debió esperarse, tal y como nos recuerda Josep Antoni del Barrio i Gauxachs en **Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia**: "El Model de Justícia Juvenil a Catalunya", Col·lecció Justícia i Societat n.º 21, juliol 2000, págs. 15-16, hasta el momento en que los menores se convirtieron en un problema para, entonces sí, ser considerados como objeto de interés por el nuevo movimiento de la filantropía y las instancias judiciales. Fue a partir de 1880, durante los primeros años de la Restauración, con la alarma social creada por el aumento de la criminalidad llevada a cabo por menores, que empezó a solicitarse a los poderes públicos que articularan sistemas tutelares para gobernar de forma adecuada a los menores delincuentes y a los colocados en una posición potencialmente peligrosa o predelictiva.

³¹³ **Picontó Novales, Teresa**, op. cit. pág. 21.

³¹⁴ **Maza Zorrilla, Elena**, op. cit. pág. 176.

³¹⁵ No hay que olvidar, tal y como nos señalan **Abbagnano, N. y Visalberghi, A.**: Historia de la Pedagogía. Madrid, 1988, Ed. Fondo de Cultura Económica, págs. 655-688, que estas leyes van acompañadas de otras que tratan de forzar a que los padres lleven a los niños a las escuelas. La más destacada es la Ley de

autonomía municipal y provincial de la beneficencia pública y se articuló alrededor del eje de las Juntas Municipales de Beneficencia. Sucedió, no obstante, que la Ley de 1822 gozó de un período de vigencia cortísimo, como consecuencia de la segunda restauración absolutista en 1823. Esta Ley de Beneficencia de 1822, marcaba tres tipos de auspicio municipal: las casas de maternidad, las casas de socorro, los hospitales de enfermos, convalecientes y locos. Dos de ellas estaban orientadas hacia la infancia desprotegida: las casas de maternidad y las casas de socorro, para recoger a menores rechazados por sus progenitores desde el nacimiento o a menores - huérfanos, desamparados, o abandonados - a partir de los seis años³¹⁶.

Como consecuencia de los cambios políticos y la nueva Constitución de 1845, el Estado tuvo que modificar la Ley de Beneficencia de 1822. Es así como aparece la Ley General de Beneficencia de 20 de Junio de 1849, complementada por un detallado Reglamento de 1852 – Reglamento para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 14 de mayo de 1852 -. Esta Ley incorpora junto a las ya existentes inclusas, las Casas de Maternidad³¹⁷.

Instrucción Pública de septiembre de 1857, la llamada Ley Moyano, del nombre del Ministro que tenía entonces a su cargo la cartera de Fomento. Dicha Ley declaraba obligatoria la enseñanza primaria para los niños de 6 a los 9 años.

³¹⁶ Peña Vázquez, José María, op. cit. pág. 49.

³¹⁷ Según relaciones estadísticas de 1860, ese año había 49 inclusas repartidas por toda la Península. En 1858, según la misma, había 49 casas de maternidad establecidas en las capitales de provincia y 73 establecimientos subalternos que dependían de las mismas.

A finales del siglo XIX³¹⁸ y en las primeras décadas del siglo XX los Estados incorporan en sus legislaciones un conjunto de leyes de protección y regulación de la infancia. En el Estado español surgieron como fruto de iniciativas llevadas a cabo, primero por Concepción Arenal (1820-1893)³¹⁹, nombrada Visitadora General de las Cárceles de Mujeres en 1864 y posteriormente por Tolosa Latour, que intentaba favorecer, a partir de nuevas leyes, la protección a la infancia, a las mujeres presas, a los trabajadores y a los pobres en general.

14. EL SIGLO XX. EL CALIFICADO COMO EL SIGLO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

A medida que avanza el siglo XX³²⁰ se empieza a extender la noción de que la infancia y la adolescencia es un grupo vulnerable. Por el hecho de serlo, no necesita ni reclama privilegios. Quiere, simplemente, ocupar el lugar que le corresponde en la sociedad³²¹.

³¹⁸ Para **Martínez Roig, A. y De Paúl Ochotorena, J.**, op. cit. pág. 17, hay que recordar que en 1874 se fundó en Nueva York la Society for the Prevention of Cruelty to Children (SPCC) para evitar el maltrato intrafamiliar. La creación de esta sociedad vino provocada por la conmoción que supuso el caso de Mary Ellen Wibon, niña de nueve años cruelmente maltratada y abandonada por su familia. El caso ocurrió concretamente en 1846 cuando la justicia de los EUA, en Nueva York, retiró la patria potestad a los padres de Mary Ellen tras ser sucesiva y duramente apaleada. Pero lo curioso del caso reside en el hecho de que ante la inexistencia de órganos específicos para defender los derechos de la niña, la denuncia fue presentada por la Sociedad Protectora de Animales de la ciudad de Nueva York, amparándose en que los niños eran miembros del reino animal.

³¹⁹ **Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**: Historia de la acción social pública en España: beneficencia y previsión. Madrid, 1990, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pág. 127.

³²⁰ **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. pág. 2914, defiende que es a partir del siglo XX que el menor comienza a cobrar la importancia que merece, por lo menos en el plano teórico, dado que llevar a la práctica los derechos del niño significa la iniciación de una amplia labor de reeducación de la sociedad.

³²¹ Tal y como apunta **Sánchez Moro, Carmen, (Dir.)**: La Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas. Catálogo de la exposición. Madrid, 1999, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, pág. 32, el siglo XX es testigo de dos Guerras Mundiales en las que la infancia se verá afectada: miles de niños y niñas se vieron de pronto sin familia y sin lugar. La protección internacional de la infancia y de la juventud se constituye como objetivo no sólo humanitario sino también jurídico.

La idea de que los/as niños/as han de gozar de sus propios derechos no tuvo demasiada aceptación como concepto internacional hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial. No obstante, cuando la necesidad de unos derechos específicos para las personas menores de edad empezó a ser reconocida, su inserción definitiva en un documento internacional todavía tardó un centenar de años en producirse³²².

Será pues durante las dos últimas décadas del siglo XX que el reconocimiento de derechos a los niños experimentará un impulso considerable³²³. Es por ello y para evitar extendernos en exceso que focalizaremos el estudio de la conceptualización otorgada a la infancia y a la adolescencia a lo largo de la pasada centuria, en el examen de la normativa emanada sobre la materia, tanto a nivel internacional como nacional, durante ese período de tiempo.

Más allá de nuestras fronteras, en el plano internacional la aprobación y casi unánime ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño constituye un hito de trascendental importancia en este proceso.

Este documento universal, considerado como una verdadera Constitución o Estatuto de la infancia y la adolescencia, ya que recoge derechos de muy diversa índole y los enuncia teniendo en cuenta la singular situación del niño como ser humano en

³²² Los activismos a favor de los derechos del niño han sido múltiples y variados a lo largo del siglo XX. Dejando a un lado los intentos realizados desde la comunidad internacional, que serán estudiados de forma amplia en el presente epígrafe, destacan en el ámbito externo los movimientos surgidos en Estados Unidos en los años 60 y 70, como el "*child liberationism*", liderado por autores como John Holt y Richard Farson, que defendían una equiparación legal entre adultos y niños ante la ley, promoviendo la adjudicación de los derechos de participación a los niños; o el "*child protectionism*", con Henry Foster a la cabeza, que preconizaba una mayor protección del niño, como ser más necesitado, en un mundo de adultos. Para un análisis más detallado de estos movimientos ver **Archard, David**, op. cit. págs. 45-64 y **Veerman, P. E.**: *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992, Ed. Martinus Nijhoff, págs. 134-138.

³²³ Para **Verhellen Eugeen**, op. cit. pág. 15, el siglo XX se convirtió en el "*siglo de la infancia*". Es en el siglo XX en el que la visión de la infancia como un grupo social autónomo se extiende de la clase aristocrática a las clases media y baja.

proceso de desarrollo, deberá hacer las veces de parámetro o guía imprescindible para acometer el análisis de la evolución proseguida por la calificada en algunos sectores por *normativa infantil* - con esta expresión hacemos referencia a todas aquellas disposiciones, sean públicas o privadas, que incidan de manera directa o indirecta en los derechos de la niñez -, tanto a nivel interno como internacional, durante el siglo XX.

Para lograr este objetivo hemos recurrido a una metodología de carácter cronológico que ha de permitirnos un acercamiento gradual a la percepción que sobre la infancia y la adolescencia se ha ido imponiendo tras la promulgación del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño; imagen ésta que ha ido transformándose con el paso de los años y el devenir de los acontecimientos, en especial medida, producto del mayor nivel de sensibilidad y preocupación que han ido adquiriendo, tanto para los Estados como para la ciudadanía en general, los temas relacionados con la titularidad y el ejercicio de derechos por parte del colectivo de la población más joven.

De acuerdo con lo apuntado, desarrollamos a continuación los que consideramos como los aspectos más relevantes de la norma que representó un claro punto de inflexión positivo en el tratamiento legal irrogado a la infancia: la Convención del año 1989. En primer lugar, haremos mención expresa de cuáles fueron sus antecedentes normativos, para con ello poder incidir en los defectos o carencias de que adolecieron las Declaraciones internacionales que le precedieron. Acto seguido, procederemos a desmenuzar las características fundamentales propias del Tratado internacional que mayor número de ratificaciones ha recibido en la historia.

**CAPÍTULO III. LA CONVENCION SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO Y LA INFLEXION EN LOS
DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA
ADOLESCENCIA**

1. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

1.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Pese a que algunos autores han pretendido entrever en el texto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales³²⁴, un primer documento vinculante a nivel internacional en materia de derechos de la infancia y la adolescencia; y, en concreto, han fundamentado su posicionamiento en la utilización en este instrumento internacional del término "todos" - "*everyone*"³²⁵ - al referirse a los titulares de los derechos en él enunciados³²⁶, nada más lejos de la realidad. Esta Convención Europea del año 1950 ni confiere derechos subjetivos específicos a la infancia y la adolescencia³²⁷, ni se elaboró teniendo en mente los derechos de este colectivo tan particular de

³²⁴ Este Convenio aprobado el 4 de noviembre de 1950 en Roma por los representantes de los Estados Miembros del Consejo de Europa y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, fue ratificado por España el 26 de septiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Para un estudio detallado del proceso de elaboración de este Convenio vid. **García San José, Daniel Ignacio**: "La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", en Revista del Poder Judicial, nº. 57, 1992.

³²⁵ **Gomien, Donna; Harris, David; y Zwaak, Leo**: Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. Strasbourg, 1996, Ed. Council of Europe Publishing, págs. 5-38.

³²⁶ **Requena Huertas, M.**: "La protección jurídica del menor en el ámbito del Consejo de Europa: el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño" en **Calvo García, M. y Fernández Sola, N. (Coords.)**: Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Primeras Jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, 2000, págs. 187-205.

³²⁷ **Buquicchio-De Boer, Maud**: "The impact of the European Convention on Human Rights on the rights of the children" en Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 99-110.

ciudadanos³²⁸. En consecuencia, entendemos que cabe seguir afirmando que la toma en consideración de las personas menores de edad por parte de un texto internacional vinculante no se produce sino hasta la aprobación por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 44/25, de la Convención sobre los Derechos del Niño³²⁹. Este documento, de 20 de noviembre de 1989, ha significado un trascendental paso en el definitivo y pleno reconocimiento de la infancia y la adolescencia en el mundo del Derecho como sujeto activo y responsable de sus actos³³⁰.

1.1.1. La Declaración de Ginebra

Los primeros intentos de creación de una asociación internacional para proteger a la infancia surgieron en el año 1913, pero la Primera Guerra Mundial impidió su efectiva consolidación, que finalmente tuvo lugar en Bruselas el año 1921. La Cruz Roja había creado en el año 1920 en Ginebra, la Unión Internacional de Socorro a los Niños - UISE -, con atenciones especiales en tiempos de guerra, y proclamaba la Declaración de los Derechos del Niño el 24 de septiembre de 1924 - firmada y

³²⁸ **Centro Internacional de Abogados de Estrasburgo (CIAS) y Movimiento Internacional de Juristas Católicos (MIJC)**: "La protección de los niños menores en el marco de la Convención europea de los derechos del hombre", en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, n.º. 1632, 1992, págs. 2020-2035.

³²⁹ En este sentido de pronuncia **Puente Alcubilla, Verónica**: Minoría de edad, religión y derecho. Madrid, 2001, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 47-48. Por su parte, **Rodríguez Mateos, Pilar**: "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989", en Revista Española de Derecho Internacional, n.º. 2, págs. 466 y 472, entiende que la Convención culmina un proceso de positivización de los derechos del niño, iniciado por los Pactos internacionales de Derechos Humanos, a partir de los principios consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

³³⁰ **Vizcarro, Cinta. et al.**: "Infància i legislació" en "La infància i les famílies als inicis del segle XXI", Ed. Institut d'Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i la Família, Vol. 5, Barcelona, 2002, pág. 222, afirma al referirse a la evolución que la normativa en materia de infancia ha ido sufriendo a lo largo del tiempo hasta llegar al texto de la Convención: "que tiempo ha transcurrido desde el mundo de los héroes mitológicos narrado por Homero en sus obras. Obras en las que sus personajes - más legendarios que reales -, eran *héroes adultos*, sin infancia, educados no por sus padres sino por los centauros en el bosque".

conocida como la Declaración de Ginebra³³¹-, que en el año 1946 se transformó en la Carta de la Unión Internacional de Protección de la Infancia - UIPE -.

La Declaración de Ginebra³³² fue una obra personal de la inglesa Eglantyne Jebb, fundadora el año 1919 de la asociación inglesa Save the Children Fund - SCF - y promotora el año siguiente de la ya mentada Union Internationale de Secours aux Enfants - UISE -³³³.

Esta organización internacional vio la necesidad de una Carta que pudiera ser comprendida y aceptada por todos los países y que fuera fácilmente traducible a todos los idiomas, destinada a llamar la atención general y provocar una transformación de las leyes y la reforma de las costumbres. Los trabajos preparatorios resultaron largos y laboriosos. Dos proyectos se entregaron finalmente el 17 de mayo de 1923 al Comité de la UISE. Una fórmula era larga y detallada; mientras que la otra era más breve, de cinco puntos. Era necesario escoger. Tal

³³¹ Texto adoptado por la quinta asamblea de la Sociedad de Naciones. Vid. en este sentido **Records of the Fifth Assembly**. Supplement n°. 23 League of Nations Official Journal 1924.

³³² El año 1922, el National Council of Women, con su presidenta a la cabeza, la marquesa de Aberdeen y Temair, había ya formulado un proyecto de Carta de los Niños, que sometió a la consideración de la SCF - de la cual Lady Aberdeen era miembro -. La Save the Children Fund, federada ya en el seno de la UISE, elaboró el mismo año 1922, probablemente influida por el proyecto de Lady Aberdeen, una Carta de los Niños que incluía un preámbulo, un breve enunciado de cuatro principios fundamentales y veintiocho cláusulas explicativas para su aplicación. Para una explicación más detallada del proceso de elaboración del Convenio de Ginebra vid. **Cots i Moner, Jordi**, op. cit. págs. 91-92.

³³³ Tal y como nos narra **Faubell, Vicente**: "Notas históricas acerca de los derechos del niño - Antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 -: Antecedentes doctrinales. Antecedentes sociocaritativos y filantrópicos. Antecedentes jurídicos" en *Derechos del Niño*. Madrid, 1990, Ed. Cruz Roja Española, Dossier n°. 9, pág.60, el bloqueo impuesto por los aliados a los vencidos fue el origen del juicio que el Tribunal de Mandion House, de Londres, celebró contra Eglantine Jebb. Ésta publicó sin permiso del censor e hizo distribuir una octavilla con la fotografía de un niño austriaco extenuado. Como éste morían de hambre en Europa a consecuencia del bloqueo más de cuatro millones de niños. El Tribunal declaró culpable a la acusada y la multó con cinco libras. Pero el juicio fue la mejor publicidad de un "Fondo para salvar a los niños" que pronto logró enviar a Viena gran cantidad de socorros. El 6 de enero de 1920, estableció en Ginebra, amparada por el Comité Internacional de la Cruz Roja que dirigía Gustavo Ader, la Unión Internacional para Salvar a los Niños.

elección corrió a cargo de Eglantyne Jebb quien se decantó por la segunda de estas fórmulas, más vigorosa y contundente. Sugirió, asimismo, que se adoptase el título de "*Declaración de Ginebra*", que se introdujera un Preámbulo explicativo al texto, y que, a continuación, se precisaran las principales directrices que debían informar a partir de ese preciso instante toda intervención con niños, niñas y adolescentes³³⁴.

En efecto, la Declaración consiste en un documento sucinto, simple y redactado en un lenguaje directo que recoge las necesidades más elementales de la infancia y la adolescencia. Cinco son concretamente los principios comprendidos en la Carta ginebrina³³⁵:

1. Poner al niño en condiciones para un normal desarrollo físico y espiritual. En este primer punto se recoge una referencia clara al desarrollo integral y armónico de la personalidad del niño.
2. Alimentar al niño que tenga hambre; atender al niño en caso de enfermedad; ayudar al niño que vaya atrasado; enderezar al niño que esté desviado; recoger y socorrer al huérfano y al abandonado³³⁶.
3. Dar prioridad a la infancia a la hora de prestar auxilio en casos de desastre.

³³⁴ **Cots i Moner, Jordi**, op. cit. págs. 92-94.

³³⁵ **Cots i Moner, Jordi**: "Els educadors defensors dels drets de l'infant", en Conferencia de inauguración del curso 1997-1998. Barcelona, 1997, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, págs. 10-11.

³³⁶ Para **Gutiérrez García, C. y Martí Sánchez, J.M.**, op. cit. pág. 32, la Declaración de 1924 se limitaba a defender de modo general a la infancia, sobre todo evitando sus carencias: hambre, analfabetismo. Similar opinión presenta **Van Bueren, Geraldine**: *The international law on the rights of the child*. London, 1998, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, pág. 7, al apuntar que aunque la Declaración lleva por rúbrica "los derechos del niño", ésta se preocupa fundamentalmente de la provisión de las necesidades económicas, psicológicas y sociales de los niños, de ahí que su lenguaje sea especialmente apropiado al campo del bienestar infantil.

4. Poner al niño en condiciones de ganarse su subsistencia y protegerlo contra la explotación.

5. Educar al niño en el sentimiento que ha de poner sus mejores cualidades al servicio de sus hermanos³³⁷.

El futuro que habría podido tener la Declaración de Ginebra se vio frustrado por el estallido de la Segunda Guerra Mundial³³⁸. Finalizado este conflicto, y teniendo muy recientes sus dramáticas consecuencias, las Naciones Unidas elaboraron la Declaración Universal de los Derechos Humanos³³⁹.

³³⁷ El médico y pedagogo **Korckzak, Janusz**: El dret de l'infant al respecte, Col·lecció Textos Pedagògics n.º 40. Vic, 1999, Ed. Eumo, pág. 403, se muestra bastante crítico con la Declaración de Ginebra de 1924 al considerar que los legisladores ginebrinos confundieron las nociones de derechos y deberes: el tono que se emplea en la misma es más de plegaria que no de exigencia. Es una llamada a la buena voluntad, una petición de comprensión. Por su parte **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. pág. 2915, considera que el niño aparece en esta Declaración como si fuera un ser aislado sin relación con algún elemento social que deba encargarse de sus cuidados. Concretamente, no se precisa quien debe asumir los deberes correlativos a los derechos del niño, no se menciona si debe hacerse cargo de él el Estado, la familia, no se precisa algo tan fundamental. Los redactores de la Declaración se contentaron con atribuir a la Humanidad la labor de dar lo mejor a los niños, pero la Humanidad es un concepto demasiado abstracto para imponerle obligaciones o exigirle responsabilidades en concreto. Esta misma línea crítica con el texto ginebrino es seguida por **Meirieu, Philippe**, op. cit. págs. 11-12.

³³⁸ **Van Bueren, Geraldine**, op. cit. pág. 9, nos recuerda que la Declaración de Ginebra fue reafirmada por la Sociedad de Naciones en 1934 y que múltiples Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a incorporar sus previsiones en sus legislaciones nacionales. El Ministro francés de Instrucción Pública, sin ir más lejos, ordenó que una copia de la Declaración fuera entregada a todos los centros escolares del país. También se cita expresamente como texto de referencia en el campo de la protección del niño/a en el artículo 43 de la Constitución de la II República española, en los siguientes términos: "El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de derechos del niño".

³³⁹ **Verhellen, Eugene**: "Children's rights in Europe. An overview and a framework for understanding" en el Seminario Europeo "The right of the child to privacy", celebrado en Amsterdam del 15 al 24 de septiembre de 1998 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights. Amsterdam, 1999, Ed. University of Amsterdam, págs. 1-3.

También para dar respuesta a los devastadores efectos de la Segunda conflagración mundial la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1946 creó el UNICEF para responder a las necesidades más urgentes de la infancia en Europa. En un principio, este organismo recibió el nombre de Fondo de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia – de ahí sus siglas UNICEF -, pues había surgido de la fusión de dos asociaciones, que a su vez habían pertenecido a la Sociedad de Naciones: la ya mencionada Union Internationale de Secours aux Enfants - UISE - y la Unión Internacional de Protección a la Infancia - UIPE -. En octubre de 1953, la organización se convirtió en una entidad permanente del sistema de las Naciones Unidas, modificando su denominación por la actual Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, manteniendo sus siglas y con un papel más amplio: responder a las necesidades a largo plazo de los niños, niñas y adolescentes que viven en la pobreza en los países en vías de desarrollo³⁴⁰.

1.1.2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París el 12 de diciembre de 1948, en su resolución 217 A (III). De los cincuenta y ocho miembros que entonces formaban las Naciones Unidas³⁴¹, cuarenta y ocho votaron a favor, ninguno en contra, dos estuvieron ausentes - Honduras y Yemen - y ocho se abstuvieron³⁴².

³⁴⁰ **Lázaro González, Isabel**, op. cit. pág. 75.

³⁴¹ La Conferencia de San Francisco reunida los días 25 y 26 de septiembre de 1945, adoptó la Carta constitutiva de las Naciones Unidas, y el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia.

³⁴² **Luís Cardona, Francesc**: El reconocimiento de los derechos humanos desde la antigüedad hasta hoy. Barcelona, 1998, Ed. Asociación para las Naciones Unidas en España, págs. 38-40.

De su contenido, teniendo presente que esta Declaración es de plena aplicación a los/as niños/as como seres humanos que son³⁴³, tan sólo podemos extraer tres menciones relacionadas directa o indirectamente con los derechos de la infancia y la adolescencia: la atención a la familia; la defensa de una serie de derechos de carácter cultural cuyo primer destinatario es el niño; y la necesidad de una especial protección a la maternidad y a la infancia³⁴⁴.

El especial cuidado que debe prodigarse a la familia reconocida en el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como "el elemento natural y fundamental de la sociedad", supone que las comunidades organizadas en general y los Estados en particular, establezcan mecanismos por los que se dote a esta institución de una singular protección y se de amparo a todos sus miembros, muy en especial a sus integrantes más vulnerables: los niños.

Por su parte, la defensa de los derechos de carácter cultural queda recogida en el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se especifican los siguientes aspectos:

- a) Garantizar el acceso de todo individuo a la cultura. Supone procurar que en los distintos países la legislación asegure para todos los nacionales, al menos, una instrucción elemental y fundamental, que sea gratuita y obligatoria.

³⁴³ **Villagrasa Alcaide, Carlos (Coord.):** Explotación y protección jurídica de la infancia. Resumen de las Jornadas sobre explotación y protección jurídica de la infancia 1998. Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme. Barcelona, 1998, Ed. Cedecs, pág. 87, afirma que la Declaración Universal de los Derechos Humanos no realiza una especial referencia a los derechos del menor, ya que éste, como cualquier otro ser humano, es titular de los derechos enunciados en ella. Establece su artículo 2.1: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

³⁴⁴ **González, Stella Maris:** La protección de la Infancia en el marco del Derecho Internacional. Madrid, 1991, Ed. Cruz Roja Española, págs. 35-36.

- b) El fin de la educación no es otro, para la Declaración, que obtener el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos, y el fomento del amor fraternal entre los hombres. Estos dos objetivos no se consiguen, si no es a través de una educación integral, que debe abarcar tanto la instrucción moral como la religiosa.
- c) En cualquier caso, la legislación además de buscar la educación integral del hombre, debe basarse en la libertad, y ésta desaparecerá si no se respeta el derecho de los padres en cuanto al tipo de educación que desean elegir para sus hijos.

Por último, recordar que el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos estatuye que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Así como que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social³⁴⁵.

A partir de los parámetros fijados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos - DUDH -, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC - como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - PIDCP -, de 16 de diciembre de 1966, trataron de desarrollar y precisar a través de obligaciones jurídicas concretas los derechos enunciados en la Declaración; en ellos, y al igual que acaecía la DUDH, la persona menor de edad es titular de todos y cada uno de los derechos reconocidos, si bien en ambos Tratados internacionales se observa un mayor nivel de precisión respecto a ciertas particularidades que exige el principio de especial protección del menor. Así, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se articula la necesidad de adoptar

³⁴⁵ Para un comentario exhaustivo de este artículo vid. **Blanc Altemir, Antonio**: La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Barcelona, 1998, Ed. Icaria, págs. 404-420.

medidas especiales respecto a niños, niñas y adolescentes, entre las que se encuentran: la protección contra la explotación económica y social, la sanción contra quien les emplee en trabajos perniciosos para su moral, salud, vida o desarrollo normal, y la prohibición del trabajo por debajo de cierta edad - artículo 10.3 -; por lo que al derecho a la salud se refiere, la adopción de medidas para reducir la mortalidad infantil y permitir el desarrollo sano de los niños, niñas y adolescentes - artículo 12.2a -; y, finalmente se desarrolla el derecho a la educación - artículos 13 y 14 -.

Por su parte, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en relación al derecho a la vida, prohíbe la imposición de la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años - artículo 6.5 -; en el sector de los derechos de las personas privadas de libertad, establece el principio de que tanto los menores procesados como penados deberán estar separados de los adultos - artículo 10.2b y 3-; en lo referente al derecho a un juicio justo, afirma que en el procedimiento penal aplicable a los menores de edad se tendrá en cuenta su minoridad y el interés de su readaptación social - artículo 14.4 -; también se prevé la adopción de medidas de protección de los hijos ante la disolución del matrimonio - artículo 23.4 -; y el derecho de todo niño a recibir las medidas de atención que como tal precise, y cuya adopción corresponde a la familia y al Estado, así como los derechos a ser inscrito tras el nacimiento o a adquirir una nacionalidad - artículo 24 -.

1.1.3. La Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959

Asimismo, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas quisieron redactar su propia Carta para la infancia, y el día 20 de noviembre de 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Niño - Resolución 1386 (XIV) de la Asamblea General de las

Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959 -. Esta declaración³⁴⁶, a pesar de partir de los principios previamente adoptados en la Declaración de Ginebra, es más progresiva y progresista en sus contenidos que su antecedente, no sólo porque refleja la considerable evolución que se había producido desde el año 1924 en el campo de la protección a la infancia, sino que, además, fue completada y ampliada con otros principios³⁴⁷ que transformaron este documento en una verdadera Carta de las Naciones Unidas³⁴⁸.

Los trabajos de preparación del texto definitivo de la Declaración se extendieron durante un período de trece años - del año 1946 al año 1959 -. A lo largo de ese complejo y prolongado trámite, el redactado de la inicialmente llamada "Carta de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas" pasó por diversas fases de elaboración dirigidas cada una de ellas por diferentes órganos de las Naciones Unidas³⁴⁹.

³⁴⁶ **Veerman, P.E.**, op. cit. págs. 162-163 menciona que cuando es aprobada la Declaración de 1959 ya se había adoptado con anterioridad la Declaración Universal de Derechos Humanos, cosa que llevó en la primera fase de elaboración de la Declaración Universal de los Derechos del Niño a algunos delegados de la Comisión de Asuntos Sociales, en particular a los de Chile y Canadá, a rechazar la pertinencia de la Declaración, por reiterativa. Sin embargo, en 1957 - cuando la Comisión de Derechos Humanos asumió el asunto - todos los delegados acordaron que las especiales condiciones del menor hacían necesaria una Declaración especial, adicional de alguna forma a la Universal.

³⁴⁷ El **Documento E/CN.5/44, del 19 de febrero de 1948**, preparado por la División de Actividades Sociales del Secretariado de las Naciones Unidas, recopila un conjunto de textos que constituyen declaraciones o cartas de derechos del niño aparecidas con posterioridad a la del año 1924. Entre estos antecedentes - figuran al final del texto en forma de apéndices - se encuentran: la Carta Constitucional de la Infancia, conocida por la Carta de la Casa Blanca, aprobada en la Conferencia de la Casa Blanca, Washington, 1930; la Carta de la Infancia en Tiempos de Guerra, adoptada por la Oficina norteamericana de la Infancia, de 1942; la Carta de la Infancia para el Mundo de la Postguerra, adoptada por la Conferencia interaliada de expertos en materia de educación, celebrada en Londres el año 1942; y la Declaración de las Oportunidades Reconocidas al Niño, aprobada en el VIII Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Washington del 2 al 9 de mayo de 1942.

³⁴⁸ **Rico Pérez, Francisco**, op. cit. págs. 214-223. Para **Truyol y Serra, Antonio**: Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales. Madrid, 1977, Ed. Tecnos, pág. 37, la Declaración de 1959 es una de las Declaraciones relativas a los derechos humanos y según dicho autor, puede situarse dentro de la gran labor de reorganización de las instituciones internacionales iniciada tras la II Guerra Mundial.

³⁴⁹ **Van Bueren, Geraldine**: The international law on the rights of the child. London, 1998, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, pág. 12, relata la discusión que se entabló en el seno de la Comisión de Asuntos Sociales sobre cuál debía ser el título del documento. En los estadios iniciales del proyecto, la Declaración se conoció como Carta de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, título que Israel, en particular, quería mantener. Ello topó con la oposición de los Estados Unidos alegando que podía generar confusión sobre el carácter o no

Durante la primera de esas etapas, que comprende el lapso de 1946 a 1948, el trabajo principal corrió a cargo de la Comisión de Asuntos Sociales del Consejo Económico y Social³⁵⁰ - ECOSOC -. Este órgano colegiado empezó a trabajar sobre las bases del texto de 1924 - la Declaración de Ginebra -, al considerarlo como el documento de mayor relevancia del que se disponía en esos momentos³⁵¹.

En la segunda de las fases, que se extendió desde 1950 hasta 1951, la Comisión de Asuntos Sociales del ECOSOC, se acomodó al importante golpe de timón que supuso la presencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos - aprobada el 10 de diciembre de 1948 -, abandonando como método de trabajo, la tentativa de adaptar y transformar la Carta de 1924 - no obstante muchas influencias de la misma siguieron aún presentes -.

vinculante del texto. A partir de ese instante, la Comisión Social barajó tres posibles enunciados: resolución, proclama y declaración de los derechos del niño. Finalmente, la Comisión se inclinó por el término Declaración de los Derechos del Niño, en parte para enfatizar su estrecha conexión con su predecesora, la Declaración de 1924, y en parte para indicar su especial vinculación con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

³⁵⁰ El primer paso que dieron las Naciones Unidas para reemprender los trabajos que sobre protección de la infancia ya había iniciado años antes la Sociedad de Naciones fue, constituir en febrero de 1946, dentro del marco del Consejo Económico y Social, una Comisión Provisional de Asuntos Sociales, - que posteriormente abandonaría el calificativo de provisional -, compuesta por representantes de países europeos y sudamericanos, todos ellos Estados parte originarios de las Naciones Unidas.

³⁵¹ La Comisión de Asuntos Sociales estudió tres posibles opciones: reafirmar el redactado original de la Declaración de Ginebra, con el menor número de alteraciones textuales posibles; mantener la forma, estructura y contenido del documento de 1924, pero introduciendo ciertas modificaciones que lo transformarían en una verdadera Carta de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; o elaborar, partiendo de cero, una nueva propuesta. Finalmente, la Comisión acordó por doce votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones seguir la segunda de las vías. A título meramente ilustrativo podemos citar la propuesta norteamericana, favorable a la redacción de una nueva Carta teniendo en cuenta los principios de la Declaración de 1924, contenida en el **Documento E/CN.5/82, del 15 de abril de 1948**; y la defendida por la Unión Sudafricana, de mantener la forma, estructura y contenido de su antecedente ginebrino, contenida en el **Documento E/CN.5/91, del 19 de abril de 1948**.

Finalmente, durante el tercero de los momentos temporales anunciados, datado de 1957 a 1959, el texto redactado por la Comisión de Asuntos Sociales del ECOSOC fue remitido a la Comisión de Derechos Humanos. La labor de esta Comisión se desarrolló en dos etapas: un amplio debate general en su treceavo período de sesiones - mayo de 1957 -³⁵² y el estudio minucioso párrafo por párrafo del proyecto enviado por la Comisión de Asuntos Sociales - quinceavo período de sesiones; marzo-abril de 1959 -.

El encargo recibido del Comité Económico y Social, de pronunciarse sobre las cuestiones de principio y de contenido del documento marco elaborado por la Comisión de Asuntos Sociales, lo cumplió a la perfección la Comisión de Derechos Humanos en forma de un nuevo proyecto de Declaración, que remitió al mencionado Comité³⁵³ - ECOSOC-.

En el seno del ECOSOC, y tras largos debates, se decidió que el proyecto de Declaración fuera enviado sin sufrir modificación alguna a la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁵⁴.

³⁵² En este período de sesiones se admitió la interpretación amplia de la Resolución 309 C (XI) del ECOSOC, en el sentido de conferir a la Comisión de Derechos Humanos la facultad de redactar una nueva Declaración de Derechos del Niño.

³⁵³ En abril de 1959 - Resolución 5 (XV), de 8 de abril de 1959, adoptada durante la 640ª sesión de la Comisión de Derechos Humanos - la Comisión de Derechos Humanos envió su proyecto al ECOSOC, junto con el informe de su 15º período de sesiones - **Documento E/3229-E/ CN.4/789**, capítulo VII (Documentos oficiales de su 28º período de sesiones del ECOSOC, suplemento nº. 8) - . En él se contienen, confrontados, el texto de 1950 y el de 1959.

³⁵⁴ Resolución 728 C (XXVIII), de 30 de julio de 1959, 1088ª sesión plenaria del Consejo Económico y Social, 28º período de sesiones. La decisión se tomó por siete votos contra uno.

En su 803ª sesión plenaria, celebrada el 22 de septiembre de 1959, la Asamblea General asignó a la denominada Tercera Comisión - de asuntos sociales, humanitarios y culturales - el tema referente al proyecto de Declaración de los Derechos del Niño. El ECOSOC le había remitido el informe de los debates de la Comisión de los Derechos Humanos, que reproducían a su vez los textos preparados por la Comisión de Asuntos Sociales y por la Comisión de Derechos Humanos. La Tercera Comisión se encontraba pues ante dos proyectos. Pero, si bien es cierto que no en pocas ocasiones se barajó la posibilidad de acudir a la redacción formulada por la Comisión de Asuntos Sociales - había delegados que la preferían -, en realidad se tomó tan sólo en consideración el texto de la Comisión de los Derechos Humanos.

Finalmente, la Asamblea General consideró la propuesta acordada por la Tercera Comisión durante la sesión plenaria del 20 de noviembre de 1959³⁵⁵. Este texto - junto con una resolución de acompañamiento elaborada por Afganistán, instando a los gobiernos a reconocer los derechos contenidos en la Carta, luchar por su plena observancia y darles difusión - fue aprobado por unanimidad, convirtiéndose en la Resolución 1386 (XIV), de la 841ª sesión plenaria de la Asamblea General, de 20 de noviembre de 1959.

³⁵⁵ El 19 de octubre de 1959, la Tercera Comisión adoptó el texto de la Declaración por setenta votos a favor, ninguno en contra y dos abstenciones.

Los principios que sobre los derechos del niño proclama esta Declaración de 1959³⁵⁶ pueden sintetizarse en el siguiente esquema³⁵⁷:

1. Derecho a la igualdad, ya que los derechos del niño deben ser reconocidos a todos sin discriminación de raza, color o sexo.
2. Derecho a la vida, por constituir la existencia de la persona menor de edad un interés superior, tanto de la familia como de la sociedad³⁵⁸.
3. Derecho a la educación, gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales, para que sea posible desarrollar de forma integral y armónica la personalidad humana del niño³⁵⁹.

³⁵⁶ Para **Cots i Moner, Jordi**: "Los derechos humanos del niño", en **Marzal, Antonio (Coord.)**: Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto. Barcelona, 1999, Ed. J.M. Bosch, pág. 37, leer los debates de 1957, de la lenta elaboración de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, es como sorprender una conversación de adultos de buena voluntad a los cuales sus hijos les hubiesen preguntado sobre derechos y no saben cómo resolver el problema. "El niño no es un sujeto de derecho normal", "no es un ciudadano como los demás", reflexionaba el delegado francés Sr. Juvigny. Y el delegado británico, Sr. Samuel Hoare, decía como para sí mismo: "Es discutible hablar de derechos del niño en sentido jurídico. Son obligaciones morales de la sociedad, de los padres o del Estado, y no derechos personales". Y el delegado francés terciaba: "Aunque el niño sea un sujeto de derecho, por la misma naturaleza de las cosas se ve en la imposibilidad de ejercer directamente sus derechos, y ha de hacerlo por medio de los demás: los adultos, la familia y las asociaciones y los grupos privados o públicos que espontáneamente se ocupan de él". Estas observaciones reflejan lo que todavía en aquellos momentos pensaban muchas personas sobre los derechos de los niños.

³⁵⁷ Un comentario a cada uno de los Principios, diez en total, de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 lo encontramos en **Meliá Llácer, Reyes**, op. cit. págs. 2919-2924.

³⁵⁸ **Miret Magdalena, Enrique**: "Hacia una ley española del menor", comunicación presentada en las "Jornadas de estudio de la legislación del menor", celebradas en San Sebastián el 8 y 9 de septiembre de 1984. Madrid, 1985, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores. Ministerio de Justicia, pág. 12, entiende que no puede haber aplicación de nuestra legislación actual y de nuestra Constitución, ni ningún ejecutor de la misma, ni tampoco ningún orientador de nuestra Obra que puedan olvidar el principio rector de toda su acción: el bien del menor. No el bien de los padres; sino el del niño. Dicho autor realiza dichas manifestaciones tomando como punto de referencia la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

³⁵⁹ **Rochefort, Christiane**, op. cit. pág. 97, se muestra bastante crítica con la visión que de la infancia nos ofrece esta Declaración de 1959. En particular, está especialmente contrariada con la redacción de este principio, al que llega a la calificar como monstruo gramatical que hubiera debido estremecer a sus creadores

4. Derecho a la libertad, bajo el aspecto de que debe el niño gozar de la protección adecuada contra toda forma de crueldad y explotación. Hay que tener presente que unos años antes, concretamente el 30 de abril de 1956, se adoptó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. En ella se especifican toda una serie de prácticas que se equiparan a la esclavitud por su repugnancia, y entre las que se incluyen algunas relacionadas con la infancia y la adolescencia.

5. Derecho a la prioridad, ya que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro³⁶⁰.

6. Derecho a la salud física, intelectual y moral, porque el niño debe disfrutar de la necesaria asistencia familiar y social.

7. Derecho al afecto, es decir, a unas actitudes de amor y comprensión por parte de sus padres y de sus educadores.

8. Derecho a la formación cívica, ya que el niño debe recibir la formación necesaria que le permita actuar con responsabilidad.

a la primera lectura, si se hubiera leído desde el punto de vista de los/as niños/as. En cambio, concluye dicha autora, la frase es de todo punto correcta si se lee para el uso exclusivo de los adultos, a los que se refiere la obligación – de la educación – y el beneficio de la gratuidad.

³⁶⁰ **Van Bueren, Geraldine**, op. cit. pág. 11, identifica una clara diferencia de matiz entre el redactado de la Declaración de 1924, que establece que "los niños deben ser los primeros en recibir ayuda", y la Declaración de 1959 que se pronuncia estableciendo que "los niños deben figurar entre los primeros que reciban protección y ayuda".

9. Derecho a una orientación profesional, que le posibilite después ejercer, con vocación, una profesión en su futura vida social.

10. Derecho a beneficiarse y servirse de las técnicas publicitarias, informativas y formativas de los medios de comunicación - televisión, radio y prensa en aquellos momentos -.

11. Derecho al trabajo, al juego y al ocio, debiendo disponer de recursos y medios idóneos a sus edades conforme a las condiciones físicas y psíquicas.

Una vez analizados los puntos esenciales tanto de la Declaración de Ginebra como de la Declaración Universal de los Derechos del Niño, es importante destacar dos características comunes identificativas de ambos textos internacionales³⁶¹.

En primer lugar, ninguno de ellos tiene carácter o fuerza vinculante³⁶². Por ello se muestran en forma de meras Declaraciones, es decir, como textos que recogen manifestaciones de voluntad, intenciones, propósitos y principios programáticos de actuación³⁶³, que si se quiere sujetan moralmente a los Estados que las adoptan, pero

³⁶¹ **Cots i Moner, Jordi**: "Les nostres lleis sobre infància", en Revista de Trabajo Social, nº. 143, Septiembre 1996, pág. 7.

³⁶² **Mayor del Hoyo, M^a. Victoria**: "En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño", en Derecho Privado y Constitución, nº. 7, Septiembre-Diciembre 1995, pág. 136, entiende que estas Declaraciones tenían más bien carácter programático y únicamente estaban dotadas de fuerza moral. De esa misma opinión es **Carreras, Mercedes**: "Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989" en **Ballesteros, Jesús (Ed.)**: Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujetos. Madrid, 1992, Ed. Tecnos, págs. 189-190.

³⁶³ El **Comité belge pour l'UNICEF**: Les droits de l'enfant: cela vous concerne aussi. Guide de formation sur les droits de l'enfant. Bruselas, 1998, Publication du Comité belge pour l'UNICEF, pág. III-4, nos recuerda que a pesar de no tener el carácter obligatorio de un acuerdo internacional, el texto de ambas Declaraciones ha tenido una importante influencia universal, ya que los principios que contienen no han pasado ni pasarán desapercibidos a la conciencia del mundo actual. En este mismo sentido, se pronuncia **Longobardo, Tilde**: "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo", en Il Diritto di Famiglia e delle Persone, nº. I, Enero 1991, pág. 374, al referirse a la Declaración de 1959, afirmando que "*merita ricordare che le dichiarazioni internazionali, malgrado non siano vincolati né per gli Stati, né per gli individui, sono documenti a volte di*

en ningún caso les generan obligación jurídica o responsabilidad internacional alguna³⁶⁴.

En segundo término, el conjunto de principios que contienen están centrados única y exclusivamente en aspectos protectores de la infancia y la adolescencia, sin ofrecernos en ningún momento una imagen global de la misma³⁶⁵. Ambas Declaraciones se refieren y van dirigidas tan solo a la *infancia en situación de riesgo*³⁶⁶, dejando fuera al resto de los niños, niñas y adolescentes. Ello ha llevado a algunos autores a calificar estos textos como de buenos decálogos comprensivos de los deberes de los adultos para con las personas menores de edad, consideradas

grandissima portata, provenendo da tanti e dissimili Paesi. Con la forza della loro autorità morale proclamano principi che saranno anche di propulsione per la creazione di norme giuridiche nei vari Paesi". Idéntica postura adapta el **Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya**: Dictamen nº. 195. Dictamen solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación con el Dictamen de la Comisión de Política Social y las enmiendas y votos particulares reservados para defender en el pleno, sobre el Proyecto de Ley de atención y protección de la infancia y la adolescencia. Ed. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, págs. 117-118, al reconocer que a pesar de que la Declaración del año 1959 no tiene aplicación directa ni carácter obligatorio para los Estados, no puede dudarse de su valor interpretativo, tanto de la Convención de los Derechos del Niño como de los derechos de la infancia reconocidos en la normativa interna de aquellos países que, como España, la han ratificado.

³⁶⁴ **Cots i Moner, Jordi**: "La necesidad de un ombudsman para la infancia", en Revista de Trabajo Social, nº. 141, 1996, pág. 28, afirma que cuando se aprobó la Carta de las Naciones Unidas de 1959, muchos países hubiesen preferido ya entonces, un texto obligatorio. La eficacia de la Declaración debía confiarse a la educación, a la persuasión, al ejemplo y al convencimiento. Por eso, el mismo día en que fue adoptada, se aprobó otra Resolución que contenía una cláusula difusora por la que se instaba a los padres, a los hombres y mujeres individualmente, a las organizaciones privadas y a los gobiernos, a reconocer los derechos contenidos en la Declaración y a trabajar para que fueran respetados.

³⁶⁵ **Rodríguez Mateos, Pilar**, op. cit. pág. 467, refiriéndose a la Declaración de 1959 afirma que mientras que esta última Declaración se centra en las particulares necesidades y derechos del niño como persona diferenciada del adulto, la Convención de 1989 excede estos límites. Por su parte, **Meirieu, Philippe**, op. cit. pág. 15, califica la Convención Internacional de los Derechos del Niño como un texto de indignación y rebelión. Dicho autor considera imposible educar sin creer y sin esperar; es decir, sin indignarse ante el estado en el que se encuentra el bien más preciado de la humanidad, su infancia.

³⁶⁶ **Dávila Balsera, Paulí** y **Naya Garmendia, Luis M^a**, op.cit. pág. 102, entienden que la Declaración de Ginebra de 1924 se inspira todavía en una mentalidad de ayuda y protección, más que en la de considerar a los niños y niñas como sujetos de derecho. De la misma opinión es **Ravetllat Ballesté, Isaac**: "New steps towards children's rights", en Seminario Europeo "Poverty, social exclusion and the right to optimal development", celebrado en Girona del 8 al 17 de septiembre de 1999 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights, Ed. Universitat de Girona, Girona, 2000, pág. 129.

débiles, ignorantes e incapaces de actuar por sí. Sólo en aquellas situaciones en que el menor sea víctima - pasiva - de algún mal, la sociedad adulta pondrá en funcionamiento sus mecanismos e instituciones paternalistas de atención y guarda - derechos de supervivencia - para garantizar su desarrollo integral. Así, se viene a confirmar el estatuto de protegido y la discriminación que sufren las personas por razón de su edad. En otras palabras, estaríamos realmente ante dos Declaraciones de la Dependencia del Niño³⁶⁷.

1.2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CONTENIDO Y CARACTERES

El Gobierno de Polonia el 7 de febrero de 1978 presentó a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - en su 34 período de sesiones; marzo de 1978 - el texto de un borrador de tratado internacional sobre los derechos de la niñez, con vistas a su adopción durante el año 1979, Año Internacional del Niño³⁶⁸. Este documento inicial constaba de diecinueve artículos. Se trataba de una ampliación y reformulación de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959. Los aspectos más remarcables que podemos aducir del mencionado borrador son los enumerados a continuación³⁶⁹:

³⁶⁷ Para **Bevan, H. K.**: Child Law. London, 1989, Ed. Butterworths, pág. 11, la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de Naciones Unidas de 1959 únicamente se referían a las necesidades materiales de los niños. En este mismo sentido se pronuncia **Rochefort, Christiane**, op. cit. págs. 96-97.

³⁶⁸ Tal y como documentan **Detrick, Sharon; Doek, Jaap y Cantwell, Nigell (Ed.)**: The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the Travaux Préparatoires. Dordrecht, 1992, Ed. Martinus Nijhoff Publishers, págs 20-21, la única posibilidad de que dicha propuesta pudiera ser elevada a la categoría de tratado internacional durante el año 1979, pasaba por utilizar como documento base un texto ya existente: la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

³⁶⁹ Vista esa propuesta inicial apunta **Flekkoy, Maalfrid Gruede**, op. cit. pág. 9, el propio año 1979 se creó en Ginebra, a petición de la Asamblea General y de la Comisión de Derechos Humanos, un Grupo de Trabajo de composición no cerrada con el fin de elaborar una Convención partiendo del texto polaco, que sería utilizado como documento básico. El borrador de Convención tardó prácticamente diez años en ser elaborado. Surgieron problemas entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, así como entre los países del Este y los países del Oeste. Finalmente el texto de la Convención fue propuesto y adoptado por

1. En su Preámbulo se contenía una evocación a la "*protección legal adecuada - al niño -, tanto antes como después de su nacimiento*", copia literal de la comprendida en el Preámbulo de la Declaración de 1959 y que tanta polémica había suscitado en el momento de su aprobación.
2. También el propio Preámbulo concluía con otra controvertida expresión referida a que "*la humanidad debe a la infancia lo mejor de ella*". Esta alusión presentaba dificultades a la hora de depurar responsabilidades, ya que la locución *humanidad* era excesivamente ambigua y abstracta.
3. El artículo primero no contenía una clara definición de qué debía entenderse por niño/a. Incurriendo, nuevamente, en el mismo error o carencia que sus Declaraciones predecesoras.
4. Se formulaba el principio del interés superior del niño, pero no como una regla general autónoma e independiente, sino ligada a dos ámbitos específicos: la protección debida a la infancia; y la crianza y educación de los niños, niñas y adolescentes.
5. Reproducía en su articulado la polémica previsión de que un/a niño/a de corta edad no debía, salvo circunstancias excepcionales, ser separado de su madre.
6. El mecanismo o técnica de control y evaluación del articulado convencional previsto, estaba basado en un sistema de informes que debían presentar los Estados parte, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del texto y posteriormente de forma periódica cada cinco años. Estos documentos tenían que

unanimidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, diez años después del Año Internacional del Niño, y exactamente treinta años después que la Asamblea General adoptase la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959.

librarse al Consejo Económico y Social - ECOSOC -; órgano que, una vez los analizara, restaba obligado a emitir unas observaciones y recomendaciones.

La respuesta de los representantes gubernamentales ante esta propuesta polaca fue variopinta. Un grupo de Estados, entre ellos Austria, Bélgica, Dinamarca, República Federal Alemana, Grecia, Holanda, Noruega, Suecia, Reino Unido y Francia, consideraron que no era suficiente con transferir las directrices contenidas en la Declaración de 1959 a un tratado internacional. Entendían que estos principios estaban redactados de una forma vaga y se dejaban muchos aspectos sin abordar.

Además, argumentaban que durante el Año Internacional del Niño existía la previsión de generar un gran volumen de documentación y de abrir el debate sobre la materia. Por ello, era mejor esperar a obtener todo ese material - tras el año 1979 - para iniciar los trámites de la futura Convención. Sin embargo, otros Estados, tales como Bulgaria, Bielorrusia, Colombia, Perú, Barbados y Sudáfrica, apoyaron sin más la iniciativa de Polonia³⁷⁰.

Ante esta disyuntiva la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió en su 1479 Sesión³⁷¹ crear un "*Open-ended working Group*" - un grupo de trabajo abierto - encargado de analizar el borrador de Convención presentado por el Estado polaco, así como el resto de documentación aportada por las delegaciones estatales, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales al

³⁷⁰ Tal circunstancia la encontramos documentada en el informe presentado por el Secretario General de las Naciones Unidas en cumplimiento de la Resolución 20 (XXXIV) de la Comisión de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 1978, **Documento E/CN.4/1324, de 27 de diciembre de 1978**, págs. 1-24. Por su parte, una veintena de organizaciones no gubernamentales para mostrar su posicionamiento ante la propuesta polaca elaboraron un documento - **Documento E/CN.4/NGO/225, de 23 de febrero de 1978** - en que plasmaron su voluntad conjunta de entender que era mejor esperar a la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño una vez hubiera transcurrido el Año Internacional del Niño - 1979 -, con la finalidad de aprovechar los informes, estudios y experiencias que se realizaran durante ese año conmemorativo.

³⁷¹ Vid. en este sentido del **Documento E/CN.4/SR. 1479**.

respecto³⁷². Este grupo especial de trabajo tuvo sus primeras reuniones durante los meses de febrero y marzo de 1979 y extendió sus tareas hasta inicios del año 1989³⁷³.

Dos fueron los principales temas que centralizaron las discusiones habidas en el seno del Grupo de Trabajo: en primer lugar, tratar de delimitar el momento preciso en que debían iniciarse las tareas de elaboración y redacción del texto de la Convención, si era oportuno que se acometiera inmediatamente o era mejor postergarlo hasta después del Año Internacional del Niño; y, en segundo término, acordar cual era el peso específico que correspondía atribuirle al borrador presentado por el Estado polaco - fundamentado esencialmente en la Declaración de 1959 -. Con base en toda esa información disponible, en particular la remitida por el Grupo de Trabajo³⁷⁴, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió en su Resolución 19 (XXXV), de 14 de marzo de 1979, considerar inviable la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño durante el Año Internacional - 1979 - y decidió proseguir de manera prioritaria durante su 36 período de sesiones con el tema.

³⁷² La documentación básica con la que inició su trabajo el *Open-ended Working Group* estuvo constituida por el Informe del Secretario General sobre la cuestión de la Convención sobre los Derechos del Niño - **Documento E/CN.4/ 1324 and Corr. 1 and Add. 1-4** -; el Informe del 34 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, que contenía el borrador inicial presentado por Polonia - **Documento E/CN.4/1292, de 8 de marzo de 1978** -; y las aportaciones de Canadá, Francia, República Federal Alemana, Noruega, Polonia, Suecia, Reino Unido y Estados Unidos.

³⁷³ En la primera de sus reuniones Mr. Adam Lopatka - Polonia - fue escogido como presidente del Grupo.

³⁷⁴ Todas las discusiones y los acuerdos alcanzados en el seno del Grupo de Trabajo durante el 35 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos se encuentran documentadas en el Informe del *Open-ended Working Group*, elaborado durante el 35 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas - **Documento E/CN.4/L. 1468** -.

El *Open-ended working Group* continuó con su cometido durante los subsiguientes años - su último encuentro tuvo lugar el 23 de febrero de 1989 - hasta conseguir elevar a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una propuesta firme de texto de Convención sobre los Derechos del Niño³⁷⁵. Proyecto que, a su vez, una vez examinado por la mentada Comisión, fue presentado para su aprobación a la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó, por unanimidad, la Convención sobre los Derechos del Niño, quedando abierta a la firma de los Estados el 20 de enero de 1990 y entrando en vigor el 2 de septiembre del mismo año³⁷⁶. Para España, su entrada en vigor se produjo el día 5 de enero de 1991³⁷⁷.

El texto, gestado a partir de las propuestas del Gobierno polaco ha quedado, en su versión definitiva, estructurado en tres grandes bloques³⁷⁸: el Preámbulo, que esboza los principios básicos fundamentales; el articulado, que define las obligaciones de los Estados Partes y, por último, las disposiciones de ejecución, que establecen,

³⁷⁵ Para seguir de manera detallada la evolución de los debates acontecidos en el seno del Grupo de Trabajo y la paulatina transformación que fue sufriendo el texto del proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño a lo largo de los años vid. los siguientes informes: **Report 1979 Working Group E/CN.4/L.1468; Report 1980 Working Group E/CN.4/L.1542; Report 1981 Working Group E/CN.4/L.1575; Report 1983 Working Group E/CN.4/1983/62; Report 1984 Working Group E/CN.4/1984/71; Report 1985 Working Group E/CN.4/1985/64; Report 1986 Working Group E/CN.4/1986/39; Report 1987 Working Group E/CN.4/1987/25; Report 1988 Working Group E/CN.4/1988/28; y Report 1989 Working Group E/CN.4/1989/48.**

³⁷⁶ Su entrada en vigor tuvo lugar un mes después de haber sido ratificada por el vigésimo Estado, adquiriendo a partir de esa fecha el carácter de Tratado internacional para los primeros veinte Estados ratificantes - artículo 49.1 de la propia Convención de 1989 -. Para el resto de los Estados, la Convención entra en vigor treinta días después de que procedan a su ratificación o adhesión, en virtud de lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 49.

³⁷⁷ **Boletín Oficial del Estado, n.º. 313, de 31 de diciembre de 1990.**

³⁷⁸ **González, Stella Maris, op. cit. págs. 51-54.**

además de las condiciones para su entrada en vigor, la forma de verificarse y promoverse el cumplimiento de sus disposiciones³⁷⁹.

La Convención es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido en toda la historia. Todos los países del mundo excepto dos han ratificado sus disposiciones. A fecha de mayo de 2012, son 193 los Estados que han ratificado o se han adherido a ella. Estados Unidos de América y Somalia han firmado el texto de la Convención - el primero el 16 de febrero de 1995 y el segundo el 9 de mayo de 2002 - pero todavía no han procedido a su ratificación³⁸⁰. Asimismo, el texto de la Convención ha supuesto un gran paso hacia adelante porque, por primera vez, se recogen por escrito en un único documento todos los derechos de la niñez³⁸¹. Se han señalado, no obstante, algunos inconvenientes o efectos negativos inherentes a ese proceso de ratificación tan rápido y masivo. En efecto, el que los Estados hayan asumido con tanta naturalidad los mandatos contenidos en este Tratado internacional obedece, sin lugar dudas, a que sus preceptos están redactados de una forma abierta,

³⁷⁹ **Rodríguez Mateos, Pilar**, op. cit. pág. 465.

³⁸⁰ Para un seguimiento exhaustivo y actualizado de cuál es el estado de ratificaciones del Convenio de 1989, así como de sus tres Protocolos facultativos, acudir a la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; <http://www.ohchr.org/>

³⁸¹ La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 25 de mayo de 2000 dos Protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263: el Protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados y el Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Respecto al primero de los Protocolos facultativos referente a la participación de menores en los conflictos armados, a fecha de mayo de 2012, 129 países lo han firmado y 147 lo han ratificado, entrando en vigor el 12 de febrero de 2002. Por lo que al segundo de los Protocolos facultativos se refiere, igualmente a fecha de julio de 2012, 119 países lo han firmado y 156 lo han ratificado, entrando en vigor el 18 de enero de 2002. Posteriormente en el tiempo, la propia Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó un tercer Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño en Resolución A/RES/66/138, de 19 de diciembre de 2011, relativo a un proceso de comunicaciones, en virtud del cual se recoge la posibilidad de que los individuos, grupos o sus representantes, que aleguen que sus derechos han sido conculcados por un Estado que sea parte de la Convención puedan presentar una comunicación ante el Comité de los Derechos del Niño, siempre que el Estado haya aceptado su procedimiento y que los demandantes hayan agotado los recursos internos. Este tercer Protocolo facultativo ha sido abierto a la firma el 28 de febrero de 2012 y entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o adhesión. A mayo de 2012, 21 países han procedido a su firma, entre ellos España - 28 de febrero de 2012 -.

amplia e incluso ambigua que, si bien es cierto, permiten su fácil adaptación a las diferentes realidades o contextos en que deben ser aplicados, también denota una cierta percepción de que nos hallamos ante disposiciones con un ligero carácter programático, en otras palabras, que comprometen en bien poco a los Estados que las han asumidos como propias. Si a ello, además, le unimos la circunstancia de que el mecanismo de control previsto por la propia Convención es un instrumento sin poder coactivo alguno sobre los Estados partes, nos proporciona como resultado la aceptación cuasi universal de sus previsiones.

De hecho las reservas y declaraciones interpretativas presentadas al articulado de la Convención son abundantes³⁸². La facultad de los Estados de formular reservas en el momento de la ratificación o de la adhesión, reconocida expresamente en el artículo 51 del Tratado internacional, ha sido reputada como otra de las insuficiencias significativas del texto de la Convención³⁸³. Hay que señalar, por ejemplo, que la Convención sobre los Derechos del Niño guarda silencio sobre el efecto legal atribuido a esas reservas, cuando pudiera haber indicado de forma expresa a qué disposiciones del mencionado tratado internacional pueden las partes formular reservas sin que ello suponga un atentado contra su objeto y finalidad³⁸⁴.

³⁸² En la nota del Secretario General sobre reservas, declaraciones y objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1999 aparecen declaraciones y reservas formuladas por 69 países. **Documento CRC/C/2/Rev.8, de 7 de diciembre de 1999**. Un análisis exhaustivo sobre las concretas reservas formuladas por España a la Convención de los Derechos del Niño puede consultarse en **Chueca Sancho, Ángel G.**: "Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos", Tomo XIX, en Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia, abril - junio 1992, págs. 331-332.

³⁸³ En este sentido se expresa **Carrillo Salcedo, Juan Antonio**: "Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, págs. 93-98.

³⁸⁴ **Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis M^a**, op.cit. pág. 106.

Una vez perfilado el largo y laborioso proceso de elaboración proseguido por la Convención sobre los Derechos del Niño, procedemos a continuación a mencionar cuáles son, a nuestro entender, los caracteres más destacados del Convenio que ha significado un antes y un después en el pleno reconocimiento de la niñez como agente activo en el desarrollo integral de su personalidad.

En primer lugar, subrayar que nos encontramos ante un documento con fuerza jurídica obligatoria. Así, cuando un Estado ratifica el texto de la Convención queda automáticamente vinculado al respeto de su articulado³⁸⁵.

Este carácter vinculante ha de entenderse íntimamente conectado con la consideración de la persona menor de edad como ser autónomo: el hecho de que el documento que recoge sus derechos sea un instrumento jurídico, y no una mera declaración de buenas intenciones, indica que las pretensiones que puedan tener los niños para la protección de sus derechos no sólo interesan a la humanidad en general, sino que vinculan a los Estados signatarios de la Convención³⁸⁶. Este último inciso se completa con la consideración de este Tratado internacional como una norma *self-executing* o de ejecución inmediata. La aplicabilidad directa de sus preceptos se opera, por tanto, sin necesidad de medidas normativas nacionales de

³⁸⁵ Entiende **Carreras, Mercedes**, op. cit. pág. 190, que la doctrina española caracteriza a las Declaraciones como "*Derecho blando*" - soft Law -, en contraposición a las Convenciones que constituyen "*Derecho fuerte*" - hard Law -, en la medida en que la Declaración no obliga a los Estados y constituye una mera definición del pensamiento de las Naciones Unidas respecto a los derechos del niño, mientras que las Convenciones tienen carácter obligatorio y por ello requieren una decisión activa de los Estados que las ratifican.

³⁸⁶ **Bucher, Andreas**: *L'enfant en Droit international privé*. Ginebra, 2003, Ed. Helbing y Lichtenhahn, págs. 4-6, destaca la influencia de los derechos fundamentales del hombre sobre las reglas del Derecho internacional privado, en particular en las que se aplican en el ámbito de la familia. A continuación, este autor desarrolla los efectos de los artículos 3 - principio del interés superior del menor -, 8 - derecho a un nombre y a la identidad -, y 12 - derecho de audiencia - de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el Derecho internacional privado.

trasposición³⁸⁷. Ahora bien, esta cuestión no ha restado exenta de polémica. Así, la confusa e indeterminada formulación de muchos de sus artículos han llevado a negar la aplicabilidad directa de la Convención, como norma declarativa de derechos exigible ante los tribunales internos, en algunos países³⁸⁸. Este sería el caso, por ejemplo, de Francia³⁸⁹ y Alemania³⁹⁰.

³⁸⁷ **Tilde, Longobardo**, op. cit. pág. 387, se refiere a la Convención en los siguientes términos: "*La norma è di immediata applicazione, a ratifica avvenuta, nei singoli Stati*". De la misma opinión es **Esteban de la Rosa, Gloria**, op.cit. págs. 35-36. Por su parte, **Rodríguez Mateos, Pilar**: "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989", en Revista Española de Derecho Internacional, n.º 2, 1992, pág. 497, apunta que la Convención, por la vaguedad y falta de concreción de alguna de sus disposiciones, ocupa la posición de "norma positiva mínima" en cuanto precisa de normas más detalladas para la efectividad de los derechos que recoge y no afectar al resto de disposiciones internas o internacionales que sean más conducentes a la realización de dichos derechos.

³⁸⁸ En este sentido se pronuncia **Ferrer Riba, Josep**: "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña" en Derecho privado y Constitución, n.º 7, Septiembre-Diciembre 1995, pág. 46, quien entiende que dicha problemática se deriva del hecho de que algunos preceptos de la Convención sí reconocen directamente derechos al niño - por ejemplo, los artículos 7, 13, 16 y 20 -, pero en su mayoría se trata de obligaciones dirigidas de forma genérica a los Estados parte, los cuales se comprometen a reconocer tales derechos, a adoptar medidas de protección de los mismos y a velar por su aplicación.

³⁸⁹ En Francia, de conformidad con los términos del artículo 55 de la Constitución, los tratados tienen jerarquía superior a las leyes y a los reglamentos. Ahora bien, para que una norma internacional sea directamente aplicable ante un juzgado francés, el texto del acuerdo debe ser claro, preciso y suficientemente incondicional para que no requiera ninguna medida nacional de aflicción. Pues bien, en 1993, los magistrados del Tribunal de Casación, en Sentencia de la primera Sala civil de la Cour de Cassation, de 10 de marzo de 1993, y de 2 de junio de 1993, a pesar de reconocer a la Convención un valor supralegislativo, se pronunciaron en el sentido de considerar que no era directamente aplicable en su conjunto en derecho interno y no reconocieron al niño la posibilidad de servirse de sus derechos ante las jurisdicciones nacionales. Basándose en el artículo cuatro del propio texto convencional, remitieron al Estado francés el encargo de "*tomar las medidas legislativas, administrativas y demás, necesarias para dar validez a los derechos reconocidos en la Convención*". Esta decisión de la Alta jurisdicción generó severas críticas y un intenso debate. Los magistrados de base no dudaron en invocar la Convención y el Consejo de Estado reconoció, en 1997, la aplicabilidad directa del artículo 3.1 que preveía que el interés superior del niño prevalecía en cualquier decisión que le concerniera. Para un análisis en mayor profundidad del caso francés vid. **Rubellin-Devichi, Jacqueline**: "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française" en el Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. Salamanca, 1996, Ed. Universidad de Salamanca, págs. 317-335; **Gorny, Violette**, op.cit. pág. 18; y **Le Gal, Jean**, op.cit. pág. 42.

³⁹⁰ Vid. en este sentido la declaración del Gobierno alemán en el instrumento de ratificación de la Convención de 1989, en el que señala que dicho Tratado internacional no es de aplicación inmediata. Sólo origina obligaciones entre los Estados, que la República Federal de Alemania deberá desarrollar a través de disposiciones más precisas.

Para el supuesto español, y desde un parámetro estrictamente constitucional, pueden diferenciarse varias clases de tratados internacionales, cada una de las cuales, a su vez, genera determinadas consecuencias jurídicas sobre la normativa interna contradictoria o no respetuosa con sus previsiones.

En primer lugar, tendríamos aquellas disposiciones convencionales que comprenden determinaciones referidas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas preceptuadas en el artículo 10.2 de la Constitución española. Entre estos tratados, la propia Carta Magna menciona la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que puede añadirse el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, o la misma Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, posterior esta última al texto constitucional, en todos aquellos artículos que enuncian un derecho reconocido como fundamental por la Constitución. La eventual contradicción entre una ley estatal o autonómica y las disposiciones de este tipo de acuerdos internacionales, provocarían la inconstitucionalidad del precepto doméstico, no por vulnerar el artículo 10.2 de nuestra norma suprema, sino por la transgresión del derecho fundamental en cuestión, definido en los términos del tratado internacional. El Tribunal Constitucional es muy claro en este sentido cuando afirma que:

Problema ligeramente distinto sería que la contradicción aludida sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental puesto que las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Sin embargo, tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría *per se* el tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado,

en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional - STC 28/1991, de 14 de febrero -³⁹¹.

O bien que:

La única medida de enjuiciamiento aplicable tanto en este proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios ex artículo 53.2 de la Constitución, es la integrada por los preceptos del propio texto constitucional que reconocen aquellos derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo contenido y alcance, no obstante, habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a que hace referencia el artículo 10.2 - STC 64/1991, de 22 de marzo -³⁹².

Otro grupo de tratados está conformado por aquellos que, habiendo sido ratificados por el Estado español, no inciden de forma directa o indirecta en el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Éstos, de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución española una vez publicados oficialmente en España - Boletín Oficial del Estado -, formarán parte del ordenamiento jurídico interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

³⁹¹ **Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 28/1991, de 14 de febrero** - RTC\1991\28 -, Fundamento jurídico nº. 5.

³⁹² **Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 64/1991, de 22 de marzo** - RTC\1991\64 -, Fundamento jurídico nº. 4.

Finalmente, podemos encontrar una tercera tipología de tratado internacional que engloba aquellas disposiciones convencionales a las que se refiere expresamente la Constitución con eficacia normativa, el contenido de las cuales adquiere dimensión constitucional gracias a la remisión efectuada por la propia Carta Magna. Por tanto, una contradicción entre una norma interna y lo dispuesto en ellos comportaría un problema de constitucionalidad, no por infracción del precepto albergado en el Tratado internacional, sino por vulneración de la norma constitucional que realiza la mencionada remisión. Esta es precisamente la singularidad que a la Convención sobre los Derechos del Niño le otorga, en la medida en que no se refiera a derechos fundamentales y libertades públicas, la remisión comprendida en el artículo 39.4 de la Constitución y que pone perfectamente de manifiesto el Tribunal Constitucional en la Sentencia 55/1994, de 24 de febrero, al proclamar la dimensión constitucional de este Convenio universal de 1989, al examinar un precepto de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del contrato de seguro, al afirmar que:

Esta finalidad protectora cuyo contenido analizaremos más adelante, no es sino la manifestación en el caso que nos ocupa del mandato contenido en el artículo 39.4 de la Constitución española, donde se proclama que los niños, o sea, los menores de catorce años, si se ve desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, gozarán de la protección prevista en los Acuerdos Internacionales que velan por sus derechos. En tal sentido adquiere dimensión constitucional la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990³⁹³.

³⁹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 55/1994, de 24 de febrero - RTC\1994\55 -, Fundamento jurídico nº. 2.

En igual sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 71/1990, de 5 de abril, ante el problema de limitar la publicidad de las actuaciones judiciales que afecten a intereses propios de personas menores de edad:

....con arreglo a lo que dispone el artículo 39.4 de la Constitución - precepto que, recordemos, su única virtualidad es la de contener una remisión - y los Convenios Internacionales a los que se remite dicho mandato, entre los que cabe citar, como directamente aplicables, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - art. 14 - y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales - art. 6 -, así como la Declaración Universal de los Derechos del Niño³⁹⁴.

Por último, mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, ya que, a pesar de rechazar la invocada vulneración del artículo 39.4, por entender que lo que realmente se produce es una violación del principio de la tutela judicial efectiva - artículo 24 de la Constitución española -, a priori reconoce el papel del artículo 39.4 como instrumento de remisión, por entender incorporadas al ámbito constitucional las normas internacionales protectoras de los derechos de la infancia³⁹⁵.

La segunda de las particularidades dignas de ser resaltadas del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, radica en que a lo largo de su articulado se nos ofrece una imagen global de la infancia y la adolescencia³⁹⁶. A diferencia de lo

³⁹⁴ **Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 71/1990, de 5 de abril** - RTC\1990\71 -, Fundamento jurídico nº. 7.

³⁹⁵ **Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 36/1991, de 14 de febrero** - RTC\1991\36 -, Fundamento jurídico nº. 5.

³⁹⁶ **Dogliotti, Massimo**: "I diritti dei minore e la Convenzione dell'ONU" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, nº. I, Abril 1992, pág. 304, entiende que "*si tratta di un vero e proprio statuto dei diritti del minore. I*

que comentábamos acaecía tanto en la Declaración de Ginebra de 1924 como en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, instrumentos internacionales ambos que se limitaban a incidir en la "infancia en situación de riesgo", el Tratado internacional del año 1989 está dirigido a toda la infancia entendida ahora como grupo social universal³⁹⁷, estableciendo los derechos que le asisten en los diferentes ámbitos de la vida³⁹⁸.

En tercer lugar, se produce un pleno reconocimiento del niño/a como verdadero "sujeto de derechos"³⁹⁹. La Convención sobre los Derechos del Niño refleja, de acuerdo con la evolución a la que hemos ido haciendo referencia en el Capítulo anterior, una nueva visión acerca del niño, la niña y el adolescente⁴⁰⁰. Las personas menores de edad dejan de ser contempladas como una simple propiedad de sus padres o como los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos, ciudadanos de presente y, en consecuencia, destinatarios de sus propios derechos. La Convención ofrece, por tanto, un panorama en el que el/la niño/a es un individuo y el miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y

diritti sono enunciati con precisione, senza ambiguità ed incertezze, e viene esplicitamente esclusa qualsiasi discriminazione".

³⁹⁷ **Brullet, Cristina y Torradella, Laura**, op. cit. pág. 30, hacen hincapié en la consideración del menor como un agente social que se construye a partir de la interacción con los contextos de socialización y desarrollo - familia, escuela, servicios sanitarios, medios de comunicación, grupos de iguales -.

³⁹⁸ **Cots i Moner, Jordi**: "Les nostres lleis sobre infància", en Revista de Trabajo Social, nº. 143, Septiembre 1996, pág. 8.

³⁹⁹ Para **Miralles Sangro, Pedro-Pablo**, op. cit. pág. 537, por primera vez aparece el menor en un texto internacional de estas características como auténtico sujeto de derechos que ha de ser objeto de una especial protección.

⁴⁰⁰ En palabra de la Fundación Internacional Save the Children, **Save the Children**, op. cit. pág. 24, la forma en que los niños/as son vistos ha empezado a sufrir un importante cambio durante los últimos diez años. La Convención de los Derechos del Niño no puede ser considerada como la única responsable de dichos cambios, pero sí que ha jugado un papel de suma importancia a la hora de redefinir la manera en que los niños son considerados por los adultos. Ello lo ha conseguido tratando de hacer más visibles a los/as niños/as y rompiendo ciertos estereotipos que la sociedad tradicionalmente ha venido manteniendo con respecto a los menores de edad.

responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo⁴⁰¹. Al reconocer los derechos de los/as niños/as desde esta perspectiva, la Convención orienta firmemente sus mandatos hacia el pleno reconocimiento de la personalidad integral del niño, la niña y el adolescente⁴⁰².

Desde el campo de la psicología social se considera que el texto de la Convención instauro el conocido como principio de las tres "P(s)": protección, provisión y participación⁴⁰³.

El término *provisión* es utilizado para referirse a todos aquellos derechos contenidos en la Convención que dan acceso a los/as niños/as a ciertos bienes y servicios⁴⁰⁴;

⁴⁰¹ Tradicionalmente la percepción que se tenía de los/as niños/as se caracterizaba por considerarlos como seres incapaces, dependientes, faltos de poder y silenciosos políticamente hablando. Así, la intervención del mundo adulto en la vida de los menores a menudo se basaba en conceptos como la caridad, la protección, la necesidad de aislarlos del mundo adulto y todo ello presidido por la idea de que debían ser vistos pero no oídos. La Convención ha desafiado esas visiones enfatizando la dignidad de los menores, su competencia, resiliencia y el derecho a que sus opiniones sean escuchadas y tenidas en cuenta. Vid. en este sentido **Save the Children**, op. cit. pág. 26.

⁴⁰² **Goonsekere, Savitri**: "El principio del interés superior del niño en algunos países del sur de Asia" en Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, pág. 339, entiende que el Derecho Internacional es un instrumento para regular las relaciones entre los Estados, mientras que las normas o principios internacionales pretenden orientar el comportamiento de las personas. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño reúne esa doble naturaleza: es derecho Internacional, por lo tanto es para los Gobiernos, e incluye normas o principios internacionales, por lo que también es para las personas.

⁴⁰³ Esta idea es introducida por **Verhellen, Eugeen**: *Convention on the Rights of the Child*. Gent, 1997, Ed. Garant Publishers, págs. 80-81 y seguido en nuestro país por **Casas Aznar, Ferran**: *Infancia: perspectivas psicosociales*. Barcelona, 1998, Ed. Paidós, pág. 219. También se hacen eco de esta construcción teórica **Le Gal, Jean**, op.cit. págs. 43-44; **Meirieu, Philippe**, op. cit. pág. 33, quien estima que en la Convención de 1989 los niños son *objetos* de prevención y protección y *sujetos* en materia de participación; **Gorny Violette**, op. cit. págs. 21-22; y **Carreras, Mercedes**, op. cit. pág. 187, quien clasifica o agrupa los derechos de los niños reconduciéndolos a las tres P. En otras palabras, el derecho a poseer, recibir o tener acceso a determinados servicios - provisión -; el derecho a ser protegido frente a determinados actos - protección -; y el derecho a expresarse libremente - participación -.

⁴⁰⁴ En el contexto catalán, la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su Preámbulo nos ofrece una definición de qué debe entenderse por promoción, indicando que "es el conjunto de actuaciones sociales que se desarrollan aunque

tales como el derecho a crecer y a desarrollarse con plenitud - artículo 6 -, el derecho a la salud - artículo 24 -, el derecho a la educación - artículos 28 y 29 -, el derecho a beneficiarse de la seguridad social - artículo 26 -. El principal problema que se plantea con respecto a esta categoría de derechos es tratar de dilucidar a quién corresponde realmente la obligación de garantizarlos. La Convención atribuye a los progenitores u otras personas encargadas del/a niño/a la responsabilidad primordial de su crianza y desarrollo - artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño -, si bien los Estados deben adoptar todas las medidas de asistencia necesarias para ayudar a esos representantes legales a llevar a cabo sus funciones, aunque, por lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados adoptarán esas medidas sólo *hasta el máximo de los recursos de que dispongan* - artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño -⁴⁰⁵.

Dentro del concepto *protección*, en cambio, se comprende el derecho de todo/a niño/a a ser protegido/a frente a cualquier acción u omisión que pueda perjudicar su normal u ordinario desarrollo integral⁴⁰⁶; protección frente a cualquier tipo de abandono o malos tratos - artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño

nada vaya evidentemente mal, porque obedecen a objetivos de mejora social y responden a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor".

⁴⁰⁵ **Gaitán, Lourdes**, op. cit. págs. 194-195. También resultan interesantes las recomendaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño acerca del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, precepto donde se contiene la máxima de que "los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos económicos, sociales y culturales hasta el máximo de los recursos de que dispongan". Estas recomendaciones están contenidas en **UN Committee on the Rights of Child General Day of Discussion** on "Resources for the Rights of the Child: Responsibility of States", de 21 de septiembre de 2007.

⁴⁰⁶ Nuevamente en el contexto catalán, la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su Preámbulo nos ofrece también una definición de qué debe entenderse por protección, afirmando que "es el conjunto de actuaciones sociales reservadas para cuando las cosas van mal, cuando el desarrollo integral del niño o el adolescente parece claro que resulta seriamente afectado, a la vista de los conocimientos científicos actuales".

- y frente a cualquier forma de explotación - artículos 32 a 36 de la Convención de 1989 -⁴⁰⁷.

Finalmente, al hablar de *participación* quiere hacerse referencia al derecho que asiste a todo/a niño/a a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en consideración en todos los asuntos que le afecten, en función siempre de su edad y grado de madurez - artículo 12 de la Convención de 1989 -⁴⁰⁸. A mayor abundamiento, también se hayan incluidos dentro de este epígrafe los preceptos referidos al derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y de conciencia, y a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas⁴⁰⁹. Nos hallamos pues ante el derecho más novedoso pero a la vez el más incompleto, por ser el menos desarrollado en la práctica cotidiana.

La cuarta peculiaridad que presenta el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño que merece la pena ser resaltada, ligada además con la característica precedente, es que la Convención de 1989 también reconoce de manera expresa a la infancia y la adolescencia, por primera vez a lo largo de toda la historia, la titularidad de "derechos civiles y políticos"⁴¹⁰; básicamente de los artículos 12 a 16,

⁴⁰⁷ Vid. en este sentido **Comité de los Derechos del Niño**: Observación General n°. 13: El derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011 - **Documento CRC/C/CG/13**-.

⁴⁰⁸ En tercer lugar, la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia en su Preámbulo también nos brinda un concepto de participación, estatuyendo que "es lo que configurará el estatuto de ciudadano/a de la infancia y la adolescencia".

⁴⁰⁹ Vid. en este sentido **Comité de los Derechos del Niño**: Observación General n°. 12: El derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009 - **Documento CRC/C/CG/12** -.

⁴¹⁰ La Convención no hace distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, económicos y culturales. Para **Puente Alcubilla, Verónica**, op. cit págs. 50-51, la unidad de la Convención se basa en el sujeto, y no hay únicamente una transposición de los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Derechos Sociales, Económicos y Culturales, sino que además se incluyen otros derechos nuevos. Por su parte, **Varela García, Carlos**: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil* n°. 12, marzo, 1997, págs 273-274, entiende que

en los que se regulan respectivamente los siguientes derechos: a ser escuchado; a la libertad de expresión; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de asociación; y el derecho a la intimidad⁴¹¹. Los derechos sociales – relativos a la educación, trabajo y protección – fueron los primeros otorgados a las personas menores de edad, mientras que los derechos civiles y políticos tuvieron que esperar para verse formalmente admitidos hasta la Convención, produciéndose de este modo una inversión en el orden de aparición de los derechos de ciudadanía.

Con anterioridad a la adopción de éste instrumento internacional por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el/la niño/a venía siendo considerado/a tan solo como un "objeto" - pasivo - de protección, ya que se consideraba que tan sólo se debía intervenir *si era evidente que sucedía algo negativo*. Nos movíamos, por tanto, dentro de la esfera de la "protección", o de los denominados "derechos de supervivencia"⁴¹².

Que niños y niñas adquieran pleno estatus social como sujetos de derechos, implica un profundo cambio de paradigma; no sólo tienen derecho a ser protegidos, a ser atendidos de sus problemas y ante sus carencias, sino que también tienen derechos

los derechos civiles y políticos son derechos de autonomía, que crean un ámbito de libre desarrollo de la persona frente al cual los poderes públicos tienen una obligación negativa, de no injerencia, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de crédito frente a los poderes públicos cuya tutela exige una actuación positiva de éstos.

⁴¹¹ En este sentido vid. **Ruiz Giménez, Joaquín**: Convención sobre los Derechos del Niño. Los niños primero. Barcelona, 1996, Ed. Lumen, págs. 36-45 y **Sánchez Moro, Carmen**, op. cit. pág. 75.

⁴¹² **Dogliotti, Massimo**, op. cit. págs. 301-302. Por su parte, **Leach, Penélope**, op. cit. pág. 259, sostiene que, a pesar de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, fuera de las relaciones personales con la familia, los profesores o amigos mayores, lo mejor que los niños pueden esperar de la mayoría de los adultos es protección.

civiles y políticos, claramente vinculados a las libertades básicas, y, en su promoción a la calidad de vida⁴¹³.

Otro concepto importante, el quinto en nuestro listado, que introduce la Convención sobre los Derechos del Niño, y que ya había sido apuntado tímidamente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959⁴¹⁴ e incluso en opinión de

⁴¹³ **López Hernández, Gerardo Miguel:** La defensa del menor. Madrid, 1987, Ed. Tecnos, págs. 23-26, ha plasmado perfectamente esta evolución al afirmar que con las ideas del humanitarismo liberal, a finales del siglo pasado, surgió un movimiento que se denominó protector del menor. Dicho movimiento lo que en realidad pretendía era proteger, en primer lugar la figura de la familia tradicional. Esa idea de protección con relación al menor, prosigue el autor, además de encubrir desde un principio la tendencia conservadora, protectora de lo estructural social, hoy en día se encuentra bastante desacreditada, puesto que ya no se adecua con las exigencias de la evolución alcanzada por la adolescencia. No se puede seguir esgrimando la protección o asistencia del menor para mantenerle en una subordinación total, en un supuesto carácter de recipiente de las determinaciones, más o menos arbitrarias de los adultos, basándose en su falta de madurez. Hoy el adolescente ha asimilado su actitud de protagonismo, cada vez con mayor intensidad. Por su parte, **Eekelaar, John:** "The emergence of Children's Rights", en Oxford Journal of Legal Studies, n.º. 6, 1986, pág. 170, cita como derechos e intereses de los menores: un "*basic interest*" en recibir cuidados físicos y afectivos dentro de las posibilidades de sus inmediatos cuidadores; un "*developmental interest*", consistente en una oportunidad de desarrollar sus aptitudes en su mejor provecho; y un "*autonomy interest*", que es una variante del "developmental interest" y consiste en el interés del menor en actuar libremente, sin control de los adultos.

⁴¹⁴ **Miret Magdalena, Enrique:** "Hacia una ley española del menor", comunicación presentada en las "Jornadas de estudio de la legislación del menor", celebradas en San Sebastián el 8 y 9 de septiembre de 1984, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores. Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 12, tomando como punto de referencia la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 manifiesta que no puede haber aplicación de nuestra legislación actual y de nuestra Constitución, ni ningún ejecutor de la misma, ni tampoco ningún orientador de nuestra obra que puedan olvidar el principio rector de toda su acción: el bien del menor. No el bien de los padres; sino el del niño. Ahora bien, no obstante lo apuntado con toda probabilidad este principio, al menos por lo que a su concepción más moderna se refiere, tiene su verdadero origen en el ordenamiento jurídico británico. Esta idea ha sido perfectamente desarrollada por **Bromley, Peter Mann:** Bromley's Family Law. London, 1987, Ed. Butterworths, Séptima edición, págs. 311-312 y **Cretney, Stephen Michael:** Principles of Family Law. London, 1979, Ed. Sweet y Maxwell, Third edition, pág. 491, quienes realizan una descripción detallada de la evolución que ha sufrido el "*welfare principle*" en la normativa británica. Estos autores cifran la aparición de la preocupación por el bienestar de los menores en la normativa de finales del siglo XIX. Por ejemplo, en la "*Custody of Infants Act*" de 1873 ya se fijaba que los acuerdos a los que llegasen los progenitores sobre la custodia de un/a hijo/a no serían validados por los tribunales si éstos no entendían que tales acuerdos eran lo más beneficioso para el menor. Más contundente aún fue la posterior "*Guardianship of Infants Act*" de 1886, que preveía que los Tribunales en el momento de pronunciarse sobre la custodia de un menor debían tener presente el "*child's welfare*" y los deseos de los padres. No obstante lo anterior, Bromley puntualiza que fue la labor de los tribunales británicos la que introdujo e implantó realmente como principio fundamental el "*welfare principle*". En Francia, la evolución de su legislación desde mediados del siglo XIX revela, en opinión de **Rubellin-Devichi, Jacqueline:** "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française", en Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, págs. 318-322, la voluntad del legislador de hacer del interés del niño un interés general

algunos autores en la Declaración de Ginebra de 1924⁴¹⁵, es el consistente en que todas las medidas que deban adoptarse con respecto de la infancia y la adolescencia deben estar basadas en la consideración de su "interés superior"⁴¹⁶, convirtiéndose éste en el principio rector que debe orientar toda acción a favor de su bienestar -

elevado al rango de principio general del derecho. Y es en el derecho civil donde aparece primero y más claramente tenido en cuenta este principio, concretamente en las leyes que limitan la patria potestad - Ley de 24 de julio de 1889 -. Así pues, en el derecho francés anterior a la firma de la Convención internacional sobre los derechos del niño, ya es posible encontrar numerosas referencias al principio del interés del niño en el apellido, el nombre, la adopción, la filiación - donde la verdad biológica no prevalece todavía sobre el interés del niño; tras la Ley de 3 de enero de 1972 - y, naturalmente, en el derecho de la autoridad paterna. En Italia, según **Dogliotti, Massimo**: "Che cosa è l'interesse del minore?", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.º. IV, Octubre-Diciembre 1992, pág. 1093, se empezó a hablar del interés del menor a partir de la Ley de Adopción de 1967, en la que el uso de dicho concepto servía para "*contrastar y superar antiguos prejuicios e incrustaciones culturales*".

⁴¹⁵ Hay autores que en el principio III de la Declaración de Ginebra de 1924 creen ver una primera aproximación a la consideración primordial del interés del menor. Entre ellos, **Gutiérrez García, C.** y **Martí Sánchez, José María**: "Los derechos del menor: evolución y situación actual", en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, n.º. 28, Septiembre 2000, págs. 34-35 consideran que dicha idea se recoge ya en el principio III de la Declaración de Ginebra, que se pronuncia en el siguiente tenor: "El niño debe ser el primero en recibir socorros en tiempos de desdichas", así como en el primer párrafo de su Preámbulo: "Por la presente Declaración...los hombres y las mujeres de todas las naciones reconocen que la humanidad debe dar al niño lo mejor que tiene...". En ese mismo sentido se pronuncia **Lázaro González, Isabel (Coord)**: Los menores en el derecho español. Madrid, 2002, Ed. Tecnos, Práctica Jurídica, pág. 99. Bajo nuestro punto de vista, si bien es cierto que dicho principio está haciendo referencia a la idea de "los niños primero", y que ello no deja de significar una especial consideración y protección de los niños, no debemos perder de vista que dicho principio III de la Declaración de Ginebra estaba centrado únicamente en el ámbito de la protección y pensado para niños colocados en situaciones de riesgo. Una crítica similar, por restrictivo, puede verse sobre el Principio II de la Declaración de 1959, que recoge el principio del interés superior del menor pensando única y exclusivamente a que debe ser tenido en consideración por los órganos legislativos. De nuestra misma opinión es el autor italiano **Longobardo, Tilde**, op. cit. págs. 386-387, quien pronuncia del siguiente tenor: "*La Dichiarazione del '59, principio II, parlava addirittura di considerazione determinante e prevede il superiore interesse nell'adozione di leggi. La Convenzione lo estende a tutte le decisioni*".

⁴¹⁶ Para **Carbonnier, Jean**: "Comment. Sentence Cour d'Appel Paris, 10 abril 1959", en *Dalloz*, 1960, pág. 673, definió el interés superior del menor como una noción mágica. Por más que contemplada por las Leyes, lo que no se comprende es el abuso que hoy se hace de ella. Al final, dicha noción terminaría por hacer superfluas todas las instituciones del Derecho de Familia. Sin embargo, nada más evanescente, nada que favorezca más la arbitrariedad judicial. Otros autores que han expresado sus reservas sobre este concepto jurídico indeterminado son **Van Bueren, Geraldine**: *The International Law on the Rights of the Child*. Dordrecht, 1995, Ed. Martinus Nijhoff, págs. 48-49; **Mnookin, Robert**: *In the interest of children: advocacy, law reform and public policy*. New York, 1985, Ed. W.H. Freeman and Company, págs. 17-18; y **Pérez Vera, Elisa**: "Convenio n.º. XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 e informe explicativo del Convenio" en suplemento del Boletín del Ministerio de Justicia, n.º. 1865, Marzo 2000, pág. 1140, quien nos recuerda que el recurso, por parte de las autoridades internas de cada Estado, a la noción del interés superior del menor implica el riesgo de traducir manifestaciones de la particularidad cultural, social, etc. de una comunidad nacional dada y por tanto, en el fondo, de formular juicios de valor subjetivos sobre otra comunidad nacional

artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño -⁴¹⁷. Algunos autores consideran que la Convención incluye lo que podría denominarse una “clave de lectura” tanto de sus artículos como de toda la normativa relativa a los derechos de las persona menores de edad⁴¹⁸.

El reconocimiento de unos derechos esenciales y unas libertades fundamentales para los niños y niñas constituye el fundamento de todos los demás derechos. Todas las leyes deben garantizarlos, inspiradas en éste principio rector de la Convención de 1989⁴¹⁹.

⁴¹⁷ El Comité de los Derechos del Niño para conferir mayor homogeneidad al texto de la Convención de los Derechos del Niño redistribuyó en seis bloques el articulado del mencionado texto internacional. Esta redistribución la encontramos recogida en el **Documento CRC/C/58, de 20 de noviembre de 1996**, texto en el cual se plasman las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al apartado b del párrafo 1º del artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño. Siguiendo dicha redistribución el Comité de los Derechos del Niño destaca de entre todos los artículos de la Convención cuatro de ellos y los coloca en primer lugar considerándolos como principios generales o derechos principales. Se trata de los artículos 2, 3, 6 y 12, relativos al principio de la no discriminación, el principio del interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el principio del respeto a la opinión del niño. Esta misma idea la encontramos recogida en **Esteban de la Rosa, Gloria**, op.cit. pág. 33.

⁴¹⁸ **Alston, Philip**: "The best interest of the child. Towards a Synthesis of children's rights and cultural values", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca, 1996, pág. 257, califica este principio como una disposición paraguas - *it is an umbrella provision which prescribes the approach to be followed in all actions concerning children* -. Justamente por lo anterior, prosigue este autor, muy menudo este principio es invocado conjuntamente con otros artículos de la Convención - *it is for this reason that it will often be invoked in conjunction with other articles of the Convention in order to support, justify or clarify a particular approach to issues arising under the Convention. Indeed, there is no article in the Convention, and no right recognized therein, with respect to which this principle is not relevant* -. Un concepto similar se desprende de **Díez Barrado, Castor Miguel**: "La Convención sobre los Derechos del Niño", en Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba. Córdoba, 1991, Ed. Universidad de Córdoba, págs. 194-195.

⁴¹⁹ **Rivero Hernández, Francisco**: "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Cataluña)", en Revista Jurídica de Cataluña, nº. 3, 2003, pág. 670, considera que detrás de la idea del interés del menor hay toda una concepción de su papel en la familia y la sociedad, y cómo entender y abordar la cuestión de su educación. Varía también, además de individualmente, según la evolución de la vida social y sus valores preponderantes en un sistema de organización social y jurídica determinada, y según el lugar, el tiempo, las tradiciones y las costumbres. En igual sentido, **Rivero Hernández, Francisco**: "Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales" en **Oliveira, Guilherme**: Direito da infância, da juventude e do envelhecimento. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 9, Coimbra, 2005, Ed. Coimbra Editora, págs. 17-26.

La sexta de las características que se desprende del texto de la Convención se resume en la idea de que a tenor de esta norma internacional se opera un reparto de responsabilidades en la tutela y cuidado de la infancia y la adolescencia entre los progenitores y el Estado; otorga una responsabilidad primaria a los padres o cuidadores del/a niño/a y una responsabilidad subsidiaria a los Estados⁴²⁰. Ahora bien, este compromiso de los poderes públicos, aunque secundario, presenta un carácter de ineludible, esto es, la protección del interés superior del niño constituye una obligación para quienes tengan la competencia de establecer normas con respecto a la niñez o dicho en otras palabras, para los Estados en su función legislativa y ejecutiva.

En último lugar, la Convención contiene una "cláusula de difusión", en virtud de la cual los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente sus principios y sus disposiciones por medios eficaces y apropiados - artículo 42 de la Convención sobre los Derechos del Niño -⁴²¹, y, a su vez, establece un mecanismo de control y seguimiento⁴²² con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados que la han ratificado - artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño -⁴²³.

⁴²⁰ El Consejo de Europa, en su Recomendación n.º 1074 de 1988, relativa a la política de familia, reconoce a ésta como el ámbito donde las relaciones entre sus miembros son más densas y ricas, y el lugar por excelencia para la educación de los menores. Por su parte, **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo**: "Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil" en Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. 2º. Madrid, 1984, Ed. Tecnos, pág. 1047, entiende que en primer lugar son los padres quienes, en ejercicio de la patria potestad, determinarán qué le interesa al menor, dejando claro que la actuación de los progenitores es siempre en beneficio de sus hijos, pero se trata de una presunción *iuris tantum* que permite hacer quebrar la idea de que lo mejor para los hijos sea siempre lo que entiendan los progenitores como tal. Esto puede ocurrir en aquellos casos en que los propios hijos o el juez declaren un interés distinto.

⁴²¹ **Longobardo, Tilde**, op. cit. pág. 426.

⁴²² **Newell, Peter** y **Hodgkin, Rachel**: Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. New York, 1998, Ed. Unicef, págs. 575-584; **Mayor del Hoyo, Mª. Victoria**, op. cit. págs. 156-160; y, **Rodríguez Mateos, Pilar**, op. cit. págs. 472-473.

⁴²³ **Carrillo Salcedo, Juan Antonio**, op. cit. págs. 97-98, entiende que una de las mayores deficiencias de la Convención se encuentra precisamente en la fragilidad del mecanismo de garantía, debido a la poca eficacia

2. CONTROL Y SUPERVISIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La propia Convención, en su artículo 43 crea un comité, el Comité de los Derechos del Niño⁴²⁴, encargado de verificar la aplicación de los preceptos del tratado internacional en los diferentes países. Este Comité integrado en la actualidad por dieciocho expertos independientes⁴²⁵, procedentes de Estados y sistemas jurídicos

del mismo; **Picontó Novales, Teresa**, op. cit. pág. 93, por su parte, apunta que a pesar del tenue sistema de control de la ejecución de los derechos del niño que recoge la Convención, puede afirmarse que la formulación de los derechos así como la ratificación de la Convención por algunos Estados constituye, al menos, un comienzo; **Rodríguez Mateos, Pilar**, op. cit. pág. 498, también lamenta que el control recaiga casi exclusivamente sobre los informes estatales si se tiene en cuenta que son precisamente los Estados los más proclives a incumplir y desconocer los contenidos de Derechos Humanos. Esta circunstancia se agrava en el marco de la Convención dado que forman parte de ella países con diferentes actitudes al respecto, que van a ser los que teóricamente deban de tomar medidas necesarias para impulsar y respetar tales derechos; **Miralles Sangro, Pedro-Pablo**, op. cit. pág. 531, se adscribe a las críticas anteriores cuando se formula las siguientes preguntas: ¿cómo no se ha contemplado la posibilidad de que los particulares tengan acceso directo al Comité de los Derechos del Niño, tanto para colaborar en las tareas de seguimiento y control como para poder dirigir a él sus denuncias y solicitudes de protección?, ¿acaso la comunidad internacional no dispone de medios humanos y materiales para garantizar una intervención de esas características?. Finaliza éste sus reflexiones afirmando que el Comité no es más que una *instancia correo* de recepción y remisión de información y previsiblemente en la mayoría de los casos de información mediatizada al provenir de los Estados Partes; también **Save the Children: Children's Rights: reality or rhetoric?**. The U.N. Convention on the Rights of the Child: the first ten years. London, 2000, Ed. Sarah Muscroft, pág. 18, se pronuncia en términos similares al referirse al sistema de control establecido por la Convención, considerando que si el punto fuerte de la Convención es su visión, su punto más débil yace en su mecanismo de control. La Convención no prevé un mecanismo formal de quejas ni tampoco se articula sistema alguno de sanciones a imponer en caso de incumplimiento de sus preceptos.

⁴²⁴ Sus actuaciones se rigen por el contenido del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991**. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** -.

⁴²⁵ En su redacción originaria el texto de la Convención de 1989 fija que el Comité de los Derechos del Niño debe estar integrado por 10 expertos de integridad moral y prestigio internacional reconocido en materia de derechos de la infancia elegidos por un período de 4 años reelegibles. Asimismo, se fija que en la elección de los integrantes del Comité de los Derechos del Niño se debe procurar una distribución geográfica equitativa y que estén representados los principales sistemas legales. No obstante lo anterior, y desde el mes de febrero del año 2003, por reforma del artículo 43 del texto de la Convención se eleva el número de componentes del referido Comité y se pasa de 10 a 18. Con ello se pretende dar mayor agilidad a las tareas de examen de los informes presentados por los Estados Parte y evitar así los retrasos en la emisión de las observaciones y recomendaciones que el Comité realiza de los mencionados informes que se han venido produciendo a lo largo de los últimos años. La propuesta inicial de reforma del mencionado artículo de la Convención fue

diferentes, se reúne tres veces al año en períodos de sesiones de 4 semanas de duración cada una de ellas⁴²⁶. Aunque los miembros del Comité⁴²⁷ son elegidos por los Estados partes, ejercen sus funciones a título personal, es decir, no representan a los gobiernos de sus países, ni a ninguna otra organización a la que pertenezcan⁴²⁸. Su sede se encuentra en la ciudad suiza de Ginebra⁴²⁹.

En el desempeño de sus tareas, el Comité no adopta un planteamiento de confrontación, sino que, por el contrario, procura involucrar a los Estados en un diálogo constructivo con miras a valorar de manera crítica cuál es la situación real que vive la infancia y la adolescencia en su ámbito territorial y alentar su

realizada por Costa Rica el año 1995, y un año después la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba dicha modificación, pero se tuvo que esperar hasta febrero de 2003 para que dicha enmienda entrara en vigor – momento en que fue aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados parte -.

⁴²⁶ En un momento inicial, durante cada período de sesiones el Comité sobre los Derechos del Niño analizaba seis de los informes presentados por los Estados. Ello significaba que cada año se supervisaban 18 de esos informes. Posteriormente, en enero de 2000, el Comité de los Derechos del Niño decidió examinar anualmente los informes de 27 Estados partes, aumentando así su volumen de trabajo en un 50 %, para ocuparse del retraso en el examen de los mencionados informes. **Documento CRC/C/100, de 14 de noviembre de 2000**. Informe sobre el veinticincoavo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño. Finalmente, desde enero de 2005, y por un período inicial de dos años, el Comité examinó los informes en dos cámara paralelas, cada una formada por nueve miembros del Comité, teniendo debidamente en cuenta la distribución geográfica equitativa, por lo que el número de informes de los Estados partes examinados por el Comité aumentó de 27 a 48 por año. **Documento CRC/C/133, de 12 de enero de 2004**. Informe sobre el treinta y cuatro período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño.

⁴²⁷ Para conocer la identidad de los miembros del mencionado Comité ver la página web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; <http://www.ohchr.org/>

⁴²⁸ Antes de asumir sus funciones, cada miembro del Comité deberá hacer en sesión pública del Comité la siguiente declaración solemne: “*declaro solemnemente que, en el desempeño de mis funciones y en el ejercicio de mis facultades como miembro del Comité de los Derechos del Niño, actuaré en forma honorable, fiel, imparcial y concienzuda*”. Artículo 15 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991**. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** -.

⁴²⁹ Según reconoce **D’Antonio, Daniel Hugo**: Convención sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires, 2001, Ed. Astrea, pág. 208, uno de los aspectos que hubo que solucionar fue el financiero, en tanto la votación registrada para la aprobación del proyecto de creación del Comité con cargo al presupuesto de las Naciones Unidas registró el voto contrario de los Estados Unidos y la abstención del Japón, países que sostuvieron que los gastos que generara y demandara el Comité debían ser sufragados por los Estados partes.

cooperación en la aplicación de la Convención de 1989. De hecho, el objetivo esencial de este proceso internacional de revisión no consiste en reemplazar la capacidad nacional para asegurar y verificar el cumplimiento de los derechos de la niñez, sino en reforzar esa competencia. Esta manera de proceder contribuye también a fortalecer la participación general de todos los sectores implicados en el ámbito de la infancia en la formulación de políticas, así como alentar el escrutinio público de las responsabilidades gubernamentales. En igual medida, coadyuva a la realización de los derechos de la infancia y la adolescencia al ofrecer a los poderes públicos nacionales, a las instituciones privadas y a los promotores independientes la oportunidad de colaborar juntos en la mejora de las condiciones de vida de la infancia y la adolescencia.

2.1. INFORMES INICIALES E INFORMES PERIÓDICOS

De conformidad con el artículo 44 de la Convención de 1989, el mecanismo de garantía del cumplimiento del articulado previsto por el mencionado texto internacional, reside en el compromiso adquirido por parte de los Estados de presentar ante el Comité de los Derechos del Niño informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención de 1989 y sobre los progresos que hayan alcanzado por lo que al goce de los derechos por parte de las personas menores de edad se refiere.

Los Estados partes deben librar su primer informe – *informes iniciales* - en el plazo de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor en sus respectivos territorios del texto de la Convención, y posteriormente, periódicamente cada cinco años – *informes periódicos*⁴³⁰ -. Además de esta presentación tasada de informes oficiales,

⁴³⁰ Estos informes, tanto los iniciales – que en principio deben contener mayor grado de información – como los periódicos, son accesibles al público en la página web oficial del Comité de los Derechos del Niño

el Comité está habilitado para recabar la información adicional o la documentación suplementaria que estime oportuna⁴³¹. La periodicidad prevista, de dos años para el informe inicial y de cinco para los informes sucesivos, nos parece ajustada respecto del primero, pero es, en cambio, excesiva entre los siguientes; la continua modificación de las condiciones sociales de vida y la utilidad de disponer de un documento actualizado que refleje el estado real en que se encuentra la población infantil en un país en un momento determinado⁴³², hacen que el intervalo de cinco años entre documento y documento se nos antoje de desmesurado.

El propio Comité de los Derechos del Niño consciente de la necesidad de homogeneizar la estructura y el contenido de los distintos informes presentados por los Estados partes emitió en el año 1991⁴³³ unas Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los reportes *iniciales*, y, posteriormente, en el año 1996⁴³⁴, siguió la misma determinación con respecto a los *periódicos*⁴³⁵. Tiempo

<http://www.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>. El mencionado enlace también ofrece información actualizada sobre toda la actividad del Comité: las conclusiones y recomendaciones adoptadas; los estudios monográficos – day of discussion – elaborados por el Comité relativos a aspectos especialmente conflictivos del texto de la Convención; así como un seguimiento pormenorizado de los períodos de sesiones.

⁴³¹ También son los propios Estados los que pueden ofrecer información suplementaria si así lo consideran adecuado fuera del marco del proceso general de presentación de informes, cuando se producen emergencias nacionales o acontecimientos graves. Dicha previsión la encontramos recogida en los artículos 69 a 71 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991**. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** –.

⁴³² **Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Representación Regional para América Latina y el Caribe y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Oficina Regional para América Latina y el Caribe: Compilación de observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)**. Santiago de Chile, 2004, págs. 10-11.

⁴³³ **Documento CRC/C/5, de 30 de octubre de 1991**. Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en su 22ª reunión del primer período de sesiones.

⁴³⁴ **Documento CRC/C/58, de 20 de noviembre de 1996**. Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en su 343ª reunión del treceavo período de sesiones.

⁴³⁵ **Casas Aznar, Ferran: Infancia: perspectivas psicosociales**. Barcelona, 1998, Ed. Paidós, págs. 223-225, pone de manifiesto que de la lectura de los diferentes informes presentados por los Estados partes se hace evidente que dichos documentos contienen una gran cantidad de datos de enorme interés. Ahora bien, la

después, concretamente en el año 2010, el Comité modificó y modernizó estas instrucciones durante su cincuenta y cinco periodo de sesiones celebrado del 13 de septiembre al 1 de octubre de 2010⁴³⁶.

Este conjunto de directrices se configura como un mecanismo o instrumento básico de referencia que viene a facilitar a los Estados la tarea de estructurar y dar debido cumplimiento a las obligaciones que tienen asumidas en virtud del artículo 44 de la Convención. Con esta finalidad el Órgano ginebrino exige - desde el año 2010 - que estos informes estén divididos en dos partes: un *documento básico común* - válido para cualquiera de los órganos de seguimiento y control previstos en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos⁴³⁷ - y otro referido específicamente a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos facultativos.

El *documento básico común*, de conformidad con las directrices armonizadas de las Naciones Unidas⁴³⁸, debe integrar la primera parte de todo informe que se presente ante los diferentes Comités de control o evaluación creados en materia de derechos

información aportada es tan dispar que desarrollar estudios comparativos entre ellos deviene una tarea prácticamente imposible, o, al menos no claramente fiable.

⁴³⁶ **Comité de los Derechos del Niño:** Orientaciones generales respecto a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados parte en virtud del artículo 44, párrafo 1 b), de la Convención sobre los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/58/ Rev.2, de 23 de noviembre de 2010.** Estas orientaciones sustituyen a las que anteriormente había aprobado el Comité en **Documento CRC/C/58/Rev.1., de 3 de junio de 2005.**

⁴³⁷ Concretamente, este *documento básico común* contendría una información tanto cuantitativa como cualitativa sobre el nivel de respeto y desarrollo alcanzados por los Derechos humanos en un determinado Estado que sería de interés para los distintos órganos y mecanismos de control previstos por los Tratados internacionales sobre la materia. En particular para el Comité de Derechos Humanos; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; el Comité de los Derechos del Niño; y, el Comité contra la Tortura.

⁴³⁸ Las directrices armonizadas para la presentación de informes a los órganos internacionales de tratados de derechos humanos, incluida la elaboración de un documento básico común, se revisaron por última vez en 2009. Vid. en este sentido el **Documento HRI/GEN/2/Rev.6, de 3 de junio de 2009.**

humanos - incluido, por supuesto, el Comité de los Derechos del Niño -. Este escrito deberá contener información de índole general sobre el Estado que presenta el correspondiente informe y sobre el marco ordinario de protección y promoción de los derechos humanos en su respectivo territorio, así como información sobre la no discriminación y la igualdad y sobre los recursos eficaces previstos en su legislación nacional contra las violaciones de los derechos humanos⁴³⁹. Este documento no debe superar la extensión cifrada entre las sesenta y las ochenta páginas.

Los datos incorporados en el *documento básico común* no deben reproducirse nuevamente en la segunda parte del informe referido específicamente a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos adicionales. El Estado parte deberá tratar de actualizar con el material que estime oportuno la información inserta en el aludido documento básico: caso de que éste no hubiera sido presentado o si su contenido no estuviera puesto al día; toda esa información, debidamente renovada, deberá revertir en el documento alusivo expresamente a la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos adicionales.

⁴³⁹ De acuerdo con la Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados parte en los tratados internacionales de derechos humanos - **Documento HRI/GEN/2/Rev.6, de 3 de junio de 2009** -, el documento básico común deberá incluir la siguiente información: (1) Información general sobre el Estado: características demográficas, económicas, sociales y culturales del Estado; estructura constitucional, política y jurídica del Estado; (2) marco general de protección y promoción de los derechos humanos: aceptación de las normas internacionales de derechos humanos; marco jurídico de protección de los derechos humanos a nivel nacional; marco de la promoción de los derechos humanos a nivel nacional; proceso de presentación de informes a nivel nacional; (3) información sobre no discriminación, igualdad y recursos eficaces.

Por lo que a este segundo documento se refiere, el Órgano ginebrino, para dar una lógica interna a su contenido, ha agrupado los artículos del Tratado internacional de 1989 de acuerdo con el siguiente orden secuencial:

- a) Medidas generales de aplicación⁴⁴⁰: se refiere a las disposiciones ordinarias adoptadas para dar efectividad a los derechos que forman la base de la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en los diversos países. Estas decisiones posibilitan la valoración de la forma en que la Convención se ha utilizado como marco común de actuación y la medida en que se ha percibido la filosofía dimanante del mentado Tratado como una herramienta válida facilitadora del cambio y el progreso, tanto por parte de las instituciones gubernamentales como de la sociedad entendida como un todo. Estas medidas generales aseguran la importancia de los niños, niñas y adolescentes, subrayan la responsabilidad de los Estados en las acciones destinadas a promover su interés superior y demuestran la función de la promoción para asegurar y respetar los derechos fundamentales de la infancia y la adolescencia⁴⁴¹.

- b) Definición del niño/a⁴⁴²: en esta sección los Estados deben proporcionar toda la información pertinente relacionada con las posibles diferencias existentes entre la legislación nacional y el texto de la Convención en lo relativo a la consideración de qué es un/a niño/a. Asimismo, también debe detallarse la edad mínima establecida legalmente dentro del país para poder desarrollar

⁴⁴⁰ Artículos 4, 42 y 44 - párrafo 6 - de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁴¹ El Comité de los Derechos del Niño elaboró una Observación General para describir con mayor detalle la obligación de los Estados partes de adoptar lo que se ha calificado como “medidas generales de aplicación”, motivados por el hecho de que los diversos elementos que integran este concepto son bastante complejos. **Documento CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003**. Observación General n°. 5, adoptada en el treinta y cuatro período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño.

⁴⁴² Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

por sí determinadas actividades y asumir ciertas responsabilidades – incorporación al mercado laboral; finalización de la escolaridad obligatoria; celebración de matrimonio; prestación del consentimiento sexual; alistamiento voluntario en las fuerzas armadas; celebración de contratos; aceptación de atribuciones gratuitas ínter vivos o mortis causa; realización de disposiciones de última voluntad; y adquisición de responsabilidad penal, entre otras -.

- c) Principios generales o rectores⁴⁴³: todos los derechos reconocidos en la Convención deben interpretarse teniendo en cuenta cuatro valores fundamentales o principios rectores. Estos cuatro pilares básicos sirven para orientar la forma en que se cumplen y se respetan cada uno de los derechos y sirven de punto de referencia permanente para la aplicación y verificación de los derechos de los/as niños/as. El primero de ellos, es el principio básico de igualdad, recogido en el artículo segundo de la Convención, y formulado desde el prisma de la “*no discriminación*”. Un segundo principio de carácter más abstracto, contenido en el artículo tercero, establece que para tomar las decisiones que afecten al/la niño/a es necesario tener en cuenta su interés superior. El tercero de los principios lo encontramos desarrollado en el artículo sexto de la Convención y aborda la cuestión del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo. Finalmente, el artículo 12 de la Convención de 1989 reconoce la participación infantil - el respeto a la opinión del niño – como la cuarta y última de las directrices a las que hacíamos referencia⁴⁴⁴.

⁴⁴³ En relación con este grupo de preceptos - artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño - se pide a los Estados parte que tengan en cuenta las Observaciones generales del Comité nº. 12 (2009) sobre el derechos del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009 - **Documento CRC/C/GC/12** - y nº. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, de 12 de febrero de 2009 - **Documento CRC/C/GC/11** -.

⁴⁴⁴ El informe que el Síndic de Greuges presenta anualmente ante el Parlamento de Cataluña desde el año 2002 ha adoptado la distribución seguida por el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el

De estos principios, si existe uno especialmente controvertido en el redactado de la Convención, ése es precisamente el relativo al interés superior del menor⁴⁴⁵, no tanto por el proceso que llevó a su establecimiento, sino porque la doctrina no parece llegar a un acuerdo respecto a su verdadero significado⁴⁴⁶.

- d) Derechos y libertades civiles: en este apartado los Estados deben indicar las medidas tomadas o previstas para garantizar que en sus legislaciones se reconozcan expresamente y se cumplan en la práctica los derechos y libertades civiles enunciados en la Convención, en particular el derecho a un nombre y una nacionalidad⁴⁴⁷; el derecho a preservar la identidad⁴⁴⁸ para evitar las desapariciones forzosas y los casos de adopciones ilegales; el

documento **CRC/C/58, de 20 de noviembre de 1996**. Siguiendo dicha estructura el primero de los bloques que se aborda es el referente a los "cuatro derechos principales", incluyendo bajo tal denominación los cuatro principios rectores que estamos desarrollando. Boletín Oficial del Parlament de Catalunya núm. 275, de 22 de marzo de 2002, págs. 185-186. También la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia estructura su Título II, referido a los derechos de la infancia y la adolescencia, siguiendo los parámetros orientadores elaborados por el Comité de los Derechos del Niño - el propio Preámbulo de la norma se pronuncia de manera expresa en este sentido -.

⁴⁴⁵ **Alston Philip**, op. cit. pág. 257, lo califica como una disposición paraguas - *it is an umbrella provision which prescribes the approach to be followed in all actions concerning children* -. Justamente por lo anterior, este autor prosigue afirmando que muy menudo este principio es invocado conjuntamente con otros artículos de la Convención - *it is for this reason that it will often be invoked in conjunction with other articles of the Convention in order to support, justify or clarify a particular approach to issues arising under the Convention. Indeed, there is no article in the Convention, and no right recognized therein, with respect to which this principle is not relevant* -.

⁴⁴⁶ No estamos ante un principio de nueva creación, ya que el mismo había sido utilizado en el contexto del Derecho de familia de numerosos países. Sobre ello se pronuncian **Alston, Philip** y **Walsh-Gilmour, Bridget**: *The best interests of the child. Reconciling culture and human rights*. Oxford, 1994, Ed. Clarendon Press, págs. 2-3, advirtiéndonos del peligro del uso de las previsiones incluidas en los Derechos domésticos para interpretar el artículo 3 de la Convención de 1989 - artículo en el que se regula el principio del interés superior del menor -. Una de las razones que aconseja la limitación del valor de la jurisprudencia nacional como precedente en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño es que el principio del interés superior del menor se ha aplicado en los derechos internos a un número de casos más limitado - sobre todo supuestos de custodia - que lo que pretende la Convención - de aplicación más amplia -.

⁴⁴⁷ Artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁴⁸ Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

derecho a la libertad de expresión, de pensamiento y de asociación⁴⁴⁹; a la protección de la vida privada⁴⁵⁰; a la información en general y al cumplimiento de los derechos de la infancia⁴⁵¹; y a la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁴⁵². Con respecto a este grupo de preceptos, si procede, podrán hacerse referencias al papel especial que juegan los medios de comunicación en lo que respecta a la promoción y protección de los derechos de la niñez⁴⁵³.

- e) Entorno familiar y otro tipo de tutela: la Convención sobre los Derechos del Niño menciona específicamente a la familia como grupo fundamental de la sociedad y el entorno natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros. En el marco de este Tratado internacional, los Estados quedan obligados a respetar la responsabilidad primordial atribuida a los padres en materia de atención y orientación de sus hijos/as y a prestar ayuda a los progenitores en este sentido, proporcionando asistencia material y programas de desarrollo⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Artículos 13, 14 y 15 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁰ Artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵¹ Artículo 17 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵² Artículos 37 - apartado a) - de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵³ En relación con este grupo de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño se pide a los Estados parte que tengan en cuenta la Observación general del Comité n.º 8 (2006) sobre el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, de 21 de agosto de 2006 - **Documento CRC/C/GC/8** -.

⁴⁵⁴ En este caso se pide a los Estados parte que tomen en consideración la Observación general del Comité n.º 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, de 20 de septiembre de 2006 - **Documento CRC/C/GC/7/Rev.1** -. Así como las Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños que figuran en el anexo de la Resolución 64/142 de la Asamblea General de la Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 2009 - **RES/64/142** -.

Conforme a lo dispuesto en esta sección, se solicita a los Estados partes que aporten toda la información de que dispongan, incluidas las principales normas vigentes de carácter legislativo, jurídico, administrativo o de otra índole que aborden cuestiones como la responsabilidad, los derechos y las obligaciones de los progenitores⁴⁵⁵; la participación de los/as niños/as en el proceso de toma de decisiones en el marco de la familia⁴⁵⁶; el derecho a la integridad física y personal⁴⁵⁷; la separación de las personas menores de edad de uno de sus progenitores⁴⁵⁸; la adopción de medidas de protección que signifiquen la separación temporal o permanente del/a niño/a o adolescente de su medio familiar⁴⁵⁹; los supuestos en que el/la niño/a ha sido internado en un centro de atención, protección o tratamiento⁴⁶⁰; los casos de traslados y retenciones ilícitos – sustracción internacional de menores⁴⁶¹ -; y todo lo relativo a la adopción⁴⁶² – tanto nacional como internacional -.

- f) Discapacidad, salud básica y bienestar⁴⁶³: el sexto grupo de derechos que resultan de la sistematización de los artículos de la Convención efectuada por

⁴⁵⁵ Artículos 5, 9, 10 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁶ Artículos 5, 9, 10 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁷ Artículos 19 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁸ Artículos 9, 10 y 27 (párrafo 4) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁵⁹ Artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶⁰ Artículo 25 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶¹ Artículo 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶² Artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴⁶³ Artículos 6 - párrafo 2) -, 18 - párrafo 3) -, 23, 24, 26 y 27 - párrafos 1, 2 y 3) - de la Convención sobre los Derechos del Niño. En relación con este grupo de preceptos se inquiere a los Estados parte que tengan en cuenta las Observaciones generales del Comité n.º 3 (2003) sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, de 17 de marzo de 2003 - **Documento CRC/GC/2003/3** -; n.º 4 (2003) sobre la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 21 de julio de 2003 -

el Comité ginebrino hace hincapié sobre la necesidad de reforzar la salud de los/as niños/as y adolescentes mediante medidas preventivas de atención que garanticen su desarrollo físico, espiritual, moral y social, pleno y armónico. Este conjunto de preceptos reconoce también el valor fundamental de la familia y la necesidad de que el Estado les ofrezca asistencia de toda índole; los derechos de los/as niños/as con discapacidades mentales y físicas; el derecho a la atención de la salud de las madres – tanto prenatal como postnatal -; y el derecho de todo/a niño/a al “nivel más alto posible de salud”; a recibir tratamiento y rehabilitación; a la seguridad social; y a un nivel adecuado de vida⁴⁶⁴. Este elenco de derechos incide de igual manera sobre los problemas del medio ambiente y exhorta a la eliminación de prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud del menor.

- g) Educación, esparcimiento y actividades culturales: los artículos 28, 29, 30 y 31 de la Convención de 1989 describen las medidas que los Estados partes deben adoptar para garantizar la aplicación del derecho a la educación, incluidas la formación y orientación profesionales⁴⁶⁵. Las disposiciones de estos preceptos incluyen igualmente el derecho de los/as niños/as a ser niños/as, a la protección contra el trabajo infantil, al juego y a la recreación

Documento CRC/GC/2003/4 - y n°. 9 (2006) sobre los derechos de los niños con discapacidad, de 27 de febrero de 2007 - **Documento CRC/C/GC/9** -.

⁴⁶⁴ Este último derecho implica una norma compatible con la dignidad humana del niño/a y permite el desarrollo pleno y armónico del menor, en los aspectos físico, mental, espiritual, moral y social. Un "nivel de vida adecuado" debe reflejarse en la nutrición, el vestido y la vivienda.

⁴⁶⁵ En relación con este grupo de preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño se inquiriere a los Estados parte que tengan en cuenta las Observaciones generales del Comité n°. 1 (2001) sobre los propósitos de la educación, de 17 de abril de 2001 - **Documento CRC/GC/2001/1** -; n°. 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia, de 20 de septiembre de 2006 - **Documento CRC/C/GC/7/Rev.1** -; n°. 9 (2006) sobre los derechos de los niños con discapacidad, de 27 de febrero de 2007 - **Documento CRC/C/GC/9** - y n°. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, de 12 de febrero de 2009 - **Documento CRC/C/GC/11** -.

compatibles con la edad, al descanso y el disfrute del tiempo libre, así como a su participación libre en la vida cultural y en las artes.

- h) Medidas especiales de protección: dentro de este último apartado el Comité de los Derechos del Niño exige a los Estados que incluyan todas aquellas disposiciones y actuaciones tendentes a proteger a la infancia frente a: 1) circunstancias de emergencia o excepción: niño/as refugiados, niños/as afectados por un conflicto armado – incluidas su recuperación física y psicológica y su reintegración social -; 2) situaciones de conflicto con la justicia - administración de justicia de menores, niños/as privados de libertad, reintegración social del/a niño/a -; 3) cualquier tipo de explotación económica, incluido el trabajo infantil, la participación en la producción y tráfico de estupefacientes, la explotación y abusos sexuales, la venta, la trata y el secuestro, así como cualquier otro tipo de vulneración que sea perjudicial para el desarrollo armónico de su personalidad. Estas disposiciones abarcan también la especial atención que debe dispensarse por parte de los Estados al bienestar de los/as niños/as pertenecientes a minorías o a grupos indígenas – derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma -⁴⁶⁶.

En relación todavía con estas orientaciones generales, el Comité de los Derechos del Niño preocupado en particular por la excesiva longitud de algunos de los informes

⁴⁶⁶ En relación con este grupo de preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño se pide a los Estados parte que tengan en cuenta las Observaciones generales del Comité n.º. 6 (2005) sobre el trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005 - **Documento CRC/GC/2005/6** -; n.º. 10 (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores, de 25 de abril de 2007 - **Documento CRC/C/GC/10** - y n.º. 11 (2009) sobre los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, de 12 de febrero de 2009 - **Documento CRC/C/GC/11**-.

periódicos presentados, ha manifestado⁴⁶⁷ que estos documentos deben ser concisos y analíticos, a ser posible que no excedan las ciento veinte páginas, centrados en cuestiones esenciales de la aplicación de la Convención. Además, recordó a los Estados que concentren los informes periódicos que presentan en dos aspectos fundamentales: (1) los progresos alcanzados en cuanto al goce de los derechos humanos por los niños, niñas y adolescentes, las circunstancias y dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención y las medidas adoptadas para dar respuesta a las observaciones finales del Comité aprobadas con respecto al informe inmediatamente anterior y al dialogo subsiguiente; (2) los hechos nuevos que se hayan producido en el Estado Parte durante el período temporal que abarca el informe. A este respecto los Estados deben evitar, en la medida de lo posible, repetir la información facilitada en informes anteriores.

2.2. PROCESO DE PRESENTACIÓN Y VALORACIÓN DE LOS INFORMES

El Comité de los Derechos del Niño se reunió por primera vez el año 1991, poco después de que los Estados parte eligieran a sus diez miembros iniciales. Desde un primer instante, este decenvirato de expertos comenzó a elaborar unos métodos de trabajo adecuados para contribuir en forma eficiente y constructiva a lograr que los procedimientos de presentación y toma en consideración de los informes librados hasta ese momento fueran cada vez más transparentes, eficaces y accesibles. Fruto de esos esfuerzos el Comité adoptó en el año 1994 una resolución⁴⁶⁸ tendente a

⁴⁶⁷ Documento CRC/C/118, de 30 de mayo de 2002. Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en su 804ª reunión del treinta período de sesiones.

⁴⁶⁸ Documento CRC/C/33, de 24 de octubre de 1994. Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en su séptimo período de sesiones.

lograr esas finalidades, estableciendo de manera clara y concisa las diferentes etapas por las que transcurre un informe desde el preciso instante en que es presentado para su análisis por el Comité de Ginebra. Estas fases se han ido perfeccionando a lo largo del tiempo pero, en gran medida, siguen girando en torno al mismo criterio original y pueden subsumirse en cuatro apartados:

1. *Presentación del informe*: en primer lugar, los Estados envían al Comité el borrador final de sus informes oficiales - acompañado de las copias de los principales textos legislativos y de otra índole, así como información estadística detallada y los indicadores pertinentes para el proceso de verificación -. Esta entrega se efectúa en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, que cumple las funciones de secretaría del Comité y ofrece servicios de orientación en la medida en que se lo permiten sus limitados recursos. En los casos en que los Estados no sigan las directrices marcadas por el Comité relativas a la preparación, redacción y estructura de los informes o proporcionen insuficiente información, el organismo de control procede a la devolución del informe y solicita la entrega de un documento más adecuado o exhaustivo.

2. *Labor del grupo de trabajo previo al período de sesiones*: el proceso de análisis del informe de cada Estado comienza con una reunión privada en la que participa un grupo de trabajo configurado por integrantes del Comité de los Derechos del Niño. Esta congregación de expertos queda constituida con anterioridad al período de sesiones en que deba producirse la efectiva valoración del mencionado documento. El apuntado grupo de trabajo normalmente se reúne inmediatamente después de finalizado un período de sesiones del Comité para preparar el subsiguiente. Es además en este foro, el marco en el cual los organismos encargados de trabajar en

pro de los derechos de la infancia – organizaciones internacionales⁴⁶⁹ y ONGs que actúen en el Estado en cuestión – pueden hacer oír su voz y subrayar la esfera de sus principales preocupaciones⁴⁷⁰.

El objetivo esencial perseguido en esta primera fase de valoración de los informes, tanto iniciales como periódicos, no es otro que el determinar con la debida antelación los aspectos más relevantes que con posterioridad serán examinados junto con los representantes de los Estados. Se trata, en definitiva, de poner en conocimiento de los Estados partes, de manera anticipada, las cuestiones más relevantes a tratar durante las sesiones plenarias. Es por ello, que el grupo de trabajo elabora una *Lista de cuestiones* que se envía al gobierno respectivo por vía diplomática⁴⁷¹. La Convención sobre los Derechos del Niño es amplia, compleja y

⁴⁶⁹ Se destaca en especial la importancia de la participación de representantes de los órganos y organismos del sistema de las Naciones Unidas como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF -, la Organización Internacional del Trabajo –OIT -, la Organización Mundial de la Salud – OMS -, la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados – ACNUR -, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura – UNESCO -, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD – y el Banco Mundial, así como de otros órganos y mecanismos creados en virtud de tratados de derechos humanos –Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-.

⁴⁷⁰ También se invita a estas entidades a que faciliten al grupo de trabajo toda la documentación que consideren pertinente para que los integrantes del mismo puedan hacerse una idea sobre cual es la situación real que está viviendo la infancia en un determinado ámbito territorial.

⁴⁷¹ A continuación reproducimos el listado de cuestiones que el Comité de los Derechos del Niño estimó que debían ser consideradas en relación con el examen de los informes periódicos tercero y cuarto de España. Vid. **Documento CRC/C/ESP/Q/3-4, de 21 de julio de 2010:**

1. Sírvanse proporcionar información al Comité sobre cómo se asegura una coordinación efectiva en temas de infancia entre administración central y las distintas comunidades autónomas, teniendo en cuenta que las cuestiones relativas a la infancia son competencia de las comunidades autónomas. ¿Sería posible aplicar a las políticas de infancia procedimientos de coordinación similares a los que están resultando exitosos en otros ámbitos de actuación?
2. Sírvanse informar al Comité sobre si se ha realizado una evaluación del Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009 y cuáles han sido sus principales resultados. ¿Se ha renovado o se renovará el Plan Estratégico Nacional sobre Niños y Adolescentes? ¿Contará con indicadores, objetivos medibles y un presupuesto propio?
3. Sírvanse informar al Comité de los procedimientos dispuestos para la participación de los niños en los asuntos judiciales y administrativos, en particular sobre las posibilidades de que expresen sus opiniones y de que éstas sean tomadas en consideración. Sírvanse también informar al Comité de los medios técnicos empleados por el Estado parte para garantizar la participación del niño en los procedimientos judiciales, preservando su identidad ante las demás partes.

de vasto alcance; así, si los representantes de los gobiernos tienen la posibilidad de preparar con tiempo suficiente sus respuestas a los interrogantes y dudas que desde

-
4. Sírvanse proporcionar información sobre los centros de gestión privada de protección de niños con trastornos de conducta y en riesgo de dificultad social. ¿Cuál es la normativa/regulación que rige el funcionamiento de estos centros? ¿Cómo se regula la entrada de un niño en estos centros? ¿Existe una revisión periódica de la medida de internación? ¿Existen mecanismos de denuncias adaptados a los niños?.
 5. En el tema de adopciones internacionales, sírvanse clarificar cómo se asegura la coordinación se asegura la coordinación entre las 23 autoridades centrales reconocidas en el Estado parte y el control de calidad y respeto al interés superior del niño, especialmente en los países de origen.
 6. Sírvanse proporcionar información y datos sobre el problema de la intimación y la violencia en la escuela, en particular sobre los actos cometidos contra niños en razón de su origen extranjero, su discapacidad o su orientación sexual. Sírvanse describir asimismo las medidas adoptadas para encarar el problema y promover una cultura de tolerancia en las escuelas, así como los resultados obtenidos.
 7. Sírvanse proporcionar al Comité información sobre la implementación de los derechos del niño en los centros de acogida de niños en las Islas Canarias, Ceuta y Melilla, y localidades marroquíes, y en particular información sobre el número de estos centros, su localización, así como qué autoridad/institución nacional o autonómica es responsable de su funcionamiento y cuáles la normativa que regula su funcionamiento.
 8. Sírvanse proporcionar información al Comité sobre la aplicación de los siguientes acuerdos, en relación a cuestiones de asilo y sobre las garantías para los niños Marroquíes o Senegaleses víctimas de tráfico, prostitución o pornografía.
 9. Sírvanse informar al Comité sobre el funcionamiento del Registro Nacional de Menores no Acompañados cuya creación está establecida en la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de 2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.
 10. Sírvanse clarificar qué procedimientos se aplica cuando niños viajando en pateras o cayucos son interceptados por barcos españoles en aguas internacionales fuera de la jurisdicción territorial del Estado parte.
 11. ¿Se han producido denuncias sobre delitos contemplados en el Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía?.
 12. Sírvanse ofrecer un análisis de las tendencias de las asignaciones presupuestarias - en cifras absolutas y en porcentajes del presupuesto federal y comunitario - destinadas a la aplicación de la Convención para los años 2008, 2009 y 2010 en las esferas de la educación, la salud, los servicios sociales, la protección del niño, y la promoción de la Convención y sus Protocolos Facultativos.
 13. Sírvanse proporcionar datos sobre el número de niños/as menores de 18 años que han contraído matrimonio con dispensa judicial.
 14. Sírvanse facilitar datos actualizados sobre el número de niños/as menores de 18 años en detención así como sobre el número de denuncias de abusos y malos tratos infligidos a niños durante su detención y/o encarcelamiento, y el seguimiento dado a tales casos.
 15. Sírvanse proporcionar datos actualizados sobre el número de niños/as privados de su medio familiar desglosados por sexo, edad, grupo étnico y comunidad autónoma y sobre el tipo de cuidado que se les brinda - hogares de guarda, instituciones u otros - públicos y privados.
 16. Sírvanse proporcionar información sobre las cifras de matriculación en escuelas de enseñanza primaria y secundaria de niños de origen no nacional y el número de niños no matriculados.
 17. Sírvanse proporcionar datos sobre niños extranjeros no acompañados, y en particular niños marroquíes, que han sido repatriados y a qué autoridad han sido entregados.
 18. Además, el Estado parte puede referirse a otras áreas/aspectos que afecten a los niños que considere importante respecto a la implementación de la Convención.

Por lo que hace referencia al listado de cuestiones que el Comité de los Derechos del Niño estimó que debían ser consideradas en relación con el examen del informe inicial de España. Vid. **Documento CRC/C.7/WP.1**, listado de cuestiones elaborado por el grupo de trabajo previo al séptimo período de sesiones (25-29 de abril de 1994).

el Comité se le hayan planteado, las posteriores deliberaciones pueden resultar más constructivas y enriquecedoras.

3. *Respuesta del Gobierno a la Lista de cuestiones*: el Estado recibe, a continuación, la solicitud de responder por escrito al cuestionario planteado por el grupo de trabajo antes del periodo plenario de sesiones abierto al público, en el que el Comité estudiará en profundidad todos los aspectos del informe oficial⁴⁷².

4. *Período plenario de sesiones*: el informe del Estado parte se valora en el curso de sesiones públicas y abiertas del plenario del Comité. Durante estas jornadas de trabajo tienen derecho a hacer uso de la palabra los representantes del Estado y los miembros del Comité - suele emplearse aproximadamente un día y medio para debatir cada informe -. Están asimismo representados órganos y organismos interesados de las Naciones Unidas y pueden asistir, también, miembros de organizaciones no gubernamentales, así como periodistas especializados en la materia.

Tras una breve presentación del informe, se solicita a la delegación del Estado que facilite información sobre los temas a los que se ha hecho referencia en la lista de cuestiones. Se inicia así el diálogo. Si lo estiman oportuno y relevante, los miembros del Comité pueden formular nuevas preguntas⁴⁷³ o hacer observaciones sobre las

⁴⁷² Para ver las respuestas que el Estado español presentó al listado de cuestiones que le planteó el Comité de los Derechos del Niño en relación con el examen de los informes periódicos tercero y cuarto vid. el **Documento CRC/C/ESP/Q/3-4/Add. 1, de 2 de septiembre de 2010**. Por lo que a las mismas se refiere con respecto al informe inicial presentado por Gobierno de España vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 171 reunión, del séptimo periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 6 de octubre de 1994 - sesión matinal -. **Documento CRC/C/SR.171, de 13 de octubre de 1994**.

⁴⁷³ Una de las preguntas que suele realizarse a los Estados partes que han formulado reservas a la Convención, es acerca de las consecuencias de esa posición a tenor del párrafo 2 del artículo 51 de la Convención, donde se establece que no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y propósito de la Convención. Otro punto de referencia es la recomendación de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en

respuestas escritas u orales, y seguidamente la delegación tendrá derecho a responder.

Cuando la discusión toca a su fin, los miembros del Comité resumen sus observaciones sobre el informe y sobre las deliberaciones y también pueden avanzar algunas sugerencias y recomendaciones. Por último, se invita a la delegación del Estado a presentar una declaración final. Con posterioridad, y en el curso ya de una sesión privada, el Comité acordará las observaciones finales, que deben plasmarse por escrito y que comprenden las sugerencias y recomendaciones. Si se estima que la información proporcionada es insuficiente o que es necesario aclarar más algunas cuestiones o incluso si se acuerda que las deliberaciones sobre el informe prosigan en un período de sesiones ulterior, las observaciones tendrán carácter meramente preliminar y así se informará de ello al Estado Parte⁴⁷⁴.

Como puede apreciarse, una vez que la situación objetiva ha sido en gran medida aclarada previamente por escrito – esa es precisamente la función atribuida a la lista de cuestiones y de su respuesta por parte del Estado -, las deliberaciones deberían poder orientarse hacia el análisis de los "progresos realizados" y de las "circunstancias y dificultades con que se ha tropezado" en la aplicación de la Convención el Estado objeto de valoración. Puesto que todo el proceso tiene un propósito constructivo, se debe destinar el tiempo suficiente para examinar las "prioridades de aplicación" y los "objetivos para el futuro". Por este motivo el Comité insta al Estado Parte a que esté representado por delegados que tengan

1993, en el sentido de que las reservas se formulen con la mayor precisión y minuciosidad posibles y que los Estados reconsideren regularmente cualquier reserva que hayan hecho con miras a retirarla.

⁴⁷⁴ Cuando el examen del informe de un Estado parte finaliza con la publicación de observaciones preliminares por el Comité, el diálogo continuará en un período ulterior de sesiones. En las observaciones preliminares se esbozan las cuestiones que deberán examinarse en la etapa siguiente y se especifica qué información adicional desea recibir el Comité por anticipado y por escrito. **Documento CRC/C/33, de 24 de octubre de 1994.** Aprobado por el Comité de los Derechos del Niño en su séptimo período de sesiones.

responsabilidades concretas y específicas en la adopción de decisiones estratégicas relacionadas con los derechos de la niñez. Parece evidente que cuando las delegaciones están presididas por un funcionario con responsabilidades en el Gobierno, aumenta la probabilidad de que las discusiones sean más fructíferas y tengan mayores repercusiones en la formulación de políticas y en las actividades de puesta en práctica.

2.3. OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Presentados, debatidos y analizados los informes⁴⁷⁵, el Comité procede a elaborar y emitir una serie de sugerencias y recomendaciones u observaciones generales⁴⁷⁶ que, por supuesto, y como su propio nombre indica no tienen carácter imperativo ni vinculante, sino que simplemente analizan y valoran aspectos específicos de la actuación de ese Estado en el cumplimiento y observancia de las disposiciones de la Convención⁴⁷⁷. Se examina la forma en que los gobiernos – y no los individuos – establecen y cumplen las normas que velan por la satisfacción y la protección de los derechos de la infancia enumerados en la Convención. El Comité, en ningún caso,

⁴⁷⁵ El proceso de presentación de informes es al mismo tiempo exhaustivo y constante, y está compuesto por siete etapas principales: preparación del informe inicial; reunión de un grupo de trabajo antes del período de sesiones; respuesta del gobierno a una lista de cuestiones; período plenario de sesiones; seguimiento de las observaciones finales; solicitud de información suplementaria; y presentación periódica de informes.

⁴⁷⁶ Para **D'Antonio, Daniel Hugo**, op. cit. págs. 216-217, hay un grado de diferencia entre “sugerencias” y “recomendaciones generales”: Las primeras son observaciones destinadas a la corrección de situaciones eventualmente no concretadas, en tanto las segundas son requerimientos de adopción de medidas dirigidas a modificar una realidad preexistente. Ambas pueden hacer referencia a un contexto social determinado o a una regulación del derecho interno. Las primeras harán necesaria la implementación de acciones estrechamente vinculadas con la política sobre minoridad que se aplique en el respectivo Estado.

⁴⁷⁷ **Alston, Philip**: “Informe sobre el mejoramiento a largo plazo de la eficacia del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas”, **Documento E/CN.4/1997/74, de 27 de marzo de 1996**. Presentado en la Comisión de Derechos Humanos en su 53º período de sesiones, cifra el período de espera de algunos Estados para que su informe sea examinado por el Comité en casi tres años.

supervisa la conducta personal de los padres, las madres, los tutores o de otros encargados de la atención del menor.

Estas conclusiones finales, por regla general, se estructuran bajo cuatro apartados claramente diferenciados: (1) una introducción: en ella el Comité presenta el informe del Estado parte objeto de estudio, así como detalla de manera minuciosa los pasos seguidos en el proceso de revisión; (2) aspectos positivos: este epígrafe agrupa todas aquellas actuaciones, medidas y políticas implementadas por parte del país analizado que el Comité valora como dignas de ser *aplaudidas, celebradas y ensalzadas*⁴⁷⁸; (3) factores y dificultades que impiden la aplicación de la Convención: bajo esta rúbrica el Comité presenta de manera genérica los principales problemas estructurales que obstaculizan e impiden la adecuada puesta en práctica y el disfrute pleno de los derechos enunciados en la Convención – crisis económica, política y social que afecta al país, niveles de pobreza crecientes, entre otros –; (4) principales temas de preocupación y recomendaciones⁴⁷⁹: es en este punto en el que el Comité ginebrino manifiesta de manera clara, concisa y precisa todas sus inquietudes y recelos ante determinadas situaciones, actitudes, legislaciones, políticas y formas de actuar seguidas en un determinado Estado y que suponen una vulneración de los derechos de la infancia reconocidos en la Convención de 1989. Ahora bien, reiterando la filosofía que guía e inspira las actuaciones del Comité, este

⁴⁷⁸ Utilizando la terminología con la que habitualmente se expresa el propio Comité de los Derechos del Niño.

⁴⁷⁹ Del análisis de la evolución de las observaciones finales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño desde el momento de su constitución hasta la actualidad, puede constatar que la estructura interna de dicho documento ha sufrido ciertas variaciones. Desde sus orígenes hasta el año 1997 cinco eran los apartados en que se dividía: una introducción; aspectos positivos; factores y dificultades que impiden la aplicación de la Convención; principales temas de preocupación; y sugerencias y recomendaciones. A partir del año 1998, se produce una fusión de los dos últimos apartados – fusión acorde con los parámetros fijados posteriormente por los encuentros inter-comité. Vid en este sentido el informe de la primera reunión entre los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Ginebra, del 26 al 28 de junio de 2002. **Documento HRI/ICM/2002/3, de 24 de septiembre de 2002** - y se adopta la estructura fijada por las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes periódicos que aprobó el Comité de los Derechos del Niño en el año 1996.

organismo de expertos no se limita tan sólo a denunciar o a criticar las prácticas contrarias a los derechos de la niñez, sino que, por el contrario, ofrece a los Estados un conjunto de recomendaciones para que éstos puedan reconducir la situación⁴⁸⁰. Finaliza en todo caso este documento con una cláusula de difusión, en virtud de la cual el Comité exhorta a los Estados a que difundan ampliamente los informes – ya sean iniciales o periódicos –, las respuestas presentadas por escrito por el Estado parte y las observaciones finales del propio Comité al respecto. Todo ello a fin de promover el conocimiento y la sensibilización acerca del texto de la Convención y su desarrollo, así como la supervisión de su aplicación en el seno del Gobierno, el Parlamento y la sociedad en general, incluidas por supuesto las organizaciones no gubernamentales⁴⁸¹.

En sus observaciones, el Comité puede pedir al Estado Parte que le proporcione información complementaria, tal como se dispone en el párrafo 4 del artículo 44 de la Convención, con objeto de poder evaluar mejor la situación existente en ese país. Se fijará una fecha límite para la entrega de esa información por escrito.

⁴⁸⁰ La estructura de este último apartado desde el año 1998 es la siguiente: (a) Medidas generales de aplicación: recomendaciones anteriores del Comité; legislación; coordinación; asignación presupuestaria; vigilancia; reunión de datos; difusión y capacitación; cooperación con las organizaciones no gubernamentales; (b) Definición del niño; (c) Principios generales: el derecho a la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho a ser oído; (d) Derechos y libertades civiles; (e) Entorno familiar y otro tipo de tutela; (f) Salud básica y bienestar; (g) Educación, esparcimiento y actividades culturales; (h) Medidas especiales de protección: niños en los conflictos armados; niños refugiados o desplazados internamente; explotación económica; uso ilícito de drogas; explotación sexual; venta, trata y secuestro; justicia de menores (i) Protocolos facultativos: relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; relativo a la participación de niños en los conflictos armados (j) difusión de la documentación.

⁴⁸¹ En el primer encuentro entre los Comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos se planteó la cuestión del momento en que debe procederse a dar difusión a las observaciones finales. Finalmente, se acordó que nadie debía recibir las observaciones finales antes que el Estado parte interesado. Vid. el informe de la primera reunión entre los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Ginebra, del 26 al 28 de junio de 2002. **Documento HRI/ICM/2002/3, de 24 de septiembre de 2002.**

El Comité para la elaboración de estas observaciones y recomendaciones no tiene en cuenta únicamente los informes “oficiales” presentados por los Estados partes, sino que también tiene en consideración los denominados informes “alternativos” presentados por organizaciones no gubernamentales que estén trabajando sobre la materia en su ámbito territorial y por organismos u oficinas especializadas de las Naciones Unidas⁴⁸².

Las observaciones finales se hacen públicas el último día del período de sesiones del Comité al aprobarse el informe del período de sesiones del cual forman parte. Una vez aprobadas, se ponen a disposición de los Estados Partes interesados y se publican también como documentos oficiales del Comité. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 44 de la Convención, los informes del Comité se someten cada dos años a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas por conducto del Consejo Económico y Social - ECOSOC -.

Una vez emitidas y conocidas las observaciones finales con respecto a un Estado parte, éstas no deben considerarse como un documento estático, sino que, por el contrario, es preciso realizar por parte del Comité un seguimiento de las mismas. Así, se da por sentado que en el reporte periódico siguiente – recordemos cinco años después – el Estado deberá ocuparse en forma detallada de todos los problemas puestos de manifiesto por el Comité en sus observaciones finales precedentes.

⁴⁸² En el caso de España es la Plataforma de Organizaciones de Infancia – POI -, en la cual están representadas 50 organizaciones que trabajan en la promoción de los derechos del niño, la encargada de presentar un *informe complementario* al elaborado por el Gobierno español, enfatizando las dificultades detectadas en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en nuestro país. Vid. **Ballesteros, Conchi (Coord.)**: Informe complementario al III y IV informe de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en España. Madrid, 2010, Ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia; y **Baño Ona, Ignacio**: Informe complementario al segundo informe presentado por España al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Madrid, 2001, Ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia.

En lo que respecta al Estado español, su informe inicial debía haberse presentado el 4 de enero de 1993 y fue debidamente entregado el 10 de agosto de 1993⁴⁸³, es decir, con ocho meses de retraso, y fue examinado por los miembros del Comité de los Derechos del Niño en sus reuniones 171⁴⁸⁴, 172⁴⁸⁵ y 173⁴⁸⁶, celebradas los días 6 y 7 de octubre de 1994, durante su séptimo período de sesiones, y una semana después en la reunión 183, del 14 de octubre de 1994, se aprobaron las observaciones y recomendaciones finales del Comité al informe español⁴⁸⁷.

Posteriormente, estaba previsto que el primero de nuestros informes periódicos fuera librado al Comité el 4 de enero de 1998 - cinco años después de la fecha oficial de entrega del informe inicial -. España hizo efectiva dicha obligación el 1 de junio de 1999, un año y medio después de la fecha estipulada⁴⁸⁸. Finalmente, el documento español fue tomado en consideración por el grupo de expertos el 4 de junio de 2002, en sus reuniones 798⁴⁸⁹ y 799⁴⁹⁰, de su treinta período de sesiones y seguidamente,

⁴⁸³ Para consultar el informe inicial presentado por el Estado español vid. **Documento CRC/C/8/ Add.6, de 26 de octubre de 1993.**

⁴⁸⁴ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 171 reunión, del séptimo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 6 de octubre de 1994 (sesión matinal). **Documento CRC/C/SR.171, de 13 de octubre de 1994.**

⁴⁸⁵ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 172 reunión, del séptimo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 6 de octubre de 1994 (sesión de tarde). **Documento CRC/C/SR.172, de 13 de octubre de 1994.**

⁴⁸⁶ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 173 reunión, del séptimo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 7 de octubre de 1994. **Documento CRC/C/SR.173, de 13 de octubre de 1994.**

⁴⁸⁷ Vid. **Documento CRC/C/15/Add. 28, de 24 de octubre de 1994.**

⁴⁸⁸ Para acceder al texto íntegro del primero de los informes periódicos presentado por el Estado español vid. **Documento CRC/C/70/ Add. 9, de 12 de noviembre de 2001.**

⁴⁸⁹ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 798 reunión, del treinta período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 4 de junio de 2002 (sesión matinal). **Documento CRC/C/SR.798, de 24 de julio de 2002.**

en su 804ª sesión, celebrada el 7 de junio de 2002, se aprobaron las observaciones finales⁴⁹¹.

A continuación, como medida excepcional, y a fin de ayudar al Estado parte, en este caso a España, a ponerse al día en sus obligaciones de presentación de informes⁴⁹², pues se había incurrido en un importante retraso, el Comité de los Derechos del Niño invitó a las autoridades españolas a acumular y presentar los informes periódicos tercero y cuarto en un único documento fechado para el 4 de enero de 2008, día programado para la presentación del cuarto informe⁴⁹³. Este mandato fue cumplido por España el 30 de mayo de 2008, momento en que hizo efectivo su libramiento⁴⁹⁴.

El Órgano ginebrino examinó estos informes combinados de España en sus reuniones 1548^{a495} y 1550^{a496}, celebradas el 15 de septiembre de 2010, de su

⁴⁹⁰ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 799 reunión, del treinta período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 4 de junio de 2002 (sesión de tarde). **Documento CRC/C/SR.799, de 24 de julio de 2002.**

⁴⁹¹ Para acceder a las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Informe periódico presentado por el Estado español vid. **Documento CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002.**

⁴⁹² Si el Comité de los Derechos del Niño, tras todo el retraso acumulado, analizó y comentó el primero de los informes periódicos presentado por España durante el mes de junio de 2002 y según la agenda oficial de las Naciones Unidas el Estado español le hubiera correspondido entregar el segundo de sus informes periódicos el 4 de enero de 2003, parece evidente que carecería de todo sentido que un año después se volviera a valorar la situación del país.

⁴⁹³ Esta previsión la encontramos en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Informe periódico presentado por el Estado español vid. **Documento CRC/C/15/Add.185, de 13 de junio de 2002,** para. 56.

⁴⁹⁴ Para acceder al texto íntegro de este Informe combinado vid. **Documento CRC/C/ESP/3-4, de 20 de noviembre de 2009.**

⁴⁹⁵ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 1548ª reunión, del cincuenta y cinco período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 15 de septiembre de 2010 (sesión matinal). **Documento CRC/C/SR.1548, de 9 de diciembre de 2011.**

cincuenta y cinco período de sesiones y aprobó en su 1583^a sesión, que tuvo lugar el 1 de octubre de 2010, sus observaciones finales⁴⁹⁷.

Por último, el Comité de los Derechos del Niño ha invitado al Gobierno español a presentar sus informes periódicos quinto y sexto combinados antes del primero de octubre del 2015; e insta a que este documento sea elaborado respetando las ya comentadas directrices armonizadas para la entrega de informes sobre los diferentes tratados en materia de derechos humanos, aprobadas el 1 de octubre de 2010 - CRC/C/58/Rev.2 -.

2.4. EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS

El Comité de los Derechos del Niño se encuentra integrado dentro del sistema de Naciones Unidas para la promoción y la garantía de derechos humanos. Este sistema está compuesto de dos tipos principales de instrumentos: aquéllos constituidos en virtud de la Carta de la ONU⁴⁹⁸, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos y; en segundo lugar, los creados en atención a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos. La tarea fundamental adjudicada a estos organismos, tal y como ya se ha puesto de relieve al tratar de las funciones del Comité de los Derechos del Niño, es la de actuar como mecanismos de control de

⁴⁹⁶ Vid. el acta oficial que contiene el resumen de la 1550^a reunión, del cincuenta y cinco período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, celebrada el 15 de septiembre de 2010 (sesión de tarde). **Documento CRC/C/SR.1550, de 9 de diciembre de 2011.**

⁴⁹⁷ Para acceder a las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño a los Informes periódicos combinados tercero y cuarto presentados por el Estado español vid. **Documento CRC/C/ESP/CO/3-4, de 3 de noviembre de 2010.**

⁴⁹⁸ Incluimos la Comisión de Derechos Humanos; los Procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos; y la Subcomisión para la promoción y la protección de los derechos humanos.

los acuerdos internacionales. Actualmente, son ocho los comités previstos en los convenios de protección de los derechos fundamentales de las personas encargados de supervisar su implementación:

Comité de Derechos Humanos (HRC)⁴⁹⁹

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR)⁵⁰⁰

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)⁵⁰¹

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁵⁰²

Comité contra la Tortura (CAT)⁵⁰³

⁴⁹⁹ Supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 – resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 - y sus Protocolos Facultativos. Inicialmente todos los Estados partes deben presentar un informe un año después de su ratificación o adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite – por lo general cada cuatro años -. El Comité, integrado por dieciocho expertos de prestigio internacional - examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado en forma de observaciones finales. Además del procedimiento de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto establece que este conjunto de expertos debe examinar las denuncias entre los Estados. También, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencias para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del tratado internacional cometidas por los Estados partes en el Protocolo.

⁵⁰⁰ Se encarga de controlar el cumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 – resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 -. Este órgano de dieciocho expertos independientes se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo económico y Social de las Naciones Unidas – ECOSOC-. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de aceptación del Pacto y a continuación cada cinco años – artículos 16 y 17 -. El Comité no tiene competencia para examinar las denuncias de los particulares.

⁵⁰¹ Supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 – resolución de la Asamblea General 2106 A (XXI), de 21 de diciembre de 1965 -. Inicialmente, todos los Estados Partes deben presentar informes un año después de la ratificación o adhesión del Tratado internacional, y después cada dos años – artículo 9 -. Además, del procedimiento de presentación de informes, la Convención establece otros tres mecanismos mediante los cuales este órgano de expertos – dieciocho en total - desempeña sus funciones de supervisión: el procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre los Estados y el estudio de las denuncias de particulares.

⁵⁰² Supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 – resolución de la Asamblea General 34/180 18 de diciembre de 1989 -. Los Estados partes deben presentar su informe inicial un año después de la ratificación del texto del Tratado, a continuación los informes periódicos deben presentarse cada cuatro años – artículo 18 -. El mencionado grupo de expertos está configurado por veintitrés personas.

⁵⁰³ Integrado por diez expertos internacionales encargados de supervisar la aplicación de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984 – resolución de la Asamblea

Comité de los Derechos del Niño (CRC)⁵⁰⁴

Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CMW)⁵⁰⁵

Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)⁵⁰⁶

Teniendo en cuenta la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos, desde un momento inicial ya se planteó la necesidad de garantizar que los órganos de supervisión a los que acabamos de hacer referencia trabajaran de forma coherente y complementaria entre sí, denotando así el carácter integrador del marco de los tratados y convenios de derechos humanos. Fruto de esa preocupación, desde Naciones Unidas se han ideado dos instrumentos

General 39/46, de 10 de diciembre de 1984 -. Los Estados deben presentar su primer informe un año después de su ratificación o adhesión a la Convención y posteriormente cada cuatro años – artículo 19 -. Junto con la presentación de informes, la Convención establece otros tres mecanismos para llevar a cabo su tarea de monitorización del texto del Tratado internacional: examinar, en determinadas circunstancias, las denuncias o comunicaciones de los particulares que afirman que se ha atentado contra los derechos consagrados en la Convención, llevar a cabo investigaciones y examinar las denuncias entre Estados.

⁵⁰⁴ Supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 – resolución de la Asamblea General 44/25, de 20 de noviembre de 1989 - y sus tres Protocolos Facultativos - el último de ellos todavía no en vigor -. El Comité de los Derechos del Niño, a partir del momento en que sea de aplicación el tercero de sus Protocolos Facultativos, relativo al establecimiento de un procedimiento de comunicaciones, quedará habilitado para examinar denuncias de los particulares.

⁵⁰⁵ Supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990 – resolución de la Asamblea General 45/158, de 18 de diciembre de 1990 -. Este Comité celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión a la Convención, y los periódicos cada cinco años – artículos 73 y 74 -. Los catorce expertos independientes que forman parte de este órgano de control - el 1 de enero de 2010 se pasó de los originarios 10 miembros a los actuales 14 -, también pueden, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares, una vez que diez Estados partes hayan aceptado este procedimiento de conformidad con el artículo 77 del texto de la Convención.

⁵⁰⁶ Supervisa la aplicación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 – resolución de la Asamblea General 61/106, de 13 de diciembre de 2006 -. Este Comité celebró su primer período de sesiones en febrero de 2009. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe a los dos años de la entrada en vigor del Convenio en su respectivo territorio, y los periódicos, al menos, cada cuatro años – artículo 35 -. Los doce expertos independientes que inicialmente forman parte de este órgano de control se incrementarán en seis miembros más cuando la Convención obtenga, además de las 20 necesarias para su entrada en vigor, otras 60 ratificaciones o adhesiones - artículo 34.2 -; cosa que sucedió el 2 de febrero de 2010 y llevó a que el número de integrantes de este Comité pasara a 18, el 1 de enero de 2011.

cuyo objetivo primordial es el de asegurar el debate, el intercambio de información y la coordinación entre las actuaciones de los citados Comités: la reunión anual de sus presidentes y la denominada reunión inter-comités. En estos encuentros, por tanto, se busca la manera de impulsar la eficacia de estas instituciones a través de la racionalización y la armonización de sus métodos y prácticas de trabajo:

a) *Reunión anual de presidentes*: en respuesta a los informes emitidos por varios organismos internacionales, la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1983, invitó a todos los presidentes de los mecanismos de supervisión de los tratados de derechos humanos vigentes en aquellos momentos, a reunirse para discutir la manera de realizar y mejorar sus actividades. La primera reunión de presidentes tuvo lugar en 1984, y desde ese momento se han ido sucediendo periódicamente.

b) *Encuentros Inter-Comité*: la primera reunión de este instrumento de coordinación, que incluye a los presidentes y a dos miembros adicionales de cada uno de los comités, fue celebrada en Ginebra del 26 al junio de 2002⁵⁰⁷. Las cuestiones suscitadas en el curso de este primer encuentro versaron sobre: las dificultades relacionadas con la armonización de los ciclos de presentación de los informes a los órganos creados en virtud de tratados internacionales; estrategias para favorecer la presentación de los mencionados informes; formato a seguir por las observaciones finales; oportunidades para aumentar la cooperación y la colaboración entre los comités; participación de las organizaciones no gubernamentales - ONGs - en los trabajos de los órganos de supervisión y el modo de utilización de la información facilitada por esas entidades; y la asistencia técnica a los países que no presentan los debidos informes. La armonización de los métodos de funcionamiento

⁵⁰⁷ Vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **Documento HRI/ICM/2002/3, de 24 de septiembre de 2002**, en el que se recoge el acta de la primera reunión entre los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Ginebra, del 26 al 28 de junio de 2002.

entre los distintos comités se convirtió en el foco principal de atención de este primer encuentro. A partir de ese preciso instante se han ido realizando estos encuentros *inter-comités* de manera anual.

2.5. EVOLUCIÓN EN EL CONTENIDO Y EN LA FORMA DE ELABORACIÓN DE LOS INFORMES

En su resolución 57/300, de 20 de diciembre de 2002, aprobada en su quincuagésimo séptimo periodo de sesiones⁵⁰⁸, la Asamblea General de las Naciones Unidas, habiendo examinado el informe del Secretario General titulado “Fortalecimiento de las Naciones Unidas: un programa para profundizar el cambio”⁵⁰⁹, alentaba a los Estados partes en los convenios de derechos humanos y a los órganos de los respectivos tratados, entre ellos por tanto el Comité de los Derechos del Niño, a que revisaran los procedimientos de presentación de los reportes exigidos por dichos cuerpos internacionales a fin de elaborar un método más coordinado y simplificado de actuación.

En su estudio⁵¹⁰, el Secretario General destacaba, en primer lugar, la importancia de seguir desplegando esfuerzos para modernizar el sistema de tratados de derechos humanos. A continuación, el propio Secretario General incidía en el hecho de que "la repercusión e importancia de la labor de las Naciones Unidas dependen en gran

⁵⁰⁸ **Resolución de la Asamblea General A/57/300, de 20 de diciembre de 2002**, adoptada en su 57º periodo de sesiones.

⁵⁰⁹ **Resolución de la Asamblea General A/57/387, de 9 de septiembre de 2002**, adoptada en su 57º periodo de sesiones.

⁵¹⁰ En este informe el Secretario General de las Naciones Unidas sugiere varias mejoras encaminadas a velar por que la Organización se centre en las prioridades establecidas por los Estados miembros y la Secretaría preste mejores servicios. Además, se entiende que la Asamblea General y el Consejo Económico y Social necesitan adaptarse a fin de realizar su potencial, en tanto que el estancado proceso de reforma del Consejo de Seguridad necesita un nuevo impulso. Así, el programa de trabajo de la Organización en general debería centrarse mejor, con menos reuniones, pero más productivas, y menos documentos, pero más útiles.

medida de la calidad de sus informes. Estos documentos, no lo olvidemos, proporcionan los datos y los análisis que los órganos principales de la ONU precisan para adoptar decisiones con conocimiento de causa, así como documentan sus debates y actuaciones en relación con una vasta gama de materias. El valor de los informes depende, pues, de la profundidad de las investigaciones en que se basan, la claridad con que se comunica su contenido y los plazos en que se preparan y distribuyen. Actualmente, el número de informes es abrumador, existe una tendencia a la duplicación y su impacto es fragmentario⁵¹¹. A ello cabría añadir la frecuencia con que los Estados partes presentan sus informes con demoras o incluso llegan a no presentarlos⁵¹², sin mencionar las dificultades que supone para los países – en especial para los más pequeños - la presentación de informes a tantos comités de supervisión distintos"⁵¹³.

⁵¹¹ Decir a título meramente ejemplificativo que durante su 56º período de sesiones se presentaron a la Asamblea General más de 500 informes y otros 100 informes más al Consejo Económico y Social en su período de sesiones celebrado simultáneamente.

⁵¹² En 31 de enero de 2004 seguían sin haberse presentado 185 informes iniciales de los Estados partes previstos en virtud de los diversos tratados de derechos humanos, de los que 114 deberían haberse presentado hace más de cinco años. Además, seguían sin presentarse un total de 660 informes periódicos. Frente a dicha realidad, a excepción del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el resto de órganos de monitoreo han optado por la práctica de examinar, en defecto de un informe, la aplicación de los tratados en los Estados partes cuya presentación registre un gran retraso. Vid. en este sentido la Nota de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. E/CN.4/2004/98, de 11 de febrero de 2004. Comisión de Derechos Humanos, 60º período de sesiones.

⁵¹³ El Secretario General de las Naciones Unidas de conformidad con la resolución 43/115 de la Asamblea General, de 8 de diciembre de 1988, y la resolución 1989/47 de la Comisión de Derechos Humanos, de 6 de marzo de 1989, encargó a un experto independiente, el Sr. Philip Alston, la elaboración de un estudio sobre la situación del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas. La información y los análisis contenidos en dicho informe llevaron al Sr. Alston a respaldar varias conjeturas en cuanto a la evolución futura del sistema de órganos creados en virtud de tratados. Así, dicho experto internacional llegó a la conclusión de que probablemente durante el decenio – 1997-2007 - se alcanzara la ratificación casi universal de los seis tratados básicos. Los Estados se verán sometidos a creciente presión para que cumplan sus obligaciones de presentar informes y se pondrá a su disposición asistencia financiera y técnica importante para ayudarles a cumplir esa tarea. Los Estados que no presenten informes con frecuencia serán también objeto de examen. Los Estados deberán producir seis informes, participar en seis "diálogos constructivos" separados, responder a peticiones especiales adicionales de seis comités, y atender a las demandas emanadas de quizá cuatro o más procedimientos de comunicaciones separados. También deberán tener plenamente en cuenta los comentarios generales - o sus equivalentes - emanados de seis comités diferentes y responder a las observaciones finales cada vez más detalladas del mismo número de organismos. Además de estas obligaciones, dentro de una década un número bastante grande de países deberá presentar informes con

Ante la realidad descrita en su dictamen, el Secretario General lanzó un conjunto de propuestas tendentes a reconducir la situación: a) los comités deberían idear un criterio más coordinado para llevar a cabo sus actividades; b) sería del todo preciso proceder a una reducción en la cantidad, la longitud y la frecuencia de los informes y; c) resultaría de vital importancia que se estandarizaran las diversas obligaciones de presentación de informes, de tal manera que cada Estado tuviera la posibilidad de elaborar un único informe nacional en que se resumiera el cumplimiento de todos los convenios internacionales de derechos humanos de los que fuera miembro.

Finalmente, el Secretario General encargó al Alto Comisionado de las Naciones Unidas que iniciara una rueda de consultas con los órganos de supervisión y desarrollo de los distintos tratados acerca de los nuevos procedimientos de presentación de informes. Así, en cumplimiento de dicha encomienda, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) el 1 de noviembre de 2002 remitió una carta a los presidentes de los por entonces

arreglo a la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Esto añadirá un séptimo procedimiento de presentación de informes y un comité más, y exigirá a los Estados Partes la presentación de informes en relación con el más complejo, detallado y largo de todos los tratados de derechos humanos. Pero la creciente carga de trabajo impuesta a los Estados no será la única consecuencia. Los órganos establecidos en virtud de tratados necesitarán por lo menos el doble del tiempo de reunión actual, de modo que sólo el Comité de los Derechos del Niño tendrá que reunirse durante casi seis meses cada año. A los comités que ya tienen un atraso muy grande de comunicaciones no examinadas se sumarán otros en la misma situación, y juntos deberán encontrar el tiempo y los expertos para tratar más y más cuestiones complejas que, por la propia naturaleza de las cosas, inevitablemente se someterán a su examen. Será necesario duplicar por lo menos el tamaño de la Secretaría que presta servicio a los órganos de los tratados, a fin de mantener los niveles de servicios existentes - que casi todos los órganos de tratados han considerado totalmente inadecuados -. El costo de los servicios de conferencias - especialmente la traducción de documentos y la interpretación - aumentarán en forma exponencial, imponiendo así una carga adicional sobre los recursos que actualmente son objeto de recortes dramáticos. Las organizaciones no gubernamentales y nacionales perderán rápidamente el interés en presentar informes a diferentes órganos de tratados cada año, y sus contrapartes internacionales no podrán mantenerse a la par de las demandas emanadas cada año de un órgano de tratado u otro en relación con cada país. Los medios de información, tanto nacionales como internacionales, probablemente mostrarán menos interés que actualmente en relación con esos procedimientos frecuentes y, muy probablemente superficiales. Para un estudio completo de este documento vid. **Alston, Philip**: "Informe sobre el mejoramiento a largo plazo de la eficacia del sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas" en documento E/CN.4/1997/74, de 27 de marzo de 1996. Presentado en la Comisión de Derechos Humanos en su 53º período de sesiones.

seis órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, informándoles de las recomendaciones del Secretario General e instándoles a que expresaran su opinión al respecto antes de finales de mayo de 2003⁵¹⁴.

Tras los debates mantenidos en sus respectivos comités, los presidentes de cada uno de estos órganos presentaron sus respuestas por escrito⁵¹⁵. El presidente del Comité contra la tortura lo hizo en misiva de 2 de mayo de 2003, en ella, pese admitir la necesidad de intensificar la armonización y coordinación entre los distintos órganos de control de las Naciones Unidas⁵¹⁶, transmitía el parecer unánime del organismo que presidía apuntando que la opción de presentar un único informe sería sumamente difícil de llevar a la práctica de una manera satisfactoria. Sin embargo, el Comité se mostró favorable a ampliar el contenido del documento básico⁵¹⁷ para incluir en él cuestiones comunes a todos los órganos, siempre y cuando este documento fuera presentado por todos los Estados partes con respecto a dos o más instrumentos y actualizado de manera más regular que el actual.

⁵¹⁴ Vid. en este sentido la Nota de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. **Documento E/CN.4/2003/126, de 26 de febrero de 2003**. Comisión de Derechos Humanos, 59º período de sesiones.

⁵¹⁵ Un resumen de los distintos posicionamientos de los representantes de los Comités del sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas lo encontramos en el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/ICM/2002/3/Add.1., de 10 de junio de 2003**.

⁵¹⁶ A esta misma conclusión ya se había llegado en la primera reunión entre los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Ginebra, del 26 al 28 de junio de 2002. Vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/ICM/2002/3, de 24 de septiembre de 2002**.

⁵¹⁷ Desde el año 1991 los Estados que son partes en uno o varios tratados internacionales de derechos humanos vienen presentando al Secretario General un “documento básico” – *core document* en la versión inglesa - en el que se consigna la información fundamental, en gran parte invariable, acerca de la situación en el Estado parte interesado – extensión territorial, población, aspectos socio-económicos, lenguas oficiales, estructura política, marco jurídico general de protección de los derechos humanos -. Este documento básico tiene como objeto facilitar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes en materia de presentación de informes reduciendo la repetición y la duplicación de los datos presentados a varios Comités. Dicho informe está pensado para constituir explícitamente una parte inicial común a todos los informes de los Estados partes.

Por su parte, el máximo dirigente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expuso al Alto Comisionado, el 23 de mayo de 2003, la posición y las recomendaciones de este organismo. En su opinión, la propuesta del Secretario General sometida a debate – presentar un solo informe consolidado sobre todos los tratados de derechos humanos - no era la forma más apropiada de abordar los problemas que se plantean desde el punto de vista del sistema de tratados y de los Estados Partes en los diversos instrumentos de derechos humanos. Uno de los principales motivos de este posicionamiento del Comité era que la presentación de un solo informe podía tener como consecuencia la absorción o marginación de cuestiones específicas a cada tratado, y que no se ofrecería el nivel de detalle que se encuentra en los estudios que se presentan en la actualidad. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estimó que si las Naciones Unidas contemplaban la posibilidad de avanzar hacia un solo grupo de expertos que supervisara el cumplimiento por parte de los Estados de todos los instrumentos de derechos humanos, y que se reuniera de manera permanente, la idea del informe único merecía estudiarse a largo plazo.

El tercero en pronunciarse fue el Presidente del Comité de los Derechos del Niño – lo hizo el 6 de junio de 2003 -. El Comité de los Derechos del Niño expresó serias dudas sobre si la preparación de un solo informe contribuiría a mejorar el sistema o a aumentar el respeto de los plazos en la materia por los Estados Partes. Además, a su juicio, existía un grave riesgo de que un solo informe condujera a marginar las cuestiones específicas provistas en la Convención sobre los Derechos del Niño y de que se perdiera el proceso dinámico de presentación de informes, en el que participan organizaciones no gubernamentales nacionales y órganos de las Naciones Unidas, en particular, el UNICEF. A juicio del Comité de los Derechos del Niño, habría formas más factibles y eficaces de mejorar el sistema vigente, por ejemplo debería examinarse la posibilidad de adoptar un sistema más coherente y sistemático

de adopción de observaciones finales, recurriendo, en su caso, a las referencias cruzadas. El Comité propuso también que se estudiase seriamente la posibilidad de implantar un programa informático que facilitase la creación de una base de datos de cara al acopio de información sobre la aplicación de las disposiciones básicas de los tratados de derechos humanos, así como sobre las disposiciones específicas de cada convenio.

Una vez manifestada la postura de los distintos comités, y tras las amplias consultas realizadas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos - ACNUDH -, entre ellas una reunión de intercambio de ideas sobre la reforma del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos celebrada en Malburn⁵¹⁸ – Liechtenstein -, revelaron que los propósitos del Secretario General gozaban de amplio apoyo en la comunidad internacional. Ahora bien, en lugar de optarse por un único informe en el que se “resumiría” el cumplimiento de las obligaciones de un Estado, con arreglo a los tratados, se manifestó un consenso favorable a la ampliación del “*documento básico*” para incluir en él datos sobre cuestiones sustantivas de derechos humanos comunes a todos los instrumentos internacionales o a varios de ellos, así como cualquier otra información de interés general para todos los órganos de vigilancia de los tratados.

⁵¹⁸ Del 4 al 7 de mayo de 2003 se celebró en Malburn –Liechtenstein – un encuentro internacional de expertos a cerca del tema de la reforma de los órganos creados en virtud de los tratados. Las jornadas de trabajo fueron organizadas conjuntamente por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Gobierno de Liechtenstein. Asistieron a la misma, miembros de las entidades organizadoras, representantes de los Estados y de Entidades de las Naciones Unidas, la Unión Interparlamentaria, organizaciones no gubernamentales y una institución nacional. Para tener acceso al informe completo de la reunión vid. la **Resolución de la Asamblea General A/58/123, de 8 de junio de 2003**, adoptada en su 58º período de sesiones.

Ese mismo razonamiento se deriva de la segunda reunión entre los comités – *inter committee meeting* - que se celebró en Ginebra del 18 al 20 de junio de 2003⁵¹⁹. En dicho encuentro se reconoció que el sistema de presentación de informes seguido hasta esos momentos era positivo y satisfactorio, pues contribuía a la creación de mecanismos en el plano nacional para promover la efectiva realización de los derechos humanos. Asimismo, se rechazó la propuesta del Secretario General tendente a permitir la presentación por parte de los Estados de un único informe comprensivo de toda la información relativa a los tratados de derechos humanos de los que se es parte. En su opinión, esa manera de proceder sería extremadamente compleja y no vendría necesariamente a resolver los problemas e inquietudes que trataban de resolverse. En su defecto, se planteó la posibilidad de un “*documento básico ampliado*” que pudiera actualizarse periódicamente y presentarse junto con los “*informes sobre cuestiones específicas*” contempladas en los tratados⁵²⁰. En esta línea se pidió a la Secretaría que preparase un proyecto de directrices para elaborar un documento básico ampliado y unos criterios armonizados sobre presentación de informes en relación con todos los órganos de monitorización creados a tenor de las disposiciones internacionales.

La Secretaría cumplió con el encargo que le había sido encomendado, y presentó un informe en el que se detallan un conjunto de directrices provisionales para la preparación de un documento básico ampliado y de informes sobre tratados

⁵¹⁹ Vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/ICM/2003/3, de 10 de junio de 2002**. Actas de la segunda reunión entre los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. Ginebra, del 18 al 20 de junio de 2003.

⁵²⁰ Vid. el Anexo I del Informe de la segunda reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, de la **Resolución de la Asamblea General A/58/350, de 5 de septiembre de 2003**, aprobada en su 58º período de sesiones.

específicos, así como unas directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los convenios internacionales de derechos humanos⁵²¹.

De acuerdo con la propuesta de la Secretaría, el “*documento básico ampliado*” y el “*informe específico*” de un tratado deberían complementarse entre sí y, de este modo, tomados en forma conjunta, vendrían a satisfacer las obligaciones de un Estado parte en materia de presentación de un informe sobre el correspondiente tratado. Para subrayar la vinculación entre ambos documentos, se propuso que el primero fuera designado con el apelativo de “*documento básico común*”, mientras que el segundo se identificara como el “*documento específico*” de cada tratado en particular. Para optimizar las ventajas y reducir al máximo los inconvenientes que supone el documento básico común, debería alentarse a los Estados a que actualizaran el mencionado texto con cierta regularidad – como mínimo una vez por cada ciclo de presentación de informes⁵²² – y a que cumplieran puntualmente con su obligación de presentar sus informes a todos los comités pertinentes. A su vez, los órganos de vigilancia creados por los tratados deberían esforzarse por analizar los informes y emitir sus observaciones y recomendaciones en el plazo más breve posible. Ello evitaría que los países tuviesen que preparar un nuevo documento básico común actualizado para cada comité.

⁵²¹ Para consultar el texto completo del proyecto de directrices comunes para la presentación de informes a los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos vid. el Anexo del Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/MC/2004/3, de 9 de junio de 2004**.

⁵²² En cada tratado se indica una periodicidad con arreglo a la cual los informes de los Estados partes deben presentarse al órgano correspondiente. Esa temporalización en los informes iniciales va desde uno hasta dos años y en el caso de los informes periódicos desde dos hasta cinco años. La obligación asumida por los países de preparar informes respetando esos plazos temporales crea lo que se conoce como “un ciclo de preparación de informes”. Cada Estado puede verse abocado a cumplimentar simultáneamente hasta siete de esos ciclos.

A continuación presentamos, en forma de cuadro, la propuesta de la Secretaría de estructurar los informes en dos documentos integrados: uno básico común y otro específico por cada tratado⁵²³:

DOCUMENTO BÁSICO COMÚN DE TRATADO			
I. Hechos y cifras de carácter general acerca del Estado			
Antecedentes fácticos generales	Características demográficas, económicas, sociales y culturales	Estructura general, constitucional, política y jurídica	Datos estadísticos e indicadores de derechos humanos (anexo)
II. Marco normativo general de protección y promoción de los derechos humanos			
Aceptación de las normas internacionales sobre derechos humanos	Marco jurídico general de la protección de los derechos humanos	Marco general de la promoción de los derechos humanos	Papel del proceso de preparación de informes en la promoción de los derechos humanos a nivel nacional
Otra información conexa en materia de derechos humanos			
III. Disposiciones sustantivas comunes			
No discriminación e igualdad	Recursos eficaces	Garantías procesales	Participación
DOCUMENTO ESPECÍFICO DE TRATADO			
Derechos civiles y políticos	Derechos económicos, sociales y culturales	Eliminación de la discriminación contra la mujer	Eliminación de la discriminación racial
Comité contra la Tortura	Derechos del/a niño/a	Trabajadores migratorios	Derechos de las personas con discapacidad

⁵²³ Vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/MC/2004/3, de 9 de junio de 2004** (para. 35).

El siguiente paso fue someter el documento elaborado por la Secretaría al examen de cada comité y a la consideración de la tercera reunión inter-comité, que tuvo lugar en Ginebra del 21 al 22 de junio de 2004. En dicho evento el proyecto de directrices fue recibido como base válida para futuras discusiones⁵²⁴. El Secretariado, no obstante, fue inquirido para proseguir con su labor durante el año siguiente, incorporando al documento original⁵²⁵ los comentarios y sugerencias que fueran surgiendo a lo largo de las discusiones entabladas en el seno de cada comité, así como los recibidos por parte de los Estados⁵²⁶, Agencias especializadas de las Naciones Unidas y de las organizaciones no gubernamentales, con el objetivo final de elaborar unas “*orientaciones revisadas*” que habrían de ser consideradas en la cuarta reunión inter-comité. De nuevo, la Secretaría cumplió con su cometido y elaboró una versión revisada del proyecto de directrices armonizadas⁵²⁷ en que se incorporaron muchos de los cambios sugeridos por los comités, así como por los Estados partes, organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales. Con el cumplimiento de estas directrices⁵²⁸ se

⁵²⁴ Vid. el Anexo: Informe de la tercera reunión de los comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, de la **Resolución de la Asamblea General A/59/254, de 11 de agosto de 2004**, aprobada en su 59º período de sesiones.

⁵²⁵ Proyecto de directrices comunes para la presentación de informes a los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos. Anexo del Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/MC/2004/3, de 9 de junio de 2004**.

⁵²⁶ En diciembre de 2004, una nota verbal circuló a los Estados partes solicitando sus comentarios y aportaciones al proyecto de documento de orientaciones.

⁵²⁷ Para consultar el texto completo de las directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, incluidas orientaciones relativas a la preparación de un documento básico ampliado y de informes orientados a tratados específicos vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/MC/2005/3, de 1 de junio de 2005**.

⁵²⁸ En su informe Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos, el Secretario General de las Naciones Unidas afirmó que deben elaborarse y aplicarse directrices armonizadas sobre la presentación de informes a todos los órganos creados en virtud de tratados a fin de que estos órganos puedan funcionar como un sistema unificado. Vid. **Secretario General de las Naciones Unidas**: “Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos”, **Resolución de la Asamblea General A/59/2005, de 21 de marzo de 2005**, aprobada en el 59º período de sesiones (para. 147).

perseguía lograr cinco objetivos fundamentales: a) evitar la duplicación innecesaria de información ya presentada a otros órganos de tratados; b) minimizar la posibilidad de que los informes puedan ser considerados inadecuados en su alcance y/o insuficientes en su detalle; c) reducir la necesidad de que un comité solicite información complementaria antes de examinar su informe; d) permitir un enfoque coherente de todos los organismos de supervisión al examinar los informes que se les presenten; y e) ayudar a cada comité a examinar la situación de los derechos humanos en cada país sobre una base de igualdad⁵²⁹.

Acto seguido, en la cuarta reunión inter-comité, celebrada en Ginebra del 20 al 22 de junio de 2005, se propuso la creación de un grupo de trabajo, integrado por 7 miembros, uno designado por cada Comité, para que se encargada de concluir el Proyecto de creación de unas Orientaciones generales respecto de la forma y contenido de los informes presentados por los Estados ante los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, para posteriormente someterlo a la consideración y, en su caso, a la eventual adopción por cada uno de los Comités.

Este grupo de expertos tuvo, en colaboración con el secretariado, que: a) examinar la versión revisada del proyecto de directrices armonizadas contenidas en el Instrumento Internacional de Derechos Humanos HRI/MC/2005/3, de 1 de junio de 2005; b) estudiar un informe preparado por la secretaría relativo al contenido sustantivo del documento básico común; y, c) analizar los resultados obtenidos del estudio encargado a la secretaría sobre el seguimiento de las Orientaciones Generales en la preparación de los informes que han de presentar los Estados.

⁵²⁹ Vid. el Instrumento Internacional de Derechos Humanos **HRI/MC/2005/3, de 1 de junio de 2005** (para. 5)

Finalmente, en la quinta reunión inter-comité, celebrada del 19 al 21 de junio de 2006 se presentó por el Grupo de trabajo técnico de los comités la propuesta definitiva de directrices armonizadas sobre la preparación de informes con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos, incluidas orientaciones relativas a la preparación de un documento básico común y de informes sobre tratados específicos⁵³⁰. Esta fue, definitivamente, la versión aprobada y vigente en la actualidad.

2.6. OTRAS FUNCIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Además de su actividad principal – el análisis de los informes de los Estados – el Comité también lleva a cabo otras actividades dirigidas fundamentalmente a la promoción de los derechos de la infancia y la adolescencia. Entre esas tareas complementarias podemos destacar las siguientes:

a) Los Debates Generales – *Days of general discussions*⁵³¹ -: con el fin de profundizar en el entendimiento del contenido y las consecuencias de la aplicación del texto de la Convención de 1989, el Comité de los Derechos del Niño puede consagrar una o más reuniones de sus períodos ordinarios de sesiones a un debate general que verse sobre un artículo específico de la Convención o sobre un tema conexo. El “*día de debate*” constituye una verdadera asamblea pública, abierta a todos los representantes gubernamentales, expertos particulares, organismos y agencias especiales de las Naciones Unidas, así como cualquier otro ciudadano.

⁵³⁰ La versión completa de esta propuesta la encontramos en **HRI/MC/2006/3, de 10 de mayo de 2006**.

⁵³¹ Previsto en el artículo 75 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991**. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** -.

El primero de estos debates generales se celebró el 5 de octubre de 1992⁵³² y versó sobre la participación de los menores en los conflictos armados. El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño estatuye los 15 años como edad a partir de la cual pueden ser reclutados los adolescentes para participar en los conflictos armados, ello hizo que muchos Estados en el momento de ratificar el texto de la Convención presentasen reservas a la aplicación del mencionado precepto, esta circunstancia es justamente la que impulsó a los miembros del Comité a dedicar la primera de sus sesiones monográficas a esta materia⁵³³. La consecuencia más evidente de ese primer debate general es que se sentaron las bases del actual Protocolo Adicional relativo a la participación de la infancia en los conflictos armados, aprobado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000⁵³⁴. Otros temas tratados en el llamado “*day of general discussion*” son los citados a continuación: la explotación económica de la infancia – 4 de octubre de 1993⁵³⁵ -; el rol de la familia en la promoción de los derechos de la infancia – 10 de octubre de 1994⁵³⁶ -; las

⁵³² Para tener acceso a las actas completas del debate general relativo a los “Efectos de los conflictos armados en la infancia” vid. el Informe sobre el segundo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/10, de 19 de octubre de 1992** (para. 61-77).

⁵³³ Fruto de las recomendaciones derivadas de ese encuentro del Comité de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la **Resolución 48/157, de 7 de marzo de 1994**, en la que se aconsejaba al Secretario General de las Naciones Unidas el nombramiento de un experto independiente que se encargara de elaborar un estudio sobre el impacto de los conflictos armados sobre la infancia. Graça Machel, ex-ministra de educación de Mozambique, fue la persona designada para llevar a cabo esa tarea. El año 1996, tras dos años de exhaustivas investigaciones, consultas y visitas sobre el terreno, Machel presentó su informe ante la Asamblea General en su 51º período de sesiones – **A/51/306 Add.1** -.

⁵³⁴ **Resolución de la Asamblea General A/RES/54/263, aprobada el 25 de mayo de 2000.**

⁵³⁵ Para consultar las actas completas del debate general sobre “La explotación económica de la infancia” vid. el Informe sobre el cuarto período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/20, de 25 de octubre de 1993** (para. 186-196).

⁵³⁶ Las actas completas del debate general sobre “El rol de la familia en la promoción de los derechos de la infancia” se encuentran en el Informe sobre el quinto período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/24, de 8 de marzo de 1994** (Anexo V: bosquejo de cuestiones que se han de plantear durante el debate general sobre el tema) y en el Informe sobre el séptimo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/34, de 8 de noviembre de 1994** (para. 183-201).

niñas – 23 de enero de 1995⁵³⁷ -; la administración de justicia juvenil – 9 de octubre de 1995⁵³⁸ -; los/las niños/as y los medios de comunicación – 7 de octubre de 1996⁵³⁹ -; los derechos de los/as niños/as con discapacidades – 6 de octubre de 1997⁵⁴⁰ -; efectos del VIH/SIDA en la infancia – 5 de octubre de 1998⁵⁴¹ -; décimo aniversario de la Convención: logros y tareas pendientes – 1 de octubre de 1999⁵⁴² -; las formas de violencia de los Estados con respecto a los menores – 22 de

⁵³⁷ El debate general sobre “Las niñas” se encuentra recogido en toda su extensión en el Informe sobre el octavo período de sesiones del Comité de los derechos del Niño, **Documento CRC/C/38, de 20 de febrero de 1995** (para. 275-299 y Anexo V).

⁵³⁸ La preparación y las discusiones seguidas en el debate general sobre la “Administración de justicia de menores” se encuentran recogidas en el Informe sobre el noveno período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/43, de 9 de junio de 1995** (para. 214-216 y Anexo VIII: en el que se contiene un esbozo del debate general sobre “La administración de justicia de menores”) y en el Informe sobre el décimo período de sesiones, **Documento CRC/C/46, de 18 de diciembre de 1995** (para. 203-238).

⁵³⁹ Las bases, el desarrollo y el seguimiento del debate general sobre “Los niños y los medios de comunicación” se detallan en el Informe sobre el onceavo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/50, de 22 de marzo de 1996** (Anexo IX), en el Informe sobre el treceavo período de sesiones, **Documento CRC/C/57, de 31 de octubre de 1996** (para. 242-257), y en el Informe sobre el quinceavo período de sesiones, **Documento CRC/C/66, de 6 de junio de 1997** (para. 327 y Anexo IV).

⁵⁴⁰ La preparación, el desarrollo y el posterior seguimiento del debate general sobre “Los derechos del niño/a con discapacidades” están documentados en el Informe sobre el quinceavo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/66, de 6 de junio de 1997** (para. 328-329 y Anexo V: esbozo del debate general sobre “Los derechos del niño/a con discapacidades”), en el Informe sobre el decimonoveno período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/80, de 9 de octubre de 1998** (para. 244-247: actividades complementarias de preparación) y en el Informe sobre el veinteavo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/84, de 5 de marzo de 1999** (para. 219-222).

⁵⁴¹ Para tener acceso a las actas completas de la preparación y desarrollo del debate general relativo a los “Efectos del VIH/SIDA en la infancia” vid. el Informe sobre el decimoctavo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/79, de 27 de julio de 1998** (Anexo VI) y el Informe sobre el decimonoveno período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/80, de 9 de octubre de 1998** (para. 210-243).

⁵⁴² La preparación, el desarrollo y el posterior seguimiento del debate general sobre “El décimo aniversario de la Convención: logros y tareas pendientes” están documentados en el Informe sobre el veintiún período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/87, de 30 de julio de 1999** (Anexo IV: esbozo del debate general sobre “El décimo aniversario de la Convención”), y en el Informe sobre el veintidós período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/90, de 7 de diciembre de 1999** (Anexos VI y VII).

septiembre de 2000⁵⁴³ -; la violencia contra los/las niños/as en el seno de la familia y en la escuela – 28 de septiembre de 2001⁵⁴⁴ -; el sector privado como proveedor de servicios – 20 de septiembre de 2002⁵⁴⁵ -; los derechos de los niños y las niñas indígenas – 19 de septiembre de 2003⁵⁴⁶ -; la implementación de los derechos de los/as niños/as en la pequeña infancia – 17 de septiembre de 2004⁵⁴⁷ -; los derechos de los/as niños/as carentes de cuidado parental – 16 de septiembre de 2005⁵⁴⁸ -; hablar, participar y decidir: el derecho del/a niño/a a ser oído - 15 de septiembre de

⁵⁴³ El debate general sobre “Las formas de violencia de los Estados con respecto a los menores” se encuentra recogido en toda su extensión en el Informe sobre el veinticuatro período de sesiones del Comité de los derechos del Niño, **Documento CRC/C/97, de 7 de julio de 2000** (Anexo VII: líneas generales para el día de debate general sobre “La violencia del Estado y los niños”) y en el Informe sobre el veinticinco período de sesiones, **Documento CRC/C/100, de 14 de noviembre de 2000** (para. 666-688).

⁵⁴⁴ Las actas completas del debate general sobre “La violencia contra los niños/as en el seno de la familia y en la escuela” se encuentran en el Informe sobre el veintiocho período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/111, de 28 de noviembre de 2001** (para. 746 y Anexo VIII).

⁵⁴⁵ La preparación, el desarrollo y el posterior seguimiento del debate general sobre “El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño” están documentados en el Informe sobre el veintinueve período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/114, de 14 de mayo de 2002** (Anexo VIII: líneas generales para el día de debate general sobre el tema “El sector privado como proveedor de servicios y su función en la realización de los derechos del niño”), y en el Informe sobre el treinta y uno período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/121, de 11 de diciembre de 2002** (para. 630-653 y Anexo II).

⁵⁴⁶ Las bases y el contenido del debate general sobre “Los derechos de los niños y las niñas indígenas” se hallan recogidos en el Informe sobre el treinta y dos período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/124, de 3 de junio de 2003** (Anexo II: esquema para el día de debate general sobre “Los derechos de los niños y niñas indígenas”) y en el Informe sobre el treinta y cuatro período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/133, de 14 de enero de 2004** (para. 608-624 y Anexo II).

⁵⁴⁷ El esquema y el contenido del debate general sobre “La realización de los derechos del niño/a en la primera infancia” se encuentran recogidos en el Informe sobre el treinta y cinco período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/137, de 11 de mayo de 2004** (Anexo II: esquema para el día de debate general sobre “Realización de los derechos del niño/a en la primera infancia”) y en el Informe sobre el treinta y siete período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/143, de 12 de enero de 2005** (para. 532-563 y Anexo II).

⁵⁴⁸ Las actas completas del debate general "Niños carentes de cuidado parental" se encuentran en el Informe sobre el cuarenta período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/153, de 17 de marzo de 2006** (para. 636-689).

2006⁵⁴⁹ -; recursos para los derechos del/a niño/a. Responsabilidad de los Estados - 21 de septiembre de 2007⁵⁵⁰ -; y el derecho a la educación en las situaciones de emergencia - 19 de septiembre de 2008⁵⁵¹ -.

b) Los Comentarios u Observaciones Generales – *General comments*⁵⁵² -: el Comité de los Derechos del Niño publica su interpretación acerca del contenido de las provisiones de los derechos humanos en forma de Comentarios Generales que versan en torno a específicos ejes temáticos. Estas observaciones generales se basan en artículos específicos y temas de la Convención de 1989 y tienen como objetivo proporcionar apoyo a los Estados partes en sus labores de cumplimiento de las obligaciones fijadas en la Convención. Trece han sido hasta el momento los Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos del Niño:

- Observación general n.º 1 (2001): Propósitos de la educación. Significado del párrafo primero del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Las actas completas del debate general "Hablar, participar y decidir: el derechos del niño a ser oído" se encuentran en el Informe sobre el cuarenta y tres período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/43/3, de 16 de julio de 2007** (para. 980-1041).

⁵⁵⁰ Las actas completas del debate general "Recursos para los derechos del niño. Responsabilidad de los Estados" se encuentran en el Informe sobre el cuarenta y seis período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/46/3, de 22 de abril de 2008** (para. 41-95).

⁵⁵¹ Las actas completas del debate general "El derecho a la educación en las situaciones de emergencia" se encuentran en el Informe sobre el cuarenta y nueve período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/49/3, de 25 de febrero de 2010** (para. 37-94).

⁵⁵² Previsto en el artículo 73 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991. Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** -.

⁵⁵³ Vid. Observación general n.º 1 (2001): "Propósitos de la educación. Párrafo primero del artículo 29". **Documento CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001**.

- Observación general n.º. 2 (2002): El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño⁵⁵⁴.
- Observación general n.º. 3 (2003): El VIH/SIDA y los derechos del niño⁵⁵⁵.
- Observación general n.º. 4 (2003): La salud y el derecho de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁵⁶.
- Observación general n.º. 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo sexto del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁵⁵⁷.
- Observación general n.º. 6 (2005): Tratamiento de los menores no acompañados y separados fuera de su país de origen⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Vid. Observación general n.º. 2 (2002): “El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño”. **Documento CRC/GC/2002/2, de 15 de noviembre de 2002.**

⁵⁵⁵ Vid. Observación general n.º. 3 (2003): “El VIH/SIDA y los derechos del niño”. **Documento CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003.**

⁵⁵⁶ Vid. Observación general n.º. 4 (2003): “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”. **Documento CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003.**

⁵⁵⁷ Vid. Observación general n.º. 5 (2003): “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4, 42 y párrafo sexto del artículo 44)”. **Documento CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003.**

⁵⁵⁸ Vid. Observación general n.º. 6 (2005): “Tratamiento de los niños no acompañados y separados fuera de su país de origen”. **Documento CRC/GC/2005/6, de 3 de junio de 2005.**

- Observación general n.º 7 (2005): Realización de los derechos del niño en la primera infancia⁵⁵⁹.
- Observación general n.º 8 (2006): El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículos 19, párrafo segundo del artículo 28 y artículo 37)⁵⁶⁰.
- Observación general n.º 9 (2006): Los derechos de los niños con discapacidad⁵⁶¹.
- Observación general n.º 10 (2007): Los derechos del niño en la justicia de menores⁵⁶².
- Observación general n.º 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Vid. Observación general n.º 7 (2005): "Realización de los derechos del niño en la primera infancia". **Documento CRC/GC/7/Rev.1, de 20 de septiembre de 2006.**

⁵⁶⁰ Vid. Observación general n.º 8 (2006): "El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículos 19, párrafo segundo del artículo 28 y artículo 37)". **Documento CRC/C/GC/8/, de 21 de agosto de 2006.**

⁵⁶¹ Vid. Observación general n.º 9 (2006): "Los derechos de los niños con discapacidad". **Documento CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007.**

⁵⁶² Vid. Observación general n.º 10 (2007): "Los derechos del niño en la justicia de menores". **Documento CRC/C/GC/10, de 25 de abril de 2007.**

⁵⁶³ Vid. Observación general n.º 11 (2009): "Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención". **Documento CRC/C/GC/11, de 12 de febrero de 2009.**

- Observación general n.º. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado⁵⁶⁴.
- Observación general n.º. 13 (2011): Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia⁵⁶⁵

c) Peticiones de estudios monográficos⁵⁶⁶: el Comité podrá recomendar a la Asamblea General de las Naciones Unidas que solicite al Secretario General que efectúe, en su nombre, estudios sobre cuestiones concretas relativas a los derechos de la infancia – artículo 45 c) de la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁶⁷ -. También podrá invitar la presentación de investigaciones por parte de otros órganos del sistema de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos sobre temas de importancia para el Comité. Los principales estudios que se han desarrollado bajo los auspicios de esta previsión del texto de la Convención han guardado relación con dos temas específicos: el impacto de los conflictos armados sobre la infancia⁵⁶⁸ y; la explotación sexual comercial de los niños.

d) Actuaciones de urgencia – *Urgent action procedure* -: este procedimiento tan sólo puede ser utilizado por el Comité de los Derechos del Niño cuando se esté produciendo una vulneración sumamente grave de alguno de los derechos

⁵⁶⁴ Vid. Observación general n.º. 12 (2009): “El derecho del niño a ser escuchado”. **Documento CRC/C/GC/12, de 20 de julio de 2009.**

⁵⁶⁵ Vid. Observación general n.º. 13 (2011): “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”. **Documento CRC/C/GC/13, de 18 de abril de 2011.**

⁵⁶⁶ Previsto en el artículo 76 del Reglamento del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/4, de 14 de noviembre de 1991.** Aprobado por el Comité en su 22ª reunión del primer período de sesiones y revisado por el Comité en su treinta período de sesiones – **Documento CRC/C/4/Rev. 1, de 25 de abril de 2005** -.

⁵⁶⁷ **Newell, Peter y Hodgkin, Rachel**, op.cit, New York, 1998, pág. 586.

⁵⁶⁸ Vid. **Graça, Machel**: Impact of Armed Conflict on Children. New York, 1996, Ed. Naciones Unidas.

reconocidos en el articulado de la Convención de 1989 en el ámbito territorial de uno de los Estados partes en dicho Tratado internacional⁵⁶⁹. El propio Comité ha recordado la función que pueden desempeñar este tipo de actuaciones como medio de alerta para impedir que se deteriore la situación o limitar la progresión de las violaciones existentes de los derechos de la infancia en un determinado país. Este tipo de procedimiento debe contemplarse, además, habida cuenta del espíritu que guía las actuaciones del Comité, con un ánimo de diálogo y cooperación con los Estados partes y no con un enfoque inquisitivo⁵⁷⁰. El Comité todavía nunca ha utilizado este recurso⁵⁷¹.

3. RECEPCIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN ESPAÑA

La importancia de la Convención radica en la fuerza vinculante de la que goza el articulado que en ella se reconoce, que obliga, por tanto, a los Estados que la suscriben. Por ello, las legislaciones nacionales tienen que adaptarse al espíritu y a los preceptos proclamados en el texto del tratado internacional. En el caso español, en lo que se refiere a cómo se ha operado la recepción de la Convención en el derecho interno son tres los preceptos de la Constitución española a tener en consideración.

⁵⁶⁹ Vid. el Informe sobre el segundo período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/10, de 19 de octubre de 1992 (para. 54-58).**

⁵⁷⁰ Vid. en este sentido el Informe sobre el cuarto período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño. **Documento CRC/C/20, de 25 de octubre de 1993 (para. 155-157).**

⁵⁷¹ Para **Verhellen Eugeen**, op. cit. pág. 94, “urgent actions can be taken by the Committee in case serious circumstances require this. This can be done at the requests of a convention state or on the initiative of the Committee itself. The case in question must involve violations against the Convention on the Rights of the Child and must be based on reliable information”.

En primer lugar, hay que destacar el apartado 2 del artículo 10 del texto constitucional, que obliga a una interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Carta Magna acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y demás Tratados y Acuerdos internacionales, tras su ratificación. Por tanto, la Convención sobre los Derechos del Niño se convierte, una vez ratificada por las autoridades españolas, en pauta de interpretación de los derechos que recoge la Constitución de 1978, concretamente en lo que se refiere a su aplicación en todos aquellos supuestos en los que se encuentren afectadas personas menores de edad, lo que se ha de traducir en una atención y protección reforzada de la infancia y la adolescencia.

En segundo lugar, hay que destacar el artículo 39.4 de la Constitución española que reza del siguiente tenor: “los niños gozarán de la protección prevista en los Tratados internacionales que velen por sus derechos”, ya que al aprobarse la Convención de 1989, este texto se convierte también, en España, en norma de protección de los derechos de los/as niños/as por imperativo constitucional. Así, la protección a la infancia incluida en este apartado, debe ser entendida como el intento del constituyente de remarcar la importancia que tiene la mencionada atención⁵⁷²; y, en este sentido, este precepto constitucional ha guiado la política más reciente de incorporación en el ordenamiento estatal de los textos internacionales sobre la materia⁵⁷³.

Pero, la mayor fuerza vinculante de la Convención en nuestro país, es consecuencia de lo establecido en el artículo 96 de la Constitución española. De acuerdo con el

⁵⁷² **Mangas Martín, Araceli**: “Cuestiones de Derecho Internacional Público en la Constitución española de 1978” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº. 61, Madrid, 1980, pág. 153.

⁵⁷³ **Fernández Rozas, José Carlos**, en **González Campos, Julio D. y otros**: Derecho Internacional Privado. Parte especial. Madrid, 1993, Ed. Eurolex, pág. 128.

primero de sus párrafos, la Convención - al igual que cualquier otro Convenio internacional – una vez ratificada y publicada en el Boletín Oficial del Estado, pasa a formar parte del ordenamiento español y es, por ello, norma interna directamente aplicable, invocable ante los tribunales y las autoridades españolas. Además, y en virtud de lo previsto en su apartado segundo, la Convención, como el resto de tratados internacionales suscritos por el Estado español, queda inmune frente a las leyes, por estar su modificación y derogación sustraída a las Cortes.

Los preceptos señalados convierten a la Convención sobre los Derechos del Niño en disposición legal de nuestro ordenamiento jurídico interno, y además pauta destacada para la interpretación y aplicación del resto de normativas, tanto estatales como autonómicas, en lo que se refiere a la infancia y a la adolescencia. Llegados a este punto, hay que introducir una matización en lo referente a las facultades atribuidas al Tribunal Constitucional, pues el alto Tribunal ha declarado el alcance meramente interpretativo de las declaraciones de derechos, pues considera que no es su competencia “examinar la observancia o inobservancia de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas”, sin perjuicio de que tales preceptos deban ser interpretados de conformidad con lo señalado en el apartado segundo del artículo 10 del texto constitucional⁵⁷⁴. Algunos autores concretan los diferentes aspectos del valor de los tratados en nuestro sistema jurídico, al considerar que “la fuerza que tienen los tratados no se desprende sólo del hecho de que los mismos formen parte del ordenamiento jurídico interno a partir de su publicación oficial, sino de que dichos

⁵⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio - BOE de 3-9-90 -.

tratados son instrumentos hábiles no sólo en la interpretación, sino también en la concreción y determinación de los derechos fundamentales⁵⁷⁵.

La eficacia jurídica y la aplicación específica de los derechos recogidos en la Convención dependerán del desarrollo legislativo que de la misma se realicen por parte de los distintos Parlamentos, estatal y autonómicos, con competencias sobre la materia. En esta labor de despliegue legal, el contenido de la Convención constituye la pauta mínima a tener en cuenta por el legislador, de modo que las normativas nacionales podrán profundizar en los derechos garantizados, atendiendo al compromiso de actuar en interés del menor, con medidas dirigidas a su atención y protección especial y a la de su familia⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ **De la Quadra Salcedo, Tomás**: “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº. 61, Madrid, 1980, pág. 138.

⁵⁷⁶ **Lázaro González, Isabel**, op. cit. pág. 75.

**CAPÍTULO IV. MARCO GENERAL DE RECEPCIÓN
DE LOS PRINCIPIOS DIMANANTES DE LA
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y EN
LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. ESPECIAL
REFERENCIA A CATALUÑA**

1. INTRODUCCIÓN

Nuestro Ordenamiento jurídico ha sido totalmente permeable a las evoluciones suscitadas a nivel internacional⁵⁷⁷. En efecto, un mero repaso de la normativa posterior a la Constitución de 1978, nos muestra el impacto que provocó en nuestra legislación, tanto estatal como autonómica, esa nueva sensibilidad que se venía forjando lejos de nuestras fronteras. Este cambio de paradigma con respecto a la infancia y la adolescencia coincidió en el tiempo con el despegue o expansión de las Comunidades Autónomas, que han ido marcando sus propias políticas públicas en la materia a través de su actividad parlamentaria.

La nueva consideración del niño, niña y adolescente como un sujeto activo de derechos, como un ser con capacidad de intervención autónoma, tanto por lo que a aspectos personales como patrimoniales se refiere, se ha ido imponiendo paulatinamente en el seno de nuestro sistema legal. Los influjos provenientes de los trabajos de discusión y elaboración del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño llevados a cabo en Ginebra desde el año 1979, así como la posterior aprobación, diez años después, de su texto definitivo, llamaron la atención, si bien es cierto que inicialmente de una manera más tenue para culminar luego con un incuestionable protagonismo, de nuestro legislador. No es de extrañar, pues, que tanto a nivel estatal como autonómico podamos identificar claramente un antes y un después a este Tratado Internacional de 1989 en todo lo relativo al trato legal irrogado a la infancia y la adolescencia.

⁵⁷⁷ Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño es posterior a la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, que modifica el Código civil español en materia de acogimiento y adopción, y a buena parte de la legislación autonómica de protección del menor que se aprueba en España desde su entrada en vigor; los trabajos preparatorios de la misma, que ya vimos que se iniciaron en 1979, son anteriores y no cabe duda que influyeron en la dirección de la reforma como lo hicieron en otros Estados de nuestro entorno.

La percepción de la persona menor de edad como un ser indefenso, débil, falto de capacidad, dependiente en todo momento de sus representantes legales, imperante en nuestro ordenamiento jurídico, en particular en el Derecho civil, hasta esos momentos, empezó a dar paso a un niño, niña y adolescente más autónomo, proactivo, consciente de sus derechos y responsabilidades, al que no debe aislarse del proceso de construcción de su vida y mucho menos del mundo que le rodea. En definitiva, los sistemas paternalistas de carácter eminentemente protector son superados y poco a poco sustituidos por modelos más democráticos e integrales de atención jurídica de las personas menores de edad.

El Estado español, tras la implantación del sistema democrático, ha recorrido en ese *iter* de la protección jurídica de las personas menores de edad, cuatro etapas marcadamente diferenciadas entre sí⁵⁷⁸: 1) la aprobación de la Constitución de 1978; 2) las reformas operadas en el Código civil entre 1981 y 1987; 3) la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y, 4) la recepción del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño en las diferentes Comunidades Autónomas.

⁵⁷⁸ Seguiremos las tres etapas marcadas por **Alonso Pérez, Mariano**: "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras" en *Actualidad Civil*, nº. 2, Enero 1997, págs. 20-22, y simplemente le añadiremos una cuarta fase, que transcurre paralela a las anteriores, en que se hace mención expresa a la recepción del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los ordenamientos jurídicos autonómicos. Estas mismas etapas son las apuntadas por **Rivero Hernández, Francisco**: "Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales" en **Oliveira, Guiherme**: *Direito da infancia, da juventude e do envelhecimento*. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 9, Coimbra, 2005, Ed. Coimbra Editora, págs. 13-15.

2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

El análisis relativo a las fuentes del régimen normativo propio de las personas menores de edad en España ha de partir, necesariamente, de lo dispuesto en nuestro texto fundamental, pues es en él donde se contienen, como sucede con el resto del ordenamiento legal, sus enunciados o principios esenciales.

Amén de lo afirmado, agrupamos en dos los grandes aspectos que caracterizan el estatuto jurídico constitucional de la persona menor de edad. Por una parte, el catálogo de derechos fundamentales contenido en el texto de la Carta Magna, en la medida en que también se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes en su condición de ciudadanos de pleno derecho; y, de otro, los títulos de distribución competencial entre los distintos entes territoriales, esencialmente Estado y Comunidades Autónomas, enumerados en los artículos 148 y 149 de la propia Constitución española. Todo ello enmarcado, además, dentro de la cláusula de Estado Social que define nuestro vigente sistema político, concepto que adquiere especial significación al referirse a la protección y derechos de la niñez⁵⁷⁹.

2.1. CARACTERES GENERALES Y TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La regulación contenida en la Constitución española de 1978 en materia de derechos de la infancia y la adolescencia es dispersa. No existe un precepto o bloque de disposiciones específicamente destinado a establecer las líneas esenciales del régimen jurídico de las personas menores de edad, sino que es preciso efectuar un

⁵⁷⁹ Lázaro González, Isabel, op. cit. pág. 56.

recorrido por todo el texto constitucional para ir componiendo las diversas normas básicas que conforman los presupuestos de la ordenación legal de la disciplina objeto de nuestro análisis⁵⁸⁰.

Si nos detenemos en el catálogo constitucional de derechos fundamentales y libertades públicas - Sección Primera del Capítulo II del Título Primero - comprobaremos como el texto de la Carta magna española no hace referencia explícita alguna a los sujetos titulares de tales derechos fundamentales - más allá de la distinción entre ciudadanos y extranjeros -. A pesar de ese silencio hay indicios suficientes como para afirmar que los derechos que se reconocen de manera general a "*todos*" los ciudadanos, deben entenderse igualmente referidos a los niños, niñas y adolescentes.

Dentro de la propia Constitución española, el artículo 10.1 proclama la dignidad del individuo. Al hablarse de "*persona*" no puede trazarse una distinción entre persona mayor y menor de edad, lo que vendría reforzado por el artículo 14 de la Constitución de 1978, que sintetiza en su contenido la prohibición a la discriminación entre otras razones, por edad. En este sentido, el propio Preámbulo de la Constitución hace referencia a la voluntad de la Nación española de "*proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos*". En consecuencia, puede defenderse que en la Constitución española encontramos un verdadero "*estatuto de derechos fundamentales de la infancia*"⁵⁸¹, pues la condición

⁵⁸⁰ **Rivero Hernández, Francisco:** "Efectos de la crisis matrimonial respecto de los hijos. Estudio judicial (Juzgados de Cataluña)", en Revista Jurídica de Cataluña, n.º. 3, 2003, pág. 659, entiende que el conjunto de normas que esos derechos – derechos de los menores como personas que son -, inspirada y en desarrollo de principios constitucionales, constituye el *estatuto jurídico del menor* en orden a su protección como persona menor de edad y a la prevalencia de su interés, si entra en conflicto con otros.

⁵⁸¹ **Esteban de la Rosa, Gloria,** op.cit. págs. 30-32.

de menor no es un límite a la aplicación de los derechos fundamentales⁵⁸². Hoy puede pensarse, a la luz de la evolución sufrida por este tipo de derechos, que la propia tutela del menor, en sí misma considerada, se ha convertido en un derecho fundamental o que se ha abierto una expectativa razonable de su consagración como tal: el derecho a la "*protección y promoción del niño*" como un derecho de estructura compleja que se caracterizaría por asumir las normas de "*tutela judicial efectiva*" y "*contenido esencial*" - artículo 53, párrafo 2º de la Constitución española -⁵⁸³.

Por lo que a la mención específica de los/as niños/as y adolescentes se refiere, el texto constitucional apenas les reserva tres alusiones expresas. El artículo 39.4 que establece que "*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*"⁵⁸⁴, el artículo 20.4 que prevé como límite a la libertad de expresión "*la protección de la juventud y de la infancia*"⁵⁸⁵, y

⁵⁸² Esta línea de argumentación en la doctrina italiana la encontramos en **Dogliotti, Massimo**: "Sul concetto di Diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, nº.1, abril 1977, págs. 954-963; y en **Mazza Galanti, Francesco**: "I diritti dei minori e la costituzione" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, págs. 673-687.

⁵⁸³ Como ha señalado **Basile, Silvio**: "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en **Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (Dirs.)**: *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*. Madrid, 1980, 2ª edición, pág. 278, la norma del artículo 10, párrafo segundo tiene el mérito de ofrecer parámetros relativamente precisos, con base en los que resultará más fácil para los jueces españoles admitir otros derechos fundamentales no expresamente sancionados por la Constitución, extendiendo a ellos eventualmente las garantías del artículo 53.

⁵⁸⁴ Para **Mangas Martín, Araceli**: "Cuestiones de Derecho internacional público en la Constitución española de 1978", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº. 61, 1980, pág. 153, el último apartado del artículo 39 de la Constitución española no incorpora nuevas protecciones a los menores en España, aunque sí supone un intento del constituyente de remarcar la importancia que tiene la protección a la infancia. Por su parte, **González León, Carmen**: *El abandono de menores en el Código civil*. Barcelona, 1995, Ed. José María Bosch Editor, pág. 20, considera redundante el punto 4º del artículo 39 CE, ya que los Convenios Internacionales, una vez publicados oficialmente en España, son parte integrante de nuestro Ordenamiento interno, y además el artículo 10.2 CE señala que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

⁵⁸⁵ En palabras de **Beltrán Aguirre, Juan Luís**: "Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 4, julio-diciembre 1987, pág. 125, el apartado 4 del artículo 20 de la Constitución española no trata de restringir la libertad de expresión en sí misma considerada, sino hacer

el artículo 27.1 referente al derecho a la educación que, obviamente, está dirigido al menor como sujeto paradigmático - aunque nada se diga al respecto -. El hecho de que “*todos tengan derecho a la educación*” y que las personas cuantitativamente más beneficiadas de este derecho sean niños, niñas y adolescentes - recordar que la escolarización obligatoria y gratuita hoy en día se extiende de los seis hasta los dieciséis años - nos lleva a afirmar que las personas menores de edad son las principales titulares de este derecho⁵⁸⁶.

Merece ser destacado de igual modo, el artículo 10.1 de nuestro texto constitucional. Dicho precepto, por su propia ubicación sistemática y, en particular, por hacer alusión a la dignidad del individuo y al libre desarrollo de la personalidad, es reputado por el propio Tribunal Constitucional como el “*prius lógico y ontológico y especificación de los demás derechos*”⁵⁸⁷. Además, esta disposición es la esencia, junto a las prerrogativas que le son inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, del orden político y de la paz social, del principio informador del sistema de atención y protección de la infancia y la adolescencia: el interés superior del menor o *favor minoris*⁵⁸⁸.

compatible su ejercicio con el reconocimiento constitucional del derecho del niño a desarrollarse de una forma sana y normal en los planos físico, intelectual, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad. Ello permite, prosigue este autor, promulgar normas que limiten el acceso del niño a determinadas informaciones o actividades que puedan resultar perturbadoras en su formación moral y que son consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión en sus diferentes manifestaciones.

⁵⁸⁶ A nivel educativo, la LODE - Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación - reconoció, por primera vez, un marco amplio de libertad y participación de los estudiantes. En conjunto, el modelo educativo dominante entre nosotros es, tanto en métodos como en organización, un modelo definido por la tolerancia y el respeto a una gradual autonomía y participación del niño.

⁵⁸⁷ **Sentencia del Tribunal Constitucional nº. 53/1985, de 11 de abril - RTC\1985\53 -** Fundamento jurídico nº. 3.

⁵⁸⁸ A la misma conclusión llegan **Cabedo Mallol, Vicente**: Marco constitucional de la protección de menores. Madrid, 2008, Ed. La Ley, pág. 26 y **Bartolomé Cenzano, José Carlos (de)**: Derechos fundamentales y libertades públicas. Valencia, 2003, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 73-82.

En definitiva, la Constitución además de impulsar las grandes reformas del Derecho de familia, hace de la persona menor de edad titular de una serie de derechos fundamentales, refuerza su valoración como sujeto y lo configura como un ser participativo y creador. También el texto constitucional, al igual que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en general, y la Convención sobre los Derechos del Niño en particular, sitúa a los padres como primeros responsables de la crianza y desarrollo de sus hijos/as, y sólo de manera subsidiaria el Estado asumirá los deberes y las cargas que implican la asistencia y la educación de las personas menores de edad – artículo 39 de la Constitución española⁵⁸⁹ -.

2.2. EL MODELO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

La familia encuentra su protección jurídico-constitucional en el artículo 39 de nuestra Carta Magna, precepto éste que principia el Capítulo III del Título I, donde se contienen los "*principios rectores de la política social y económica*", los cuales como expresa el artículo 53.3 de la propia Constitución española, "*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*"⁵⁹⁰. Se trata, pues, de principios informadores, tal y como cómo expresa el texto

⁵⁸⁹ **Flaquer Vilardebò, Lluís:** El destino de la familia. Barcelona, 1998, Ed. Ariel, Barcelona, pág. 140, utiliza el término "*familista*" para calificar a un sistema social cuando la institución familiar ocupa una importante presencia pública en su diseño y funcionamiento.

⁵⁹⁰ De acuerdo con **Calvo Caravaca, Alfonso Luís y Carrascosa González, Javier:** Derecho de familia internacional. Madrid, 2003, Ed. Colex, págs. 71-74, todos los modelos de familia que conviven en España son dignos de protección constitucional y legal, pues la Constitución Española no acoge un concepto único y restrictivo de familia que deba ser objeto de atención. Es más, la familia a proteger jurídicamente no es sólo la "familia matrimonial" - STC 222/1992 -, como lo fue en el pasado. Los casos en los que un "modelo de familia" no recibe protección jurídica deben ser delimitados con sumo cuidado, para no vulnerar el mandato constitucional de protección a la familia. Para **Barudy, Jorge:** El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Barcelona, 1998, Ed. Paidós, pág. 41, la familia es un sistema complejo, a la vez viviente y humano, en interacción permanente con su medio ambiente.

constitucional, y no de normas de aplicación directa. A ello se refiere el artículo 53.3 *in fine* de la Constitución española cuando menciona que "*sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*"⁵⁹¹.

Ese modelo o sistema de protección a la familia y salvaguarda de las personas menores de edad acogido por nuestro texto constitucional en su artículo 39 ha sido calificado por la doctrina como *mixto*, o parcialmente público, basado en la estrecha correlación existente entre los ámbitos privado y público⁵⁹²; queriéndose con ello hacer énfasis en que las finalidades se cumplen tanto por el Estado⁵⁹³ - sistemas de seguridad social, servicios sociales, organismos públicos de protección a la infancia

⁵⁹¹ **Chacón Villar, Pablo:** "Comentarios al artículo 39 de la Constitución" en **Casas Baamonde, María Eulalia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.):** Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario. Toledo, 2009, Ed. Fundación Walters Kluwer, pág. 1004.

⁵⁹² Para **Roca i Trias, Encarna:** "El nou dret català sobre la família" en Revista Jurídica de Catalunya, n.º. 1, 1999, pág. 10, en el contexto constitucional, el artículo 39 C.E. establece un sistema calificado como mixto. Ello significa que la protección económica, social e incluso jurídica de la familia no queda limitada a los poderes públicos, sino que implica a los propios interesados, primordialmente a través de las obligaciones derivadas de la potestad, la tutela y los alimentos entre parientes. En este mismo sentido vid. **Roca i Trias, Encarna:** "Familia, familias y Derecho de la familia", en Anuario de Derecho Civil, n.º. 4, 1990, pág. 1056. También, **Roca i Trias, Encarna:** Familia y cambio social (De la casa a la persona). Madrid, 1999, Ed. Cuadernos Civitas, págs. 33, 66-68 y 222, defiende que el Derecho español no se basa en una contraposición sector público y sector privado, sino en una cooperación entre ambos sectores, ya que las finalidades esenciales se obtendrán por medio de la atribución a cada uno de ellos de unas funciones específicas, en lo que se ha denominado sistema mixto. Esta misma idea también aparece en **Flaquer, Lluís (Coord):** Informe sobre la situació de la família a Catalunya. Un intent de diagnòstic. Barcelona, 2002, ed. Departament de Benestar Social. Generalitat de Catalunya, pág. 186. Por último, también se adscribe a este discurso **Rivero Hernández, Francisco:** "Protección civil de los menores en España. Lineas fundamentales" en **Oliveira, Guiherme:** Direito da infancia, da juventude e do envelhecimento. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 9, Coimbra, 2005, Ed. Coimbra Editora, págs. 15-17.

⁵⁹³ **Flaquer Vilardebò, Lluís:** "Las políticas de apoyo a las familias", en **Gómez-Granel, Carme; García Milà, Mercè; Ripol-Millet, Aleix y Panchón, Carme (Dirs.):** Infancia y familias: realidades y tendencias. Barcelona, 2004, Ed. Ariel, págs. 63-79, apunta que por lo que al Estado se refiere, éste debe establecer el sistema que permita a los ciudadanos gozar de la plenitud de sus derechos fundamentales y de la implementación de los derechos sociales, es decir, debe facilitar los medios e instrumentos necesarios para que toda persona desarrolle de manera plena su personalidad.

– como por los particulares⁵⁹⁴ – alimentos entre parientes, obligaciones propias derivadas de la filiación, pensiones en caso de separación/divorcio -.

El citado mandato constitucional se manifiesta del siguiente tenor:

“1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

Tal y como han subrayado algunos autores, la distribución interna de este precepto cubre diversos aspectos de la protección familiar: la familia en general (núm. 1), los hijos y las madres (núm. 2), los deberes asistenciales derivados de la paternidad

⁵⁹⁴ Correspondería a los particulares prestar determinados servicios asistenciales, que se prestan en el ámbito del grupo familiar y que deben tener también como finalidad última el proporcionar a los miembros del grupo el disfrute efectivo de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio de solidaridad familiar. En este ámbito se colocan las relaciones paterno-filiales, los alimentos entre parientes y las pensiones y alimentos en los casos de separación y divorcio, entre otros.

(núm. 3) y la protección de la infancia conforme a los acuerdos internacionales (núm.4)⁵⁹⁵.

Esta disposición, en sus cuatro apartados, diseña un programa constitucional, que trata de asegurar que toda persona menor de edad se desarrolle de manera plena y adecuada, interviniendo en el mismo dos tipos de fuerzas centrípetas: la privada, a través de las obligaciones que la Constitución impone a la familia; y la pública, mediante el desarrollo de la protección integral que se garantiza a los/as hijos/as y a aquéllos que deben contribuir a alcanzarla de una manera efectiva⁵⁹⁶.

La referencia a la protección integral a la que alude el apartado segundo del artículo 39 de la Constitución española se incardinaria dentro de la calificada como protección social, económica y jurídica de la familia establecida en el punto primero del propio precepto⁵⁹⁷. El empleo de la expresión "*asimismo*" reforzaría esta afirmación, pues con ello el legislador ha querido plasmar idéntico haz tutelador dirigido a los/as hijos/as de familia⁵⁹⁸. Esa misma lectura interconectada de los

⁵⁹⁵ **Espín Cánovas, Diego**: "Artículo 39. Protección de la Familia" en **Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.)**: Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo IV. Madrid, 1996, Ed. Edersa, pág. 47. Corroborar esta opinión **Gálvez Montes, F. Javier**: "Comentarios al artículo 39 de la Constitución española" en **Garrido Falla, Fernando (Dir.)**: Comentarios a la Constitución. Madrid, 2001, Ed. Civitas, pág. 849. al configurar el artículo 39 CE, como regulador de la protección a la familia, a los hijos y a la madre. La única referencia que en realidad excede del Derecho de Familia es la contenida en el número 4, referida a la protección del niño.

⁵⁹⁶ Según **Roca i Trias, Encarna**: "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Revista Jurídica de Cataluña, nº. 4, 1994, pág. 976, el desarrollo que menciona el artículo 39 de la Constitución española no es otro que el previsto en el artículo 10 del propio texto constitucional, tal y como también pone de manifiesto el artículo 27.2. de la Constitución española al regular el objeto del derecho fundamental a la educación "*el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*".

⁵⁹⁷ **González León, Carmen**, op. cit. pág. 20.

⁵⁹⁸ **Martínez-Calcerrada Gómez, Luís**: El nuevo Derecho de Familia. Tomo I. Estudio de la Constitución española y de la Ley de 13 de mayo de 1981. Madrid, 1981, pág. 41, añade a lo apuntado que los intereses de los/as hijos/as deberán ser tenidos en cuenta de manera preferente.

distintos párrafos que integran el artículo 39 de la Constitución española, ha impulsado a cierto sector doctrinal a juzgar el redactado del segundo de sus incisos como de poco afortunado o no excesivamente feliz. En efecto, la protección que se proclama por parte de los poderes públicos respecto de los/as hijos/as - artículo 39.2 del texto constitucional - sólo tiene sentido en tanto en cuanto que estos son menores de edad, lo que se convierte en una reiteración, desde el momento que a ellos se dedica en exclusiva el artículo 39.4 de nuestra Carta Magna⁵⁹⁹.

También ha suscitado ciertas controversias a nivel doctrinal el determinar si en nuestro texto constitucional se da o no cabida a manifestaciones concretas y específicas a la protección integral a la familia y a los/as hijos/as a que nos venimos refiriendo. Algunos autores se han pronunciado en forma negativa⁶⁰⁰; mientras que otros, por el contrario, sí creen entrever ciertas demostraciones de estos tres planos o ámbitos de intervención estatal en la norma suprema: el derecho a la intimidad familiar y la intervención de los padres en la educación de sus hijos, desde la óptica social; el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente, en el ámbito económico; y la limitación, en aras al cuidado de la infancia, de las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución española y el derecho a no declarar por razón de parentesco, desde la perspectiva jurídica.

⁵⁹⁹ En este sentido se manifiesta **Alzaga Villaamil, Óscar**: Comentario sistemático a la Constitución española de 1978. Madrid, 1978, Ed. Ediciones del Foro, pág. 311.

⁶⁰⁰ **Escudero Lucas, José Luis**: La tuición del menor abandonado (artículo 172 del Código civil). Murcia, 1995, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pág. 19, sostiene que la Constitución no enumera el contenido de la protección familiar, sino que de modo general alude al ámbito social, económico y jurídico de esta protección, y no establece referencias concretas a la protección propiamente dicha.

Es importante también traer a colación que, a la hora de proteger a los hijos poco o nada importa el concepto de familia que encierre el precepto en cuestión, pues todos ellos son iguales ante la ley con independencia de su filiación, matrimonial o no matrimonial⁶⁰¹. Además, al asumir la tutela de la familia rango constitucional y, dado el lugar prioritario que ocupa ésta en la jerarquía de las fuentes, hay autores que consideran que podría incluso hablarse de un *Derecho constitucional de la familia*⁶⁰².

Para encontrar los antecedentes del actual redactado del artículo 39 de la Constitución española, tenemos que remontarnos a la composición de la Constitución republicana de 1931⁶⁰³. Fue en este documento donde por primera vez en la historia constitucional española se contempló de manera expresa la protección pública de la infancia. El artículo 43 de la Constitución de 1931, precedente inmediato de nuestro artículo 39, se pronunciaba del siguiente tenor: "*La familia está bajo la salvaguarda especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de*

⁶⁰¹ **Alonso Crespo, Evelia:** Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos. Las Rozas (Madrid), 2004, Ed. La Ley Actualidad, pág. 13.

⁶⁰² **Caparrós Civera, Neus y Jiménez-Aybar, Iván:** El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales. Madrid, 2001, Ed. Rialp, pág. 45. Por su parte, **Doral García, José Antonio:** Principios de Derecho de familia. Granada, 1980, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, págs. 6-7, acoge esta misma expresión, si bien advierte dicho autor que la locución Derecho constitucional de la familia no ha de llevarse, con todo, más allá de sus propios límites, por las siguientes razones: 1. En el ámbito de dicha tutela no se incluye la protección ética de la familia; 2. Todo el Derecho de familia sería Derecho constitucional, dado el carácter sistemático del Derecho y la trabazón que las normas, cualesquiera que sea su rango, tienen entre sí.

⁶⁰³ **Caparrós Civera, Neus y Jiménez-Aybar, Iván,** op. cit. pág. 45, creen ver en el artículo 22 del Fuero de los Españoles de 1945 un antecedente al artículo 39 de la Constitución española. Este precepto establecía que "*el Estado reconoce y ampara la familia como institución natural y fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda Ley humana positiva*". Por su parte, **Gálvez Montes, F. Javier,** op. cit. pág. 848, también cita como precedente al artículo 39 de la Constitución española, la Declaración III, 1 del Fuero del Trabajo de 1938, que se pronuncia del siguiente tenor: "*La retribución del trabajo será, como mínimo suficiente para proporcionar al trabajador y su familia una vida moral y digna*".

*cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa. Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las Leyes civiles regularán la investigación de la paternidad. No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna. El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos y protección a la maternidad y a la infancia haciendo suya la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos del niño*⁶⁰⁴.

Tal y como puede comprobarse el precepto republicano opta, en primer lugar, por declarar de forma genérica que la "*familia está bajo la salvaguarda especial del Estado*", sin entrar a concretar que se entiende por esa defensa o amparo singular que se irroga a tal institución. El texto del artículo 39 de la Constitución española de 1978, en cambio, es más preciso al delimitar y encuadrar la actividad de los poderes públicos en atención a la familia a las dimensiones: social, económica y jurídica⁶⁰⁵. Por otra parte, mientras que el artículo 43 de la Constitución de 1931 especifica el contenido del deber de asistencia de los padres con respecto a sus hijos, al prescribir que "*los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos*", no acaece lo mismo en la vigente Constitución, en que se prefiere la expresión más global de "*prestar asistencia de todo orden*". Correspondiendo la tarea de definir dicha prestación o mandato legal no al nivel constitucional sino al legislador

⁶⁰⁴ Para un análisis detallado del artículo 43 de la Constitución de 1931 vid. **Fosar Benlloch, Enrique**: Estudios de Derecho de familia. Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 65-82.

⁶⁰⁵ **Martínez-Calcerrada, Luís**, op. cit. págs. 37-40, desarrolla lo que en su opinión queda comprendido dentro de las tres esferas de protección de la familia: social, económica y jurídica. La misma operación realiza **Espín Cánovas, Diego**, op. cit. págs. 51-52.

ordinario⁶⁰⁶. Así, estos deberes paternos para con sus hijos aparecen detallados en el artículo 154 del Código civil: "*velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; así como representarlos y administrar sus bienes*". En idéntico sentido se pronuncia el artículo 236-17.1º del Código Civil de Cataluña. Finalmente, ambos textos - aunque con mayor claridad la Constitución de 1978 - concluyen con sendas cláusulas de cierre del sistema de protección de menores. El artículo 39 al hacer una remisión expresa a los acuerdos internacionales que velen por los derechos de los niños, niñas y adolescentes; y el artículo 43, por su parte, al hacer lo propio con la Declaración de Ginebra o tabla de los derechos de la niñez.

Esta alusión contenida en el punto 4 del artículo 39 de la Constitución española a la "*protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*", consecuencia de la polvareda que se organizó a la vista del olvido que al respecto sufrió el Borrador de la Ponencia⁶⁰⁷, ha sido objeto de múltiples interpretaciones⁶⁰⁸. Mientras que algunos autores la perciben como una reiteración

⁶⁰⁶ Escudero Lucas, José Luis, op. cit. pág. 20.

⁶⁰⁷ Este precepto constitucional, que no figuraba en el Anteproyecto - Boletín Oficial del Congreso de 5 enero de 1978 -, fue postulado en las enmiendas registradas con los números 5 (de la señora Fernández-España), 22 (del señor Jarabo Payá), 48 (del señor Gómez de las Rocas), 183 (del Grupo Parlamentario Minoría Catalana), 481 (del Grupo Parlamentario Mixto) y 162 (del Grupo Parlamentario Vasco). En la motivación de la primera de estas enmiendas se argumentaba que resulta incoherente la omisión de tan fundamental cuestión en el texto constitucional, teniendo en cuenta que hace cuarenta y seis años que el artículo 46 de la Constitución de 1931 recogió la Declaración de Ginebra o Tabla de los Derechos del Niño, y diecinueve años desde que nuestro país votó afirmativamente, el 20 de noviembre de 1959, en la Asamblea General de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Niño. **Martínez-Calcerrada Gómez, Luis**, op. cit. pág. 63, nos recuerda que el punto cuarto del artículo 39 CE, es consecuencia de una reiterada campaña parlamentaria y **Fosar Benlloch, Enrique**, op. cit. págs. 247-248, en la misma línea, también alude al olvido de los derechos del niño en la redacción del borrador de la Ponencia constitucional, y a la campaña que entidades como Unicef España hicieron para subsanar tal descuido.

⁶⁰⁸ Al respecto de este aparatado cuarto, **Alzaga Villaamil, Óscar**, op. cit. págs. 153 y 313, se pregunta si no hubiera sido camino más rápido y conducente a la adopción de fórmulas elaboradas y estilísticamente más felices, el constitucionalizar las tablas de derechos y libertades de la Declaración Universal de las Naciones Unidas, de la Carta Europea, e incluso de la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la ONU el 29 de noviembre de 1959.

de las previsiones ya estipuladas en los artículos 96 y 10.2 del propio texto constitucional⁶⁰⁹ o incluso como una simple norma en blanco⁶¹⁰; otros, en cambio, marcan una línea divisoria entre los acuerdos internacionales ratificados por España y los que no lo hayan sido. Los primeros, una vez sancionados y publicados en el Boletín Oficial del Estado pasan a formar parte del ordenamiento interno, como reconoce la propia Constitución en su artículo 96, y su modificación resta sujeta tanto a las reglas prefijadas en el propio texto convencional como a las generales del Derecho internacional público. Mayor dificultad ofrecen los tratados internacionales que no hayan sido ratificados por España, ya que no puede entenderse que formen parte de nuestra normativa. En este último supuesto, el artículo 39.4 de la Constitución de 1978 lejos de ser considerado como un precepto baladí o vacío de contenido, cumple una función normativa importante como fuente de inspiración programática del futuro legislador y como criterio exegético de otras disposiciones vigentes ya en nuestro Derecho, que permitan un aproximación por vía deductiva a los Pactos y Acuerdos internacionales⁶¹¹.

⁶⁰⁹ **González León, Carmen**, op. cit. págs. 20-21, considera el apartado cuarto del artículo 39 de la Constitución española como redundante si se atiende a los artículos 96 y 10.2 de la propia Carta Magna.

⁶¹⁰ **Martínez-Calcerrada Gómez, Luís**, op. cit. pág. 63, reputa que el precepto es como una norma en blanco que, obviamente, precisará una acomodación legislativa a los diferentes acuerdos internacionales, en vía de desarrollo.

⁶¹¹ **Escudero Lucas, José Luis**, op. cit. pág. 21 y **Espín Cánovas, Diego**, op. cit. pág. 61. Un posicionamiento similar mantiene **Fosar Benlloch, Enrique**, op. cit. págs. 248-249, quien tras criticar a Alzaga por sostener que el apartado cuarto del artículo 39 CE requiere de un desarrollo legislativo para incorporar a nuestro Ordenamiento jurídico los derechos del niño, manifiesta que en la medida en que las Convenciones y Pactos hayan sido ratificados por España y en la medida en que establezcan verdaderos derechos y no simples declaraciones programáticas, es evidente que por obra de la recepción automática, no precisan de desarrollo legal ninguno para ser incorporados a nuestro sistema normativo interno.

De esta forma, se concibe la actuación del Estado como un mecanismo de garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y es por ello que los poderes públicos no pueden restar indiferentes ante ciertos problemas, deben por el contrario, proveer soluciones y no dejar que sean los propios particulares los que de manera exclusiva deban solventarlos. Éstos y el Estado deben colaborar⁶¹², por tanto, de manera estrecha en alcanzar el grado de bienestar que corresponde⁶¹³. Así, el Derecho de familia ya no puede ser considerado como un sistema que afecta exclusivamente a intereses particulares, sino que, por el contrario, ha ido

⁶¹² **Flaquer Vilardebò, Lluís**, op. cit. pág. 184, afirma que el recinto doméstico ya no es un coto cerrado y recibe el impacto de numerosos factores exteriores, desde la política social hasta las leyes protectoras de la infancia. Ya no puede seguir afirmándose que la tendencia imperante en la familia de nuestras sociedades es la privatización; tanto se da ésta, como en palabras del autor, la “publicización”. En este mismo sentido se pronuncia **Glendon, Mary Ann**: *The transformation of family law. State, Law, and Family in the United States and Western Europe*. Chicago, 1989, Ed. The University of Chicago Press, págs. 291-313, quien considera que en nuestra sociedad – se refiere a la sociedad occidental – la familia ha dejado de ser la cédula básica; ahora lo son los individuos. También, **Brullet, Cristina y Roca, Clara**: “Relacions familiars i autoritat” en “*Infància, famílies i canvi social a Catalunya*”, Ed. Institut d’Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i les Famílies, Vol. I, Barcelona, 2005, pág. 72, plantean que la cuestión de cómo se debe concretar el equilibrio entre el derecho a la privacidad de personas y familias, y la necesidad de una acción pública que asegure el desarrollo físico, psicológico, moral y social de toda la ciudadanía es un debate abierto y constante en toda democracia.

⁶¹³ **Borras Rodríguez, Alegria**: “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º. 4, 1994, pág. 965, considera que la superación de la distinción entre lo público y lo privado es patente en esta materia – refiriéndose a los derechos de la infancia -. Para esta autora es importante el hecho de que la cuestión ahora no se encuentra en el estricto ámbito de lo tradicionalmente denominado “privado”, sino que hay una fuerte incidencia de la actividad pública, lo cual ha forzado también la evolución de la materia. Así, una cuestión perteneciente tradicionalmente al ámbito de la familia, cual es la protección de los menores, dispone ahora de una amplia proyección de carácter público, en atención, precisamente, al interés superior del menor, que excede del círculo estrictamente familiar. A esta misma conclusión llega **Fernández Masía, Enrique**: “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España” en *Actualidad Civil*, n.º. 19, mayo, 1998, págs. 427-428, al considerar que las formas de protección de los menores han sufrido una profunda transformación en las últimas décadas reflejándose, básicamente, en la creciente acentuación de la dimensión pública frente a la puramente privada en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos. También en este sentido se pronuncia **Vlaardingerbroeck, P.**: “Child care and protection measures and minor foreigners: the legal position of minors” en **Lowe, N. y Douglas, G (Eds.)**: *Family across frontiers* London, 1996, págs. 499-513. Por su parte, **Lázaro González, Isabel**, op. cit. pág. 148, llega a la conclusión de que la intervención administrativa en la familia - y la legislación que regula dicha actuación - se ampara en la superación de la identificación entre familia y Derecho civil de familia como realidades en las que no era posible actuación pública alguna. Finalmente, **Garcés Sanagustín, Ángel**, op. cit. pág. 541, corrobora la idea de que en ocasiones es muy difícil deslindar lo que son aspectos exclusivamente propios del Derecho privado de ciertas actuaciones administrativas en este ámbito.

adquiriendo de manera paulatina un fuerte contenido público, con aspectos que se refieren tanto a la imperatividad de las normas que regulan los procesos relacionados con cuestiones de Derecho de familia como la asistencia social de todo tipo que debe prestar la Administración pública a dicha institución⁶¹⁴. Esa naturaleza de orden público, de *ius cogens*⁶¹⁵, justifica una interpretación específica, finalista, de algunas normas concretas a favor de las personas menores de edad⁶¹⁶. La idea de que las relaciones intrafamiliares son asunto privado es una ilusión, por el contrario, su funcionamiento está pautado, controlado. La familia se ve obligada a dar una imagen *honorable* de si misma. Es vulnerable a las presiones del entorno, en otras palabras, es accesible a las intervenciones directas de las autoridades: por citar un ejemplo, las trabajadoras sociales penetran en el interior de los hogares, actúan sobre los

⁶¹⁴ **Grosman, Cecilia y Martínez Alcorta, Irene:** Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales. Buenos Aires, 2000, Ed. Editorial Universidad, pág. 29, manifiestan que la creciente privatización de la familia ha llevado concomitantemente a una reducción del orden público. Los particulares, entienden estas autoras, en mayor medida, deciden la organización de su vida íntima, sin que la ley y la justicia pueda interferir en dicha esfera. Sin embargo, si lo privado es excluido del dominio público, al mismo tiempo la sociedad y el Estado controlan a la familia en la medida en que los comportamientos y acciones de los adultos afecten o constituyan un riesgo para los niños. Concluyen su análisis afirmando que, por una parte se produce una suerte de desinstitucionalización de la familia al darse un mayor juego a la voluntad individual, mientras que por la otra parte aparece una intervención pública que regula los efectos sociales de esta libertad de la esfera privada.

⁶¹⁵ Vid. **Roca i Trias, Encarna:** “Familia, familias y Derecho de la familia”, en Anuario de Derecho Civil, nº. 4, 1990, pág. 1056. Por su parte, también tener presentes las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1984, de 10 de diciembre (FJ 2), que dispone que “no es ocioso traer a colación alguna somera reflexión en orden al carácter de todo el proceso matrimonial, en el que se dan elemento no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia” y 4/2001, de 15 de enero (FJ 4). En ese mismo sentido se pronuncian las Sentencias (Sala de lo Civil) del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987 (FJ 2) al entender que “en el proceso matrimonial conviven con el elemento dispositivo otros de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza del Derecho de familia; de 15 de marzo de 1989 (FJ 1) que viene a declarar que “el sentido *iusprivatista* del Derecho de familia ha evolucionado en los últimos años hasta el punto de romper los estrechos moldes en que se encontraba enmarcado para pasar a integrarse en el *ius cogens* y en el ámbito del derecho público. Esta nueva naturaleza ha marcado las instituciones que la componen y transido los procesos de principios que han sustituido a los arcaicos y tradicionales”; y de 5 de mayo de 1989 (FJ 1) que reproduce el contenido de la anterior.

⁶¹⁶ **Rivero Hernández, Francisco,** op. cit. pág. 659.

guardadores, elaboran informes y para el caso de que se produzca un desajuste toman medidas⁶¹⁷.

En definitiva, en el actual sistema, la separación entre lo público y lo privado se difumina y las responsabilidades se comparten, cada vez en mayor medida, entre la familia y los poderes públicos. En este sentido, el artículo 39 de la Carta Magna atribuye tanto a los padres como a los poderes públicos la responsabilidad de brindar asistencia y protección a los niños, niñas y adolescentes. Por un lado, los poderes públicos tienen la responsabilidad de diseñar e implementar políticas públicas y planes nacionales de infancia dirigidos a garantizar la plena efectividad de sus derechos, tanto en los aspectos personales como sociales, en el ámbito de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio⁶¹⁸. Por otra parte, nuestro Ordenamiento jurídico encomienda de manera preferente a los padres la obligación de prestar, en el seno de la familia, determinadas funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales de las personas menores de edad⁶¹⁹.

⁶¹⁷ **Rochefort, Christiane**, op. cit. pág. 26, define de manera muy gráfica esta idea, al apuntar que esta ilusión de un territorio privado – refiriéndose a la familia – es una trampa en la que prácticamente todo el mundo cae.

⁶¹⁸ Vid. **Palma del Teso, Ángeles (de)**: “La protección de los menores por las administraciones públicas”, Revista Jurídica de Cataluña, n.º. 2, 2004, pág. 38-39. También, **Gala Vallejo, César**: “La familia y su protección en España”. Madrid, 2002, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 99-105, considera que del artículo 39.1 de la Constitución española se desprenden las características que presenta el aseguramiento de la protección social, económica y jurídica de la familia: (1) es una función social del Estado y (2) constituye un principio de valor normativo directo y de actuación, que debe tener una realización progresiva mediante su concreción en leyes ordinarias. En opinión de **Brullet, Cristina y Torradella, Laura**: “La infancia en las dinámicas de transformación familiar”, en **Gómez-Granell, Carme; García Milà, Mercè; Ripol-Millet, Aleix y Panchón, Carme (Coords.)**: Infancia y familias: realidades y tendencias. Barcelona, 2004, Ed. Ariel, Barcelona, pág. 37, los niños y niñas son agentes activos en sus relaciones familiares y también son sujetos con derechos propios en nuestra sociedad democrática. En este sentido, el Estado, independientemente de la familia, tiene responsabilidades propias con ellos en tanto que son ciudadanos de derecho y debe asegurarles una vida digna. En aras de este objetivo, los gobiernos desarrollan políticas educativas, sanitarias y familiares, pero también políticas específicas de apoyo a aquellos que viven en situaciones de mayor vulnerabilidad social.

⁶¹⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966 - ratificado por España el 13 de abril de 1977 - dispone en su artículo 24.1 que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento

Así, a pesar de tratarse de un ámbito en el que coexisten dos ordenamientos distintos – que, además, responden a principios en muchas ocasiones antagónicos -, debe recalcarse el carácter subsidiario de la actuación pública respecto de lo que son las responsabilidades que, en primer término, corresponden a quienes tienen a los menores a su cargo⁶²⁰. Ahora bien, las Administraciones públicas no son del todo ajenas a esta tarea privada, sino que se les reserva el deber de colaborar con la familia con el fin de favorecer y hacer posible en todo caso que los padres, tutores o guardadores cumplan con sus obligaciones para con los niños y los adolescentes⁶²¹.

a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

⁶²⁰ El **Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya**: Dictamen nº. 195. Dictamen solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación con el Dictamen de la Comisión de Política Social y las enmiendas y votos particulares reservados para defender en el pleno, sobre el Proyecto de Ley de atención y protección de la infancia y la adolescencia. Ed. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, pág. 112, menciona que la intervención de los poderes públicos será supletoria, en aplicación del principio de subsidiariedad, uno de los principios básicos en que se fundamenta el Proyecto, con la finalidad de fijar un sistema general catalán de asistencia y protección a la infancia y a la adolescencia. También se pronuncia de manera expresa en este sentido el apartado cuarto del artículo 37 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, al establecer que "en los casos de niños en situación de desamparo, las administraciones públicas actúan subsidiariamente en relación con los progenitores o titulares de la tutela o de la guarda que ejercen los deberes de crianza y formación".

⁶²¹ En opinión de **O'Donnell, Daniel**: "La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido", en los materiales del Curso dirigido a especialistas del área jurídica de la niñez organizado por el Instituto Interamericano de la Niñez, 2005, Ed. Instituto Interamericano de la Niñez, pág. 10, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo al papel de los padres en el ejercicio de los derechos del niño, recoge un principio general que constituye la piedra angular de la Convención. Las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres hacia el niño, de acuerdo con el anterior principio, son dobles: por una parte, ha de permitirle ejercer los derechos reconocidos en la Convención, y por otro ha de proporcionarle "la dirección y orientación apropiadas" para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, han de ser consonantes con la "evolución de las facultades del niño". Asimismo, la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por **Resolución A3-0172/92, de 8 de julio de 1992**, establece en su artículo 8 apartado once que "corresponde a los padres en prioridad el dar al niño una vida digna y, en la medida de sus recursos financieros, los medios para satisfacer sus necesidades". Seguidamente se dispone que "los Estados deberán asegurar a los padres la oportuna asistencia en las responsabilidades que les competen, a través de los correspondientes organismos, servicios y facilidades sociales". Vid. también en este sentido el artículo 12.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor en el que se prevé que "los poderes públicos velarán para que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al desarrollo del menor"; y el artículo 37 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, el cual tras afirmar que la "responsabilidad primordial en la crianza y formación de los niños y los adolescentes corresponde a los padres y las madres o a las personas que tienen atribuida su tutela o su guarda, de acuerdo con lo que dispone la legislación vigente" (apdo. 1) y que

Por tanto, la familia es la institución primera y directamente responsable de la guarda de los niños, niñas y adolescentes, de su crianza y formación⁶²². Tanto los padres como los/as hijos/as tienen reconocido con el más alto rango el derecho a la vida familiar. En virtud de ello, los menores deberán crecer siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de sus progenitores.

Además de colaborar con la familia en el ejercicio de sus funciones de asistencia y protección de las personas menores de edad, las Administraciones públicas quedan obligadas a velar para que dicho encargo se haga efectivo. De tal manera que, sólo en tanto éstos - padres, tutores, o guardadores - falten al cumplimiento de sus deberes respecto del niño, niña o adolescente se aplicarán las medidas de protección pública previstas legalmente⁶²³.

aquellos “deben asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral de los niños y adolescentes” (apdo. 2), dispone que “las Administraciones Públicas deben velar por la protección de los niños y los adolescentes en el caso de mal uso de la potestad parental, tutelar o de la guarda, así como porque los padres, los titulares de la tutela o los que tienen la guarda dispongan de las oportunidades y de los medios de información y formación adecuados para ayudarles a cumplir con sus responsabilidades para con los niños y adolescentes. Asimismo, deben poner especial atención en las necesidades de los niños y adolescentes de familias monoparentales y en el ámbito de familias pertenecientes a los grupos menos favorecidos o que vivan en situación de pobreza” (apdo. 3), al igual que “las administraciones públicas deben hacer extensibles a los titulares de la tutela o de la guarda los sistemas de prestaciones sociales dirigidos a los progenitores, para favorecer el cumplimiento de sus responsabilidades. Asimismo, deben asesorarles en situaciones de crisis familiar, en el marco establecido por la legislación de Cataluña relativa a servicios sociales” (apdo. 4). Tal y como apunta **Clemente, Rosa**: Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora, págs. 52-56, esta misma idea se reproduce en el ordenamiento jurídico portugués.

⁶²² En ese sentido, se pronuncian los artículos 5, 9.1 y 3 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el apartado 3º de la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1986.

⁶²³ **De Palma del Teso, Ángeles**, op. cit. pág. 41, considera que la actuación administrativa protectora se guía por el principio de *subsidiariedad progresiva*, esto es, el alcance e intensidad de la intervención de las Administraciones públicas vendrá condicionado por el grado de desatención o desprotección que sufra el menor en el seno de su familia. En ese mismo sentido y al tratar de los conflictos de intereses en el ejercicio de la patria potestad se pronuncia **Sánchez González, M^a Paz**: “El conflicto de intereses en el ejercicio de la patria potestad en el Código de Familia de Cataluña”, Revista Jurídica de Cataluña, n.º. 3, 2001, pág. 32, quien considera que se permite la intervención de los poderes públicos en aquellos casos en los que el ejercicio, por los titulares de la patria potestad, de las funciones que tengan legalmente encomendadas, pueda menoscabar los derechos del menor. En todos estos supuestos, la intromisión del Estado en las relaciones paterno-filiales,

En este mismo sentido se ha venido interpretando el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales – CEDH -, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953 y sucesivamente revisado y completado por diversos protocolos adicionales⁶²⁴. Este precepto reconoce en su apartado primero el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, y a continuación, en su apartado segundo, establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta intromisión esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás⁶²⁵.

no sólo será lícita, sino que, además, vendrá exigida por la tutela del interés superior del menor, verdadera piedra angular de toda la legislación relativa al mismo. También **Alberdi, Inés**: La nueva familia española. Madrid, 1999, Ed. Taurus, págs. 56 y 68-71, estima que la familia ya no es la única institución responsable de la infancia y los servicios sociales asumen de forma subsidiaria estas responsabilidades en caso que aquélla desaparezca o no cumpla con sus obligaciones. Idéntico parecer expresa **Caparrós Civera, Neus y Jiménez-Aybar, Iván**: El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales. Madrid, 2001, Ed. Instituto de Ciencias para la Familia, pág. 46, ratifican que, si bien la protección del menor se articula a partir del principio básico de responsabilidad pública, esto no puede exigirse sino con carácter subsidiario al papel a desempeñar por la familia en la orientación y el desarrollo de los derechos del menor. En la misma línea se manifiesta **Gálvez Montes, F. Javier**, op. cit. pág. 850, que recalca que si bien es cierto que el precepto de referencia - artículo 39 de la Constitución española - no se limita a proclamar derechos del individuo en cuanto miembro de una familia y que incluso prevé acciones positivas de los poderes públicos en orden al aseguramiento de una protección efectiva de aquéllos, también resulta evidente que la protección de los poderes públicos es subsidiaria en estos casos. Finalmente, idéntica lectura desde la realidad portuguesa es la que nos aporta **Oliveira, Guilherme (de)**: Temas de Direito da Família. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 1. Segunda edición. Coimbra, 2001, Ed. Coimbra Editora, págs. 297-298.

⁶²⁴ Ratificado por el Estado español el 26 de septiembre de 1979. Boletín Oficial del Estado, núm. 243, de 10 de octubre de 1979. Un estudio completo del proceso histórico de aprobación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales nos lo ofrece **García de Enterría, Eduardo (Coord.)**: El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Madrid, 1979, Ed. Civitas.

⁶²⁵ Los criterios para proceder a la interpretación del párrafo segundo del artículo 8 del CEDH los encontramos detallados en la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, asunto Klas and others v. Germany**.

Esta disposición contiene dos proposiciones bien diferenciadas. En primer lugar, establece una cláusula general que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Y seguidamente, se estipula que el ejercicio del mencionado derecho puede ser sometido a restricciones, siempre que dichas limitaciones cumplan los requisitos fijados en su punto segundo. Es por ello que los órganos convencionales – la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶²⁶ –, en el momento de abordar el análisis de los casos en que se alega una vulneración del derecho al respeto a la vida familiar, primeramente deben resolver la cuestión de la aplicabilidad del artículo 8 CEDH al supuesto de hecho concreto, es decir, han de cuestionarse la existencia o no de vida familiar. Sólo una vez finalizado este ejercicio, se procederá al estudio de la concurrencia o no de una falta de respeto – art. 8.1 CEDH – o una injerencia injustificada – art. 8.2 CEDH – en el derecho a la vida familiar de los demandantes⁶²⁷.

Ha sido el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos – TEDH - el que en su *case law* ha procedido a interpretar de manera dinámica y extensa el contenido del artículo 8 del CEDH⁶²⁸. Así, mientras que en su concepción inicial se entendía que

⁶²⁶ **Arriaga Iraburu, Inés**: El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo. Pamplona, 2003, Ed. Universidad de Navarra, pág. 7, entiende que de todos los tratados internacionales que protegen el derecho a la vida familiar, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales de 1950 es el más eficaz, ya que dispone de un mecanismo jurisdiccional de protección, así como el de más amplia aplicación, debido a que no opera basándose en criterios de reciprocidad.

⁶²⁷ Vid. **Harris, D.J.; O'Boyle, M. y Warbrick, C.**: Law of the European Convention on Human Rights. Londres, 1995, Ed. Butterworth, págs. 335-353.

⁶²⁸ Uno de los aspectos que caracterizan la jurisprudencia del TEDH es su criterio dinámico, aspecto éste que le permite flexibilizar y ampliar el ámbito de aplicación del CEDH. El Preámbulo del mencionado texto internacional no prevé tan solo la “protección” de los derechos del hombre, sino también su “desarrollo”. Por tanto, y de acuerdo con la evolución y las transformaciones de todo tipo que la sociedad europea ha ido experimentando desde el momento en que el CEDH fue redactado, sus disposiciones deberán ser interpretadas en consideración a los cambios sociales producidos. En palabras de **Harris, D.J.; O'Boyle, M. y Warbrick, C.**, op.cit. pág. 312-313, la construcción del concepto *vida familiar* por parte del TEDH es uno de los mejores ejemplos de cómo el CEDH se va adaptando a los cambio sociales que se van sucediendo a lo largo del tiempo.

el Convenio de Roma no establecía más que obligaciones negativas, prohibiciones de injerencia en la “vida privada y familiar”⁶²⁹, pronto la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo admitió que la redacción del artículo objeto de análisis también contenía obligaciones positivas a cargo de los Estados⁶³⁰. En esa misma línea, las resoluciones del TEDH se han mostrado especialmente expresivas en relación con el delicado tema del conflicto de intereses en las relaciones entre padres e hijos/as. Parece evidente que, si el curso normal de la vida familiar es interrumpido por una separación, por un divorcio o por una decisión de las autoridades públicas que priva o suspende a uno de los padres, o a ambos, de la guarda de los hijos por cuestiones relacionadas con el bienestar del menor, el parágrafo segundo del artículo 8 CEDH justificaría la injerencia de la autoridad pública en las relaciones familiares en consideración al interés superior del menor⁶³¹, si bien como ha declarado el propio TEDH, frente a estos intereses está el derecho de los padres a cumplir con sus responsabilidades. En definitiva, toda medida que se adopte basada en el interés superior del menor no podrá ser calificada como una injerencia innecesaria en el derecho de los padres, siempre que las autoridades competentes hayan adoptado una decisión proporcionada a la situación y no se hayan extralimitado en su margen de apreciación.

⁶²⁹ Vid. en este sentido la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968**, asunto relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la educación en Bélgica.

⁶³⁰ En este sentido se ha pronunciado el TEDH en **Sentencia de 13 de junio de 1979, en el asunto Marckx v. Belgium**: “este artículo – en referencia al artículo 8 CEDH – tiene como objetivo fundamental la salvaguarda de los individuos frente a las ingerencias arbitrarias de los poderes públicos. Pero a esta obligación negativa del Estado se le tienen que añadir obligaciones de carácter positivo inherentes al respeto efectivo de la vida familiar. El Estado debe actuar de manera que permita a los interesados desarrollar una vida familiar normal”. A esta sentencia le han seguido, entre otras, con el mismo planteamiento: la **Sentencia de 26 de marzo de 1985, en el asunto X and Y v. The Netherlands**; la **Sentencia de 18 de diciembre de 1986, en el asunto Johnston and others v. Ireland**; y la **Sentencia de 7 de julio de 1989, en el asunto Gaskin v. United Kingdom**.

⁶³¹ Vid. **Gomien, Donna; Harris, David y Zwaak, Leo**: Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. Strasbourg, 1996, Ed. Council of Europe Publishing, págs. 227-261 y **Santolaya Machetti, Pablo**: El derecho a la vida familiar de los extranjeros. Valencia, 2004, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 79.

3. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL EN MATERIA DE DERECHO DE LA PERSONA Y DE FAMILIA DEL PERÍODO 1981-1987

También la familia ha sufrido incesantes reformas en la última década que parcialmente se han visto influenciadas por la reivindicación de los derechos del niño/a⁶³². La Ley de 13 de mayo de 1981 reformó el Código Civil en materia de patria potestad, reconociendo al menor de edad capacidad para el ejercicio de los derechos de la personalidad, y ampliando su participación mediante la audiencia ante diversos aspectos familiares y contractuales, al mismo tiempo que suprimió la distinción entre filiación legítima e ilegítima e introdujo la investigación de la paternidad. Ese mismo año, la Ley de 7 de julio de 1981 - comúnmente conocida

⁶³² **Fernández Masía, Enrique**, op. cit. pág. 428, estima que España no ha sido una excepción a esta evolución – se refiere el autor al aumento de la preocupación por los derechos de la infancia y al papel que de manera progresiva han ido asumiendo los poderes públicos para garantizarlos -, y el interés del Estado por asegurar la plasmación de determinadas políticas y principios vinculados a la protección del menor se ha concretado desde la importante reforma del Código Civil en 1981 en una serie de textos caracterizados por la gran preocupación de desarrollar el artículo 39 de la Constitución y en especial, por la idea de “*dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección*”. Por su parte, **Flaquer Vilardebò, Lluís**: “Polítiques de suport i d’atenció a les famílies” en “Infància, famílies i canvi social a Catalunya”. Barcelona, 2005, Ed. Institut d’Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i les Famílies, Vol. I, pág. 125, considera que las familias del siglo XXI son cada vez menos autosuficientes y en muchas ocasiones tienen que recurrir, no tan sólo a la asistencia informal que les puedan brindar parientes y amigos, como ocurría tradicionalmente, sino sobre todo a las ayudas provenientes de las administraciones públicas. También es esta misma línea se pronuncian **Brullet, Cristina y Torradabella, Laura**: “La infancia en las dinámicas de transformación familiar”, en **Gómez-Granell, Carme; García Milà, Mercè; Ripol-Millet, Aleix y Panchón, Carme (Dirs.)**: Infancia y familias: realidades y tendencias. Barcelona, 2004, Ed. Ariel, pág. 43-54, al ofrecernos un listado, no cerrado, de las tendencias que está siguiendo nuestro sistema familiar en la actualidad: (1) mantenimiento de tasas muy bajas de fecundidad. Incremento de la edad de acceso a la maternidad. Aumento muy notable de nacimientos fuera del matrimonio; (2) fuerte disminución del tamaño de los hogares; (3) aumento de las formas familiares no convencionales; (4) aumento muy notable de las parejas de hecho en todos los grupos de edad; (5) incremento sustancial de las separaciones, divorcios y separaciones de hecho; (6) aumento notable de hogares monoparentales encabezados por madres, o por padres, en la franja de edad de mayor presencia de hijos e hijas menores; (7) incremento continuado de los niveles de estudios de los progenitores pero mantenimiento de importantes desigualdades formativas entre ellos; (8) crecimiento continuado de la actividad laboral femenina, asociada a una disminución de las amas de casa en exclusiva. Al mismo tiempo, mantenimiento de las madres en la actividad laboral pero con una mayor precariedad que los padres; (9) mantenimiento de una fuerte división sexual del trabajo en los hogares; (10) crisis de la autoridad patriarcal en las familias y necesidad de construir una autoridad parental democrática y; (11) persistencia del fenómeno de la pobreza infantil.

como la "Ley del divorcio" - introdujo, asimismo, la audiencia de los menores "si tienen suficiente juicio" y, en todo caso, cuando son mayores de 12 años.

La familia parece haber entrado desde principios de los años ochenta del pasado siglo en un lento pero incesante proceso de democratización, que ha alcanzado a todos sus integrantes incluidos, por supuesto, los niños, niñas y adolescentes⁶³³. En efecto, nos encontramos ante un nuevo esquema legal de relaciones paterno/materno-filiales basado en un modelo familiar participativo y en el principio del interés superior del niño. Ello ha provocado una paulatina superación de un concepto todavía hoy presente en algunas de nuestras normas civiles como es el de la antigua figura de la *patria potestad* por otro más moderno y actual como el de la *responsabilidad parental*⁶³⁴.

También la mirada pública sobre el abandono de los menores ha cambiado de signo. La Ley de 11 de octubre de 1987 - mal llamada "Ley de adopción" -⁶³⁵ supuso una

⁶³³ **Brullet, Cristina y Torradadella, Laura**, op. cit. pág. 38-40, manifiestan en primer lugar, que la familia, en tanto que institución social, ha modificado a lo largo de la historia sus funciones, su organización y su estructura relacional, acto seguido afirman que la familia contemporánea puede comprenderse mejor si partimos de la perspectiva de la propia infancia y concluyen defendiendo que en España y Cataluña, las transformaciones de las prácticas y dinámicas familiares han tenido una respuesta importante en el ámbito legislativo, de manera que se ha creado un nuevo marco legal que permite el desarrollo de la democracia familiar.

⁶³⁴ **Brullet, Cristina y Roca, Clara, Brullet**: "Relacions familiars i autoritat" en "Infància, famílies i canvi social a Catalunya". Barcelona, 2005, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà. Observatori de la Infancia i les Famílies, Vol. I, pág. 77, llegan a la conclusión de que el ejercicio y la concepción de la autoridad parental ha estado y está sujeta a las transformaciones históricas relativas a la infancia, la pareja, la familia y la sociedad en general. En la actualidad, estas autoras constatan un proceso de devaluación de la autoridad tradicional encarnada en la figura del padre. El padre ha dejado de ser la fuente principal de autoridad dentro de las familias.

⁶³⁵ En torno a la adopción se promulgaron y reformaron diferentes leyes durante el siglo pasado. La Ley de 24 de abril de 1958 – Boletín Oficial del Estado, núm. 99, de 25 de abril de 1958 -, por la que se modificaron diversos artículos del Código Civil, supuso la más extensa de las modificaciones realizadas al Código Civil hasta entonces, e introdujo "*algunas novedades en materia de adopción, que, caída en desuso en la época codificadora, ha llegado ha adquirir una pujante vitalidad*". Como característica general de la mencionada reforma se señalaba el hecho de que, a diferencia de los códigos civiles del siglo XIX más centrados en los aspectos económicos y patrimoniales, la nueva reforma atendía fundamentalmente a los personales. En ese

verdadera revolución en la materia. Sin duda el aspecto más destacable fue la introducción de la figura de la "tutela automática" por parte de la Administración Pública. Debe destacarse el debate doctrinal que suscitó esta cuestión, especialmente en lo referente a si la intervención previa de la Administración privaba de la necesaria tutela judicial a un derecho tan básico como la patria potestad. Aspecto éste que posteriormente vino a ser aclarado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, al establecer como efecto de la tutela automática la mera suspensión de la patria potestad.

Con el objetivo de mejorar la protección del niño, la Ley 21/1987, de 11 de octubre, introdujo la figura del desamparo. Lo más relevante de este concepto jurídico indeterminado es su sentido fáctico. En efecto, se trata de una noción material - de una situación de hecho - que da lugar a la tutela *ex lege* por parte del órgano administrativo competente en materia de protección a la infancia y la adolescencia, obviando toda apreciación judicial. Esta opción en favor de la intervención administrativa directa se justificó atendiendo a la finalidad garantista y protectora del niño/a. Se operó, pues, una desjudicialización por razones de agilidad y eficacia procesal de una materia cuya competencia hasta esos momentos había venido estando atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores; órganos jurisdiccionales

sentido, se proponía evitar consecuencias indeseadas de la aplicación del anterior código el cual, "*influido por las tendencias entonces dominantes, concibió a la adopción con perfiles y efectos muy estrechos, en tanto situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos*". Para ello, la nueva redacción del Código distinguió entre dos clases de adopción: la plena, reservada a abandonados y expósitos, y la menos plena para situaciones transitorias. Posteriormente, en 1970, una nueva modificación de la institución adoptiva operada por la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código Civil, sobre adopción – Boletín Oficial del Estado, núm. 181, de 7 de julio de 1970, se justificó en el hecho de que "la mayoría de los Códigos Civiles elaborados en la etapa histórica específicamente denominada codificadora han visto hace tiempo sustituido el régimen de adopción que habían configurado". Así, el objetivo general de la nueva reforma radicaba en el intento de facilitar y robustecer el vínculo adoptivo. Se mantenía el nombre de "plena" para una de las posibilidades de adopción mientras que cambiaba hacia "simple", el nombre de "menos plena" del otro tipo de adopción.

que habían sido plenamente integrados en el poder judicial por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La Fiscalía General del Estado, en su Memoria elevada al Gobierno en 1989-1990, resume en pocas palabras el sentir de gran parte de la doctrina española de la época frente al cambio de sistema operado por la Ley de 1987:

La desjudicialización de los escalones primarios de protección y por tanto la potenciación consecuente del papel de las Entidades Públicas a través de sus servicios sociales, se ha revelado como una solución ágil y eficaz. Algunas echan de menos el derogado artículo 174 del Código civil que atribuía al Juez la declaración del desamparo; tal solución nos llevaría con el estado actual de la Administración de Justicia a un procedimiento excesivamente lento y burocratizado y que se revelaría como claramente inoperativo en las situaciones no conflictivas que precisamente por no serlo enervan o hacen innecesario el pronunciamiento judicial⁶³⁶.

Cabe decir que la reforma de 1987 no actuó sobre el vacío, de modo que sólo adquirió su verdadero sentido y significación desde el examen de las reglamentaciones administrativas de protección de menores que la precedieron; disposiciones éstas que conformaban un régimen jurídico-público de protección de menores de carácter autónomo y consolidado.

Esta circunstancia provocó que desde el sector administrativo se viera como precedente inmediato al sistema introducido por la Ley de 1987, el Decreto de 11 de junio de 1948, que aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, y el Decreto de 2 de julio de 1948, que hizo lo propio sobre la

⁶³⁶ **Fiscalía General del Estado:** Memoria elevada al Gobierno de S.M. en 1989-1990, pág. 250.

legislación de protección de menores⁶³⁷. En otras palabras, que la Ley de 1987 incorporó al Código civil todo ese acervo normativo ya preexistente. En cambio, gran parte de la doctrina civilista consideró como el auténtico antecedente a la reforma del Código civil de 1987, la Ley italiana núm. 184, de 4 de mayo de 1983⁶³⁸. Para ellos la Ley de 1987 obró una simple publicación de un sector del Derecho privado cual es la protección de la infancia y la adolescencia⁶³⁹.

4. LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR

Finalmente, la última escala de este itinerario en torno a la recepción del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento jurídico español lo constituye la aprobación por parte del legislador estatal de la controvertida Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta norma se estructura en dos partes claramente diferenciadas en función de su contenido y la técnica legislativa empleada para su redacción.

Un primer bloque de preceptos está integrado por veinticinco artículos divididos en dos títulos que constituyen estrictamente el cuerpo legal de la mal llamada *Ley de menores*; mientras que, un segundo conjunto de disposiciones se dedica

⁶³⁷ De Dios Viéitez, M^a. Victoria, op. cit. pág. 171

⁶³⁸ En este sentido se pronuncian, sin ir más lejos, **Iglesias Redondo, Juan Ignacio**: Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores. Barcelona, 1996, Ed. Cedecs y **García Cantero, Gabriel**: "El desamparo de menores y el acogimiento: problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas" en Actas de los decimoterceros encuentros del Foro de Derecho aragonés. Zaragoza, 2004, pág. 249. La misma idea podemos extraer de la **Memoria de la Fiscalía General del Estado** elevada al Gobierno de S.M. en 1989-1990, pág. 381.

⁶³⁹ De Dios Viéitez, M^a. Victoria: "Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 43, enero-junio 2007, pág. 168.

estrictamente a modificar el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente a instituciones de protección de menores. Este último grupo de mandatos normativos está integrado por tres disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y veinticuatro disposiciones finales⁶⁴⁰.

El nuevo espíritu que late en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor se condensa en su artículo 2.2, en el que se establece que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva", principio éste no exento de cierta complejidad interpretativa. En efecto, se da en este precepto lo que expresivamente se intituló como una "*contradicción entre paternalismo y liberalismo*"; ya que, por un lado, se hace un reconocimiento general a la capacidad de la persona menor de edad⁶⁴¹, disponiendo que las incapacidades se interpretarán de forma restrictiva, y por otro, se coarta esa libertad e imponen limitaciones a su capacidad de obrar en aquellos aspectos que al legislador, llevado por su afán proteccionista, le parece que deben intervenir los poderes públicos, incluso contradiciendo la voluntad tanto del menor como del propio legislador. Esta incoherencia se hace patente en el propio articulado de la ley⁶⁴².

⁶⁴⁰ Estas disposiciones contienen básicamente modificaciones al articulado del Código Civil relativos a tutela y guarda administrativas, acogimiento, adopción y tutela ordinaria. La reforma afecta asimismo a otra serie de preceptos sobre materias diversas, con el fin según su propia Exposición de Motivos "de depurar desajustes gramaticales y de contenido producidos por las sucesivas reformas parciales operadas en el Código Civil."

⁶⁴¹ El pedagogo ginebrino, **Claparède, Édouard**, op.cit. pág. 466, padre de la paidología, afirma que lo propio del niño no es, pues, ser un insuficiente, sino ser un candidato.

⁶⁴² Tal y como afirma **Núñez Muñiz, C.**: "Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en la Ley nº. 4135, Octubre 1996. pág. 233, una muestra significativa es la del derecho de asociación del menor - artículo 7 - del que se ha dicho que no se sabe si tienen o no capacidad, y cuál es el ámbito de la misma.

No obstante, los derechos de las personas menores de edad aparecen ya recogidos en el texto de la Constitución de 1978 y se han ido abriendo camino a través de las reformas operadas en el ámbito del Derecho de familia, siendo especialmente elocuente a nuestros propósitos la salvedad que introduce el artículo 162.1 del Código Civil español en la representación legal paterna. Ésta no será operativa en: "*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*".

En definitiva, podemos constatar que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, vino a profundizar en los principios de protección integral del menor y de su superior interés, al sintonizar con la nueva filosofía surgida de la Convención sobre los Derechos del Niño, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁶⁴³, que ha dejado su impronta no sólo en el marco internacional sino también en muchas de las políticas sociales y educativas del menor en el interior de algunos países europeos. Particularmente, la Ley española reconoce a las personas menores de edad como titulares de una serie de derechos y, entre ellos; el "*derecho a ser oído*" en todos aquellos procesos administrativos o judiciales que le afecten. Por otro lado, como correlato de sus derechos de

⁶⁴³ En este sentido se pronuncia Varela García, Carlos, "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", Actualidad Civil nº. 12, marzo, 1997, pág. 266, quien manifiesta que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reconoce a los menores todos los derechos fundamentales inherentes a la persona, sin perjuicio de la protección integral a que se refiere la Ley ; por su parte Núñez Muñiz, Carmen, "Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, La Ley, Vol. 5, nº. 4135, octubre, 1996, pág. 1483, afirma que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, supone un paso más en esta evolución – se refiere a los derechos de la infancia -, y trata de hacerse eco del distinto status social del niño como consecuencia de las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad; también Leal Pérez Olagu, M^a Luisa, "Comentarios a la 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", La Ley, Vol. 2, nº. 3986, marzo, 1996, pág. 1310, defiende que en España durante los últimos años se ha incrementado la demanda social para incorporar los principios de la Convención a nuestro derecho positivo, impulsando un instrumento legislativo que contemple al menor como sujeto de los derechos constitucionalmente reconocidos; así Picontó Novales, Teresa, op. cit., pág. 93, considera que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, ha venido a profundizar en los principios de protección integral y del superior interés del menor al sintonizar con la nueva filosofía de sus derechos, surgida al calor de la Convención de 1989.

protección esta Ley extiende las obligaciones para con los niños, niñas y adolescentes, entre otros, a aquellos profesionales que por razón de su ámbito profesional conozcan de la desatención de que está siendo objeto una persona menor de edad, en especial, y a los ciudadanos, en general; quienes deberán además de auxiliarle, poner esta situación en conocimiento de las autoridades competentes.

Por su relevancia para proteger el interés del menor, que no siempre será coincidente con el de los adultos, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, regula el derecho de aquél a ser oído no sólo en el ámbito familiar sino en cualquier procedimiento administrativo o judicial que vaya a afectarle. A pesar de reconocer el legislador la categoría de derecho al interés del menor a ser escuchado; paradójicamente añade en el apartado 3 de este artículo que puede verse privado de este derecho el menor aunque él mismo hubiese solicitado ejercerlo, conformándose con establecer la paupérrima cautela de que en tal caso la denegación "*será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal*".

5. MODELOS DE RECEPCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA POR PARTE DE LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS. ESPECIAL REFERENCIA A CATALUÑA

5.1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Realizando un análisis comparativo de las disposiciones aprobadas por los distintos parlamentos autonómicos en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y considerando de forma muy particular la plasmación y el desarrollo que en las mismas se efectúa del estatuto jurídico de los niños, niñas y adolescentes, se constata que en nuestro ordenamiento jurídico cohabitan distintos modelos,

métodos o mecanismos de reconocimiento y ordenación de los derechos y libertades de los que gozan las personas menores de edad. Esa pluralidad de sistemas, más allá de representar una mera clasificación escolástica y con independencia de su mayor o menor rigor técnico y de sus evidentes logros y retrocesos, parece poner al descubierto uno de los déficits más sintomáticos y característicos de nuestra legislación en este ámbito material, cual es la carencia absoluta de un tratamiento normativo unitario y global de las instituciones que la integran⁶⁴⁴. Así, bajo una misma rúbrica, los diferentes textos autonómicos que han venido a desarrollar los principios y mandatos emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño nos ofrecen contenidos muy dispares. En algunos casos, tratan de elaborar un marco jurídico completo de atención a la infancia y la adolescencia - salud, educación, medios de comunicación, publicidad y consumo, medioambiente, ocio, cultura y bienestar -, y en otros, en cambio, se reducen a contener, básicamente, las instituciones típicamente civiles de intervención en casos de riesgo o desamparo⁶⁴⁵. Ello sin olvidar, la tendencia cada vez más reglamentista, propia del Derecho público, que está aflorando en ciertos sectores de esta regulación durante los últimos decenios.

⁶⁴⁴ **Uraz Olivares, Jorge**: "Políticas de atención a la infancia en el marco del Estado de bienestar español: especial mención a los menores en riesgo" en **Vidal Fernández, Fernando (Coord.)**: V Informe Fuhem de Políticas Sociales: La Exclusión Social y el Estado de Bienestar en España. Madrid, 2006, Ed. Icaria, pág. 207, llega a la conclusión de que cuando se realiza un análisis detallado de las políticas de atención a la infancia de las diferentes Comunidades Autónomas la principal característica a resaltar es la de su desigualdad. Esas diferencias se producen tanto a nivel legislativo como en la disponibilidad de recursos humanos y materiales.

⁶⁴⁵ También subsiste alguna norma todavía no adaptada a la nueva filosofía y visión de la infancia emanada de la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal sería el caso de la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de Protección y Atención a Menores de la Junta de Extremadura - Boletín Oficial del Estado, núm. 309, de 27 de diciembre de 1994 -, centrada única y exclusivamente en aspectos protectores y que no ofrece una imagen del niño, niña y adolescente como un sujeto de derechos, como un ciudadano al que hay que tener en cuenta.

Amén de lo apuntado, si fijamos nuestra atención en la incesante producción normativa procedente de los Parlamentos autonómicos desde finales del siglo XX, podemos afirmar con vehemencia que una política legislativa seria y eficaz, llamada a dotar de cierta homogeneidad y consistencia a este ámbito del ordenamiento jurídico, no se alcanza a partir de un sinfín de reformas legales superpuestas unas con otras, ni con la aprobación de múltiples disposiciones de nuevo cuño plagadas de principios muy laudables pero frecuentemente superfluos e innecesarios. Por el contrario, entendemos que la única forma válida y eficaz de lograr este objetivo es procurando una regulación metódica y coherente que venga a normalizar el galimatías jurídico existente en el Derecho español en torno a las personas menores de edad⁶⁴⁶.

Para intentar desentrañar este rompecabezas normativo, o, al menos, tratar de ordenar mínimamente la producción legislativa emanada desde los diferentes Parlamentos autonómicos en la materia objeto de nuestro estudio, procedemos, acto seguido, a organizar todas esas disposiciones legales atendiendo a su mayor o menor proximidad con el formato estructural adoptado por el texto que obró la definitiva recepción en nuestro ordenamiento jurídico de los influjos dimanantes de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que no es otro sino la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

⁶⁴⁶ **Linacero de la Fuente, María:** Protección jurídica del menor. Madrid, 2001, Ed. Montecorvo, S.A., pág. 24.

5.2. EL MODELO DE LA LEY ORGÁNICA 1/1996, DE 15 DE ENERO, DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR COMO CRITERIO DE ORDENACIÓN LEGAL

Tomando como punto referencia o eje vertebrador la estructura proseguida por la parte dispositiva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁶⁴⁷, más concretamente su Título I relativo a los derechos del menor - artículos 1 a 11 -, podemos identificar, dentro del amplio y difuso espectro legislativo autonómico vigente en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, tres claros modelos sistémicos de configuración interna de los preceptos que integran su contenido⁶⁴⁸, en atención a que reproduzcan de una

⁶⁴⁷ **Gutiérrez García C. y Martí Sánchez, J.M.:** “Los derechos del menor: evolución y situación actual” en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 28, septiembre de 2000, pág. 33, hacen referencia a la relación existente entre el Derecho autonómico y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. Según dichos autores, de la armonización de los textos autonómicos con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se encarga la Disposición Final vigésima primera de la mencionada norma, cuyo criterio es que los preceptos no orgánicos y las revisiones al Código civil se aplicarán sin perjuicio a la normativa de las comunidades autónomas con competencia en Derecho civil, foral o especial. En estos casos, por tanto la Ley es subsidiaria. Cuando se hace referencia a competencias de carácter administrativo, se especifica que las mismas corresponden a las Comunidades Autónomas y a las ciudades de Ceuta y Melilla, de conformidad con el reparto competencial de la Constitución y las asumidas por los respectivos estatutos de autonomía. **Palma del Teso, Ángeles (de):** “Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores” en Revista de Estudios Autonómicos y Federales, núm. 5, 2007, págs. 428-429, afirma que la Ley Orgánica 1/1996 ha servido como modelo que han ido acogiendo las diversas comunidades autónomas al dictar su legislación sobre protección de menores.

⁶⁴⁸ **Hernández de la Torre Martínez, Ana:** “La convivencia de ámbitos normativos en la protección de la infancia: reflejo en la Comunidad Autónoma de Aragón” en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 17, diciembre de 2000, pág. 295, sostiene que en la línea de lo contenido en la Ley Orgánica 1/1996, se están aprobando diversas leyes autonómicas cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los niños, niñas y adolescentes, enumerando sus derechos y disponiendo medios para garantizarlos. Por su parte, **Garcés Sanagustín, Ángel:** “Acción social. La protección de menores” en **Embid Irujo, Antonio (Dir.):** Derecho Público Aragonés. Zaragoza, 2005, Ed. El Justicia de Aragón, pág. 591, considera que tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, ha aparecido una segunda generación de leyes autonómicas en materia de protección de menores. Finalmente, **García Garnica, M^a del Carmen,** op. cit. pág. 58, en un ejercicio similar al propuesto y tomando también como punto de referencia la parte dispositiva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sustenta que hay que destacar que la mayoría de leyes autonómicas intenta superar el deficiente elenco de derechos del menor establecido en la mentada disposición normativa. Para ello, unas leyes se limitan a remitir a los derechos establecidos a favor del menor en la Constitución española y los tratados internacionales ratificados por España. Otras, sin embargo, tratan de realizar enumeraciones más completas y ordenadas de sus derechos.

manera más o menos fidedigna la composición formal de que se ha dotado a la mentada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, o que por el contrario, haciéndose eco de las críticas vertidas por la mayoría de la doctrina acerca de la oportunidad y necesidad de esta norma, se alejen de ella⁶⁴⁹.

La mal llamada Ley de menores, que tal y como estipula su Exposición de Motivos aspira a "construir un amplio marco jurídico de protección a los niños, niñas y adolescentes⁶⁵⁰", ha introducido en España el conocido como paradigma de la atención integral de la niñez, principio ya plasmado con anterioridad a nivel internacional por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Así, tras una remisión inicial al articulado del Tratado internacional de referencia - artículo 3 -, la Ley Orgánica prosigue con una enumeración no exhaustiva de algunos de los derechos fundamentales reconocidos a la infancia y la adolescencia en el texto del Convenio de las Naciones Unidas⁶⁵¹. En nuestra opinión, este primer bloque de

⁶⁴⁹ Dicha Ley orgánica ha sido tildada a lo largo del tiempo de parcial, defectuosa, ambigua, reiterativa, abstracta y especialmente de insuficiente e innecesaria.

⁶⁵⁰ La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, enuncia literalmente que "pretende construir un amplio marco jurídico de protección que vincule a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general".

⁶⁵¹ **Linacero de la Fuente, María**, op. cit. págs. 91-95, califica esa relación legal de los derechos del menor contenida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de redundante, parcial, y defectuosa en comparación con la Convención sobre los Derechos del Niño. También comparten esa opinión **Tena Piazuelo, Isaac**: "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 24, julio-diciembre 1997, págs. 258 y 262; **Gullón Ballesteros, Antonio**: "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor" en La Ley, núm. 3970, febrero 1996, pág. 1; y, **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**: La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, pág. 32, quien de manera más sosegada subraya que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, contiene un elenco de derechos y libertades fundamentales del menor que, en rigor técnico-jurídico, no era necesario toda vez que, en cuanto sujeto de derechos, tiene todos los reconocidos en la Constitución. Por su parte, **Herrero Perezagua, Juan Francisco**: Tutela cautelar del menor en el proceso civil. Barcelona, 1997, Ed. Cedecs, pág. 65, considera que la norma recoge en distintos preceptos de forma asistemática - incluso se atreve a afirmar que caótica - el enunciado general y abstracto de una serie de principios sin precisiones en cuanto a su alcance ni coherencia con los que rigen las instituciones familiares y protectoras del menor. Por último, **Díaz Alabart, Silvia**: "El derecho de asociación de los menores" en Revista de Derecho Privado, núm.9, septiembre 2002, págs. 619, apunta que esta Ley Orgánica se presentó al Congreso con un título desmesurado y que no se correspondía con su contenido y, acto seguido tilda a su Exposición de Motivos de igualmente desmesurada. En cambio, **Leal Pérez-Olagüe, María Luisa**: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de

preceptos de la norma española de 1996, utiliza el método y la terminología propias de un legislador constituyente: generalizaciones, ambigüedades por doquier, lenguaje abstracto e intemporal. Esta circunstancia, ha provocado que la naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 1/1996 se haya asimilado tradicionalmente a una disposición portadora de principios y directrices necesitada de desarrollos puntuales⁶⁵². El carácter programático y voluntarista de la mayoría de sus preceptos - no así de sus disposiciones adicionales y finales - parece conciliarse mal con las exigencias de una correcta técnica legislativa⁶⁵³.

La Ley Orgánica debiera haber aprovechado la ocasión, no para limitarse a subrayar que los menores de edad son portadores de derechos específicos - enumeración incompleta contenida en la misma - sino para desplegar las peculiaridades y resolver

protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil" en La Ley, 1996-2, D-73, pág. 1310, si bien reconoce que partiendo de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, podría pensarse que el Capítulo I Título I de la Ley del Menor no es para nada necesario, a continuación, trata de justificar su inclusión en la norma de referencia. A dichos efectos, afirma la autora que el compendio de derechos fundamentales enumerados en la Ley, al estar referidos a menores de edad, han de ser objeto de cierta modulación, bien sea para evitar limitaciones que podrían concurrir indirectamente como consecuencia de su falta de capacidad de obrar, ante la posibilidad de incurrir en responsabilidades o por otras causas.

⁶⁵² **Gullón Ballesteros, Antonio**, op. cit. pág. 1. No parece, en cambio, compartir esta opinión **Serrano Alonso, Eduardo**: "Comentario a los artículos 314 y 315 del Código civil español" en **Sierra Gil de la Cuesta (Coord.)**: Comentario del Código civil. Tomo II. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 701, quien afirma que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, constituye el primer paso para la construcción de un derecho del menor que contemple de forma unitaria y ordenada las distintas esferas en las que aquél pueda encontrarse. Si bien es cierto, que el autor, posteriormente, parece desdecirse de su opinión, al añadir que el reconocimiento de los derechos que se efectúa resulta, en realidad, innecesario, pues en su mayor parte coinciden con los que la Constitución reconoce a toda persona, y por tanto, siendo el menor persona, no era necesario reiterar lo que aquella norma ya establece con carácter general.

⁶⁵³ Este Título I de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es fruto de una enmienda transaccional, entre la número 9 presentada por el Grupo parlamentario de Izquierda Unida e Iniciativa por Cataluña, y la número 72 del Grupo Popular. La fundamentación de ambas enmiendas se basaba en lo que se consideró poco calado de la Ley, al centrarse ésta en una simple modificación de determinados preceptos del Código civil, y no aprobar una verdadera *Ley del menor* - Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie A, núm. 117-8, de 22 de septiembre de 1995, págs. 26-29 y 65-66 -. Producto de esa negociación en el Dictamen de la Comisión del Congreso se añadió al Proyecto de Ley un nuevo Título I, en cuyo Capítulo II se incluía una enumeración de los derechos del menor recogidos en la Convención de 1989 - Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie A, núm. 117-15, de 29 de noviembre de 1995 -.

las incertezas que presenta su ejercicio cuando su titular es un niño, niña o adolescente, en mayor coherencia con lo expuesto en su Exposición de Motivos.⁶⁵⁴

Una vez identificadas las principales singularidades que caracterizan la parte dispositiva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, iniciamos el análisis comparativo del complejo estructural adoptado por esta Ley del Congreso de los Diputados con el seguido por las diferentes disposiciones autonómicas. En primer lugar, encontramos un grupo de leyes autonómicas, situadas en el extremo opuesto a la citada Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, partidarias de una racionalización y optimización del sistema, que nos muestran abiertamente su reticencia y disconformidad a la que consideran como una innecesaria reiteración de contenidos meramente declarativos. Se entiende que aquellas normas que se limitan a transcribir, de manera casi literal, los preceptos contenidos en un acuerdo internacional previo, ya integrado plenamente en nuestro ordenamiento jurídico, nada nuevo aportan y en consecuencia, son absolutamente prescindibles. Y es que con razón, suele afirmarse que el menor es la fuente más importante de retórica legal, de declaraciones suntuosas y, en general, de grandes principios de tenor casi "poético", pero de escasa efectividad y nula aplicación práctica. En no pocas ocasiones nos encontramos ante verdaderos *derechos entelequia*⁶⁵⁵, vacíos de contenido que, a pesar de ser inocuos, generan el riesgo de desvirtuar el valor de lo ciertamente indispensable y significativo.

⁶⁵⁴ **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. págs. 48-49.

⁶⁵⁵ Se pronuncia en este mismo sentido **Garcés Sanagustín, Ángel**, op. cit. págs. 592-593, en una clara crítica a la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia.

Bajo esta tendencia se adscribe la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad de Madrid⁶⁵⁶. Esta disposición, lejos de pretender reglar omnicomprendivamente el estatus legal de los menores residentes en esta zona del territorio español, cuestión ésta, además, totalmente inviable por su falta de atribuciones competenciales en la materia, opta por desarrollar aquellas prescripciones sobre las que la Comunidad sí ostenta algún tipo de facultad, ya sea de carácter exclusivo o bien de simple despliegue normativo, y que incidan en este colectivo tan particular de la población. En definitiva, la Ley se concentra en tratar de ofrecer las condiciones de seguridad y las garantías precisas para el ejercicio adecuado de los derechos de los que las personas menores de edad son titulares. El propio Preámbulo de la Ley madrileña 6/1995 es bastante explícito al respecto, ya que se manifiesta del siguiente tenor literal: "no se ha pretendido hacer un catálogo de derechos, lo que supondría un trabajo inútil por redundante, ni se podía promover ninguna ampliación más allá de los límites de las competencias que las administraciones de la Comunidad ostentan".

Idéntica tendencia ha sido la proseguida por la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la infancia en Castilla y León⁶⁵⁷. La reglamentación castellano-leonesa pone el acento, y así lo manifiesta expresamente su Preámbulo, no en una desatinada y trivial enumeración de un catálogo genérico y abstracto de derechos reconocidos a las personas menores de edad, sino en el intento de precisar, de una forma inequívoca y solemne, las responsabilidades de las administraciones públicas por lo que al cuidado, promoción y garantía de las mismas se refiere. También dentro de este primer conjunto normativo alejado del *modus operandi* característico de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, se sitúa la Ley

⁶⁵⁶ Boletín Oficial del Estado, núm. 183, de 2 de agosto de 1995.

⁶⁵⁷ Boletín Oficial del Estado, núm. 197, de 17 de agosto de 2002.

Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, Atención y Protección a la infancia y la adolescencia⁶⁵⁸. El Parlamento navarro consciente de que el reconocimiento de los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales de la infancia y la adolescencia ya se ha operado en otros cuerpos legales, se limita simplemente a precisar las actuaciones que desde las Administraciones Públicas - de Navarra - han de continuarse para asegurar, promover y proteger su respeto y cumplimiento.

En esa misma línea, o de manera aún más contundente, se pronuncia la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja⁶⁵⁹. La disposición riojana, tras recoger en su Exposición de Motivos una diáfana declaración de intenciones conducente a "dedicar especial atención a los derechos de los menores", inmediatamente, matiza esa afirmación asegurando que este planteamiento se aborda "huyendo de fórmulas vacías de contenido y de la repetición de enunciados ya establecidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, o en los Tratados internacionales sobre estas materias suscritos por España y que son directamente aplicables y vinculantes en su territorio". Se opta, pues, por establecer y desarrollar los instrumentos técnicos precisos que aseguren la eficacia normativa real de los preceptos contenidos en su articulado. A esta finalidad responde, además, el establecimiento de sanciones concretas para el incumplimiento o la vulneración de cada uno de los derechos de la persona menor de edad prescritos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁸ Boletín Oficial del Estado, núm. 1, de 2 de enero de 2006.

⁶⁵⁹ Boletín Oficial del Estado, núm. 70, de 23 de marzo de 2006.

⁶⁶⁰ Para **Barber Cárcamo, Roncesvalles y Pascual Medrano, Amelia**: "La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor" en Anuario Jurídico de La Rioja, nº. 12, 2007, págs. 50-51, la Ley riojana ha huido de forma consciente de fórmulas vacías de contenido y de repetición de enunciados que ya están establecidos en la Constitución, en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, o en los Tratados internacionales sobre estas materias suscritos por España. Textos éstos que, obviamente, son directamente

Una pequeña, al menos a priori, variación con respecto al anterior patrón estructural de configuración, nos sitúa o aproxima ante el que consideramos como un segundo método de transposición de los derechos de la niñez a nivel autonómico. Esta nueva técnica de recepción normativa, a la que denominamos ecléctica o intermedia, se significa, al contrario de lo acaecido con el primero de los sistemas analizados, por instalarse en una posición más cercana al modelo inicial ofrecido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y es el representado mayoritariamente por los textos legales sobre protección a la infancia y la adolescencia promulgados a finales de los años noventa por aquellas comunidades autónomas que asumieron responsabilidades en este ámbito competencial en ese momento⁶⁶¹. Encuentran cabida en el seno de esta categoría tanto la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia⁶⁶², como la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de Cantabria⁶⁶³ y, en menor medida, la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias⁶⁶⁴,

aplicables y vinculantes, si bien parece que ello no se tenga habitualmente en cuenta en el panorama comparado autonómico muy proclive, en general, a la reiteración superflua.

⁶⁶¹ También responde a estos caracteres, a pesar de ser posterior en el tiempo, la Ley 17/2006, de 13 de noviembre, Integral de la Atención y de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en las Illes Balears - Boletín Oficial del Estado -, núm. 297, de 13 de diciembre de 2006 -. Encontramos un breve resumen de la política seguida por el Parlamento Balear y los Consejos Insulares en esta materia en **Payeras Muntaner, Gabriel**: “Protección de Menores. Comentarios al artículo 30.39 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares” en **Blasco Esteve, Avelino (Dir.)**: Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas, págs. 456-458.

⁶⁶² Boletín Oficial del Estado, núm. 165, de 11 de julio de 1997.

⁶⁶³ Boletín Oficial del Estado, núm. 127, de 28 de mayo de 1999.

⁶⁶⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 94, de 20 de abril de 1995. **García Murcia, Joaquín**: “Servicios sociales. Comentarios al artículo 10.1.25 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias” en **Arce Janáriz, Alberto (Coord.)**: El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático. Llanera, 2003, Ed. Junta General del Principado de Asturias, pág. 379, resalta como una de las características de la Ley asturiana el hecho de que reconoce a los menores una tabla de derechos básicos y contempla, asimismo, actuaciones de prevención y protección de los niños, niñas y adolescentes.

la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención del Menor⁶⁶⁵ y la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores⁶⁶⁶.

Estas normas jurídicas se singularizan por contener, en primer lugar, una remisión en bloque a los derechos individuales y colectivos otorgados a la infancia y la adolescencia por la Constitución, los Pactos y Acuerdos internacionales ratificados por el Estado español y demás reconocidos por el resto del ordenamiento jurídico, con especial atención a los proclamados por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989⁶⁶⁷. A continuación, y a diferencia de lo acaecido en las Leyes de Castilla y León, Navarra y La Rioja, y precisamente en ello radica su elemento caracterizador e identificativo, incorporan una referencia expresa a aquéllos derechos que consideran tributarios de un especial interés y protección, que vienen a ser catalogados bajo la rúbrica de "derechos específicos"⁶⁶⁸. En algunos casos, a tenor de la extensión y amplitud adquiridas por los elementos integrados en esta categoría legal, puede incluso llegar a cuestionarse si la excepción no ha devenido regla general y por ende, el criterio a seguir se ha invertido.

En este sentido, *ad exemplum*, la noma gallega repara como dignos de tal reconocimiento y trato particularizado los derechos de las personas menores de edad: a la vida y a la protección de la integridad física, psíquica y moral; a ser

⁶⁶⁵ Boletín oficial del Estado, núm. 150, de 24 de junio de 1998.

⁶⁶⁶ Boletín Oficial del Estado, núm. 62, de 14 de marzo de 1997.

⁶⁶⁷ Artículos 7 .1, 7 y 7 de las Leyes gallega, cántabra y asturiana respectivamente. Hasta este punto, no se identifica ninguna diferencia digna de ser destacada con respecto a las Leyes de Castilla y León, Navarra y La Rioja.

⁶⁶⁸ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, adopta una estructura muy similar, ya que su Título I comienza enunciando un reconocimiento general de los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que España es parte; y, acto seguido, del conjunto de derechos atribuidos a las personas menores de edad, se observa la necesidad de matizar alguno de ellos.

protegido contra cualquier clase de explotación laboral; a un nombre y a una nacionalidad; a una adecuada atención por parte de los padres, tutores o guardadores; a la educación; a la libertad de expresión; a la protección y promoción de su salud; al respeto de su dignidad, intimidad personal y familiar y propia imagen; a ser informado de sus derechos y de su situación personal; y a la asistencia pública en casos de abandono, marginación, malos tratos o necesidad - artículo 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia -.

La Ley cántabra, por su parte, comprende en dicha relación los derechos: al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; a la información; a la libertad ideológica; a la participación, asociación y reunión; a la libertad de expresión; a ser oído; a la educación - valorados todos ellos, tal y como nos indica su Preámbulo como "derechos clásicos"⁶⁶⁹; al juego y al desarrollo de actividades culturales y deportivas; a un medio ambiente saludable; a la protección contra la explotación económica, laboral y sexual; y a la salud - artículos 10 a 20 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia de Cantabria -. Mientras que en Asturias se reserva tal adjetivación a los derechos: a ser informado de la actuación protectora; a ser oído y a expresar su opinión; a la libertad de conciencia y religión; y al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen - artículos 10 a 14 de la Ley 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor del Principado de Asturias -.

Dentro de este sistema ecléctico o intermedio, las leyes asturiana, andaluza y canaria de protección y atención a la infancia y la adolescencia presentan una particularidad con respecto al resto de disposiciones normativas que integran este conjunto. Estas

⁶⁶⁹ Así, el Preámbulo de la Ley cántabra establece que "junto con derechos clásicos, deben mencionarse el derecho al juego y al ocio como elementos esenciales del desarrollo. Asimismo, se reconoce el derecho a la protección contra el desempeño de cualquier trabajo nocivo para su salud y contra la explotación y abusos sexuales".

tres regulaciones prevén en su articulado, al igual que hacen el resto de leyes autonómicas circunscritas en este modelo, una cláusula de remisión a las disposiciones nacionales e internacionales que enuncian los derechos y libertades de las personas menores de edad, pero prosiguen no con un listado de "derechos específicos", sino con un compendio de tareas y actuaciones concretas a las que se comprometen las Administraciones públicas para la promoción y protección de los derechos de la infancia y la adolescencia y que se reputan de especial trascendencia para su desarrollo integral.

Diferente filosofía, es la perseguida por un tercer grupo de leyes autonómicas cuya finalidad esencial o aspiración última radica en la intención de glosar en un único documento, a modo de Código de la infancia, el elenco de derechos básicos que otros instrumentos normativos, de carácter estatal o internacional, ya han reconocido previamente en favor de la niñez⁶⁷⁰.

Efectivamente, no confiando, parece ser, en el manejo y conocimiento de todo este acervo normativo ya preexistente, ciertos Parlamentos autonómicos han emprendido la ingente tarea de transponer en su legislación doméstica estas disposiciones. Añadir que, por regla general, la configuración y sistematización orgánica que se otorga a los preceptos que conforman este pretendido estatuto de la niñez, no obedecen a lógica o canon alguno de distribución interna, y en caso de hacerlo, al guardarse silencio al respecto, se imposibilita o dificulta el conocimiento de los verdaderos designios del legislador⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ **Hernández de la Torre Martínez, Ana**, op. cit. págs. 297-298, encuentra la justificación a que muchas Comunidades Autónomas hayan legislado en este sentido, incluido el entonces borrador de la Ley aragonesa, en un intento de desarrollar y plasmar la virtualidad de cada derecho a fin de adaptarlo a la situación que existe en cada territorio.

⁶⁷¹ Un buen ejemplo nos lo ofrece la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia - Boletín Oficial del Estado, núm. 131, de 2 de junio de 1995 -, donde en su Título Primero se detallan

No obstante lo apuntado con respecto a este tercer grupo de disposiciones autonómicas, ello no es óbice, ni va en detrimento de la posibilidad de que éstas, a su vez, prevean y desarrollen los principios rectores que deben inspirar la actuación administrativa en este contexto material, a fin de promover y defender el ejercicio efectivo de los derechos de las personas menores de edad. Reúnen esta naturaleza la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, del País Vasco⁶⁷², la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón⁶⁷³, la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla La Mancha⁶⁷⁴, y la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat valenciana, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia⁶⁷⁵. Esta última, regula lo que viene a denominarse como "Carta de derechos del menor de la Comunidad valenciana", en la que sin perjuicio de enumerar derechos y garantías propios de la infancia y la adolescencia, trata de incorporarlos a las políticas y a la acción de gobierno de la Generalitat⁶⁷⁶. También dentro de este último apartado debemos incluir la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia. Esta disposición, atendiendo a

inicialmente los derechos de la infancia y la adolescencia en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma murciana, procediendo a continuación al desarrollo de alguno de esos derechos, sin especificar ni razonar en ningún caso el criterio que orienta o conduce al legislador a escoger esos y no otros derechos.

⁶⁷² Boletín Oficial del País Vasco, núm. 59, de 30 de marzo de 2005.

⁶⁷³ Boletín Oficial del Estado, núm. 189, de 8 de agosto de 2001. **Hernández de la Torre Martínez, Ana**, op. cit. pág. 310, destaca de la Ley aragonesa el hecho de que ordena los artículos referidos a cada uno de los derechos en particular, distinguiéndose los ámbitos de actuación y las obligaciones de los responsables de los niños y adolescentes, de los diferentes poderes públicos y la ciudadanía, en general.

⁶⁷⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 124, de 25 de mayo de 1999.

⁶⁷⁵ Boletín Oficial del Estado, núm. 200, de 19 de agosto de 2008.

⁶⁷⁶ El Preámbulo de la Ley valenciana presenta la creación de esta Carta de Derechos del Menor de la Comunidad valenciana como un instrumento que permita la difusión y el conocimiento de los derechos y garantías de los menores por la sociedad valenciana. Un análisis de todos los antecedentes de esta norma autonómica lo encontramos en **Marín García de Leonardo, M. Teresa**: "La protección de los menores en la Comunidad Autónoma Valenciana" en Revista de Derecho Civil Valenciano, n.º. 5, julio 2008, págs. 1-28.

la especial repercusión y trascendencia que alcanza la forma en que se organizan y estructuran aquellos de sus preceptos que listan los derechos y libertades de los que gozan las personas menores de edad residentes en Cataluña, merece un comentario más detallado y exhaustivo que abordamos, acto seguido, en el subsiguiente epígrafe.

5.3. LA LEY CATALANA 14/2010, DE 27 DE MAYO, DE LOS DERECHOS Y LAS OPORTUNIDADES EN LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA: EL CRITERIO DISTRIBUTIVO SEGUIDO POR EL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La vigente Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia dedica su Título II a los derechos de los niños y los adolescentes - artículos 28 a 73 -. Bajo esta rúbrica y siguiendo los parámetros marcados por la Convención de las Naciones Unidas del año 1989, que se auto-erige como un texto universal e indivisible que favorece una visión global de la niñez, el texto catalán no establece relación jerárquica alguna entre los diferentes derechos que enuncia. Todos ellos se sitúan, pues, al mismo nivel, sin que exista ninguno de mayor relevancia o que destaque por encima del resto.

Esta reflexión nos lleva a afirmar que la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, nace con una clara vocación de universalidad. Por un lado, la mentada disposición pretende, tal y como se advierte en su Preámbulo, constituir una suerte de código de la infancia y la adolescencia - del estilo de los consagrados en País Vasco, Aragón, Castilla La Mancha y Valencia -, que integre y regule todas y cada una de las atribuciones y potestades que ostenta la Generalitat de Catalunya en este ámbito de actuación; y, por otro lado, trata de reunir en un solo instrumento jurídico, tanto las prescripciones destinadas a la infancia y la adolescencia en general - principios

rectores y derechos reconocidos a todas las personas menores de edad - como las referidas a la infancia y la adolescencia en circunstancias de especial peligro y vulnerabilidad. Es decir, las tendentes a desarrollar un sistema de protección para cuando los mecanismos sociales de prevención no han sido suficientes y se han producido situaciones de riesgo o desamparo que es necesario paliar con medidas de intervención pública.

Otra singularidad significativa que presenta este texto catalán, y que nos ayudará a discernir la verdadera extensión de sus pretensiones, radica en su notorio y manifiesto afán de transversalidad. Con este principio se pretende, en primer lugar, fomentar y promover una revisión global del ordenamiento jurídico y de las políticas públicas que lo acompañan desde la perspectiva de la preeminencia del interés superior del niño, niña y adolescente, todo ello sin olvidar, la importancia de facilitar la incorporación de este mismo concepto jurídico indeterminado en los procesos políticos de toma de decisiones; y, en segundo lugar, y respetando siempre la autonomía municipal, vincular a las corporaciones locales en las diferentes actividades de promoción, participación, prevención y protección de los derechos y el bienestar de la infancia y la adolescencia. Así, se encomiendan a los entes consistoriales una gran variedad de competencias sobre la cuestión – sensibilización, difusión, planificación, consejos territoriales de participación, situaciones de riesgo - , y, sobretodo, se garantiza la coordinación y cooperación de los servicios sociales básicos - adscritos a los Ayuntamientos - con los que dependen de la administración autonómica. En igual medida, el articulado de la Ley de Infancia no está dirigido única y exclusivamente al Departamento de la Generalitat de Cataluña directamente responsable en materia de protección a la infancia y la adolescencia - Departamento de Bienestar y Familia -, sino que, por el contrario, también vincula, y en consecuencia debe ser considerado y respetado por el resto de áreas de actuación del

Gobierno autonómico⁶⁷⁷ - Salud, Enseñanza, Cultura, Justicia y Participación ciudadana, entre otros -.

Tras los señalados principios de universalidad y transversalidad, la atención y apreciación del niño, niña o adolescente como centro del sistema, vector aglutinador de un nuevo modelo de actuación, se erige como el tercer gran pilar sobre el que sustentar la nueva filosofía de la niñez emergente tras la aprobación de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, fiel heredera de las tesis y razonamientos dimanantes de la Convención de 1989.

La traducción inmediata de esta nueva manera de proceder, que paulatinamente parece extenderse a otras comunidades autónomas, reside en la obligación de adecuar el sistema y las posibilidades que este nos brinda a las genuinas necesidades de la infancia y la adolescencia, y no a la inversa como hasta ahora venía sucediendo. Se trata de priorizar las demandas efectuadas por la persona menor de edad frente a la disponibilidad o no de recursos; así como anteponer su bienestar a la velada solicitud de control proveniente de ciertos sectores de la sociedad. Este cambio de visión debería traer consigo una notable reducción del número de casos de maltrato institucional y otorgar cierta flexibilidad para atender de la manera más adecuada las diferentes situaciones que se vayan sustanciando. De acuerdo con esta premisa, y en palabras extraídas del mismo Preámbulo de la Ley, "ésta se alza como un modelo innovador, dinámico y flexible que debería permitirle adaptarse a las nuevas formas de atención que una comunidad en continua evolución reclama y exige".

⁶⁷⁷ **Barber Cárcamo, Roncesvalles y Pascual Medrano, Amelia:** "La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor" en Anuario Jurídico de La Rioja, N°. 12, 2007, págs. 45.46, llevan a cabo la misma aseveración por lo que a la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, se refiere.

En suma, podemos concluir afirmando que los sujetos beneficiarios se constituyen en el elemento teleológico de las instituciones civiles de asistencia y protección, cuyo centro de gravedad bascula ahora en torno a ellos, y a su prioritario interés. Lo que formalmente puede aparecer como un mero elemento subjetivo en la estructura interna de cada una de estas instituciones, se revela como el punto cardinal de las mismas, vértice de su organización y fuente de su virtualidad, y, por ende, guía e hilo conductor de su propia naturaleza e interpretación. En definitiva, esta concepción de la niñez guarda estrecha relación con la primacía de su interés que hacen del sujeto la pieza esencial del engranaje normativo⁶⁷⁸.

Señalados y comentados los tres grandes ejes sobre los que se sustenta el Título II de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, apartado recordémoslo en el que se enumeran los derechos y las prerrogativas que se atribuyen a los niños, niñas y adolescentes en Cataluña, y regresando nuevamente al análisis de su contenido, resulta interesante destacar, desde una aproximación ahora de carácter retrospectivo, que su antecedente inmediato y en definitiva su texto de referencia, no es otro que el de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia. Esta Ley enunciaba de forma dispersa y sin una clara motivación u orden lógico - artículos 5 a 49 -, una pluralidad de principios básicos relativos a los derechos de las personas menores de edad, asumiendo e incorporando, en cierta

⁶⁷⁸ **Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos**: "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil", en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1992, pág. 1398. Por su parte, **Dávila Balseira, Paulí** y **Naya Garmendia, Luis M^a**, op.cit. págs. 91 y 92, resaltan la importancia que los derechos de los niños, niñas y adolescentes han ido obteniendo en un corto periodo de tiempo, circunstancia ésta que demuestra una importante transformación en la concepción de la infancia. Esta relevancia, según estos autores, debe considerarse, tanto como un cambio de paradigma, dentro de la historia de las mentalidades, en el concepto de infancia y de sus representaciones sociales, como también desde el punto de vista de las prácticas sociales y las obligaciones gubernamentales no solamente en el campo de la protección a la infancia, sino también del derecho. Esta idea también puede extraerse en **Clemente, Rosa**: Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora, págs. 16-17 y 24-25.

medida, las orientaciones expositivas que de los mismos ya había venido marcando el texto de la Convención de las Naciones Unidas de 1989.

Aun siendo indiscutible que la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia - LAPIA - representó, en nuestro contexto cultural de referencia, un cambio de paradigma en el tratamiento irrogado al grupo de población más joven, no es menos cierto que fue objeto de duros reproches por parte de un amplio sector de la doctrina catalana. Estas críticas se centraron fundamentalmente en dos aspectos⁶⁷⁹: su manifiesta falta de oportunidad, así como el excesivo número de preceptos meramente programáticos que albergaba, que si bien presentaban una loable sensibilidad hacia el mundo de la infancia y la adolescencia, carecían, sin embargo, de eficacia vinculante alguna. En efecto, la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia - LAPIA -, además de desarrollar derechos y principios, muchos de ellos solapados abiertamente con preceptos constitucionales, se limitó a llevar a cabo una simple transposición del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento éste, vaya por delante, que desde el preciso instante en que su texto fue enteramente publicado en el Boletín Oficial del Estado pasó inmediatamente a forma parte del ordenamiento jurídico interno español, y como tal es de aplicación directa y vinculante en nuestro territorio⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹ Para analizar con más detalle las críticas formuladas a la Ley 8/1995, de 27 de julio, vid. **Ferrer Riba, Josep**: "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Catalunya" en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7, 1995, Págs. 40 y 45-46.

⁶⁸⁰ La misma desaprobación recibió la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En palabras de **Alonso Pérez, Mariano**: "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras", en *Actualidad Civil*, Nº 1, 1997, Pág. 18, el problema consiste, fundamentalmente, en que nos pasamos los días reformando textos legales o creando otros, en gran medida superfluos, como la Ley Orgánica 1/1996 y las del mismo estilo de las Comunidades Autónomas - por ejemplo, la Ley 8/1995, de 27 de julio, del Parlamento de Catalunya -.

Desde un punto de vista formal – de técnica legislativa – y trazando una comparativa entre el antiguo texto de la Ley de 1995 y el actual Título II de la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia de 2010, debemos resaltar la mejora operada por el presente texto legal en la ordenación de los derechos y las oportunidades reconocidas a las personas menores de edad. La estructura y sistematización seguidas por el citado Título II sí obedecen, al contrario de lo acaecido con anterioridad en la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia - LAPIA -, a una lógica interna de catalogación de sus preceptos, en concreto la ideada por el Comité de los Derechos del Niño a principios de los años noventa - 1991-, al fijar las orientaciones generales respecto a la forma y contenidos que deben reunir los informes – tanto iniciales como periódicos – presentados por los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con lo establecido en su artículo 44⁶⁸¹. En definitiva, este nuevo concierto organizativo dota a la norma de una mayor coherencia interna, al mismo tiempo que facilita el conocimiento y la comprensión integral de sus mandatos.

Ahora bien, a pesar de esta mejora, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia no deja de plantearnos dudas e interrogantes de similar factura a las suscitadas con anterioridad por su inmediata predecesora; pudiendo incluso llegar a ser acusada, como ya lo fue en su momento la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de la Infancia y la Adolescencia - LAPIA -, de reiterativa y falta de eficacia normativa real⁶⁸². En no

⁶⁸¹ Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/5, de 30 de octubre de 1991** y Comité de los Derechos del Niño, **Documento CRC/C/58, de 20 de noviembre de 1996**.

⁶⁸² Esta misma visión la encontramos recogida en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja, donde se trata de justificar el contenido de su Título I que lleva como rúbrica “De la promoción y defensa de los derechos de los menores”, al afirmar que “la norma dedica especial atención a los derechos de los menores, que aborda huyendo de fórmulas vacías de contenido

pocas ocasiones, la vigente Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia abusa de redundancias y remisiones a la legalidad vigente, en claro detrimento del principio de innovación del ordenamiento que se presupone ha de tener la actividad parlamentaria. Artículos excesivamente complejos, de difícil lectura y comprensión, así como de ardua, por no decir imposible, aplicación práctica, muestran un mal endémico característico e identificador de nuestros actuales legisladores: su incapacidad para promulgar leyes concisas, inteligibles y bien redactadas⁶⁸³.

y de la repetición de enunciados que ya están establecidos en la Constitución, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del Menor, o en Tratados internacionales sobre esta materia ratificados por el Estado Español y que son de aplicación directa y vinculante, para establecer instrumentos técnicos precisos que aseguren su eficacia real y efectiva. Por este motivo, se tienen que establecer sanciones concretas para el cumplimiento o la vulneración de cada una de los derechos de la infancia”.

⁶⁸³ Como simple muestra de lo que apuntamos vid. el artículo 69 de la Ley de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

**CAPÍTULO V. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL
ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS EN MATERIA DE ATENCIÓN Y
PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA
ADOLESCENCIA. ESPECIAL MENCIÓN A
CATALUÑA**

1. INTRODUCCIÓN

Otro de los grandes bloques relativos al estatuto del menor⁶⁸⁴ que se contiene en la Constitución española viene referido a la distribución competencial entre los distintos niveles territoriales. Este reparto se ordena, principalmente, en los artículos 148 y 149 de la Constitución española, si bien hay que tener en cuenta otros preceptos del mencionado texto constitucional⁶⁸⁵.

Los ordenamientos autonómicos, por su parte, y siguiendo los dictados marcados por las normas de referencia, también han abordado la materia de la protección de menores desde perspectivas dispares, que responden, a su vez, a títulos competenciales de igual modo diversos. Así, mientras la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han regulado esta materia, con carácter general, amparándose en las atribuciones reconocidas por el artículo 148.1.20 de la Constitución española, referente a la asistencia social⁶⁸⁶, tan sólo un grupo reducido

⁶⁸⁴ El propio Tribunal Constitucional ha declarado que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Carta Europea de los Derechos del Niño y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, constituyen “el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución española, y muy particularmente en su apartado 4. A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”. Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo (FJ 5).

⁶⁸⁵ **Ruiz-Huerta Carbonell, Alejandro**: Constitución y legislación autonómica. Un estudio del bloque de constitucionalidad en el Estado autonómico español. Madrid, 1995, Ed. Ibídem ediciones, págs. 37-39, entendiéndose que salvo los apartados 1 a 5 y 10, 14, 21, 24 y 31 del número 1 del artículo 149, en los que hay reserva absoluta de competencia para el Estado, o competencias exclusivas del Estado, de acuerdo con el propio tenor del precepto, en todos los demás apartados existe una evidente confusión y desorden entre tipos de competencia a asumir, y sus correspondientes titulares, o incluso de facultades concretas atribuibles dentro de cada competencia.

⁶⁸⁶ En opinión de **Gavara de Cara, Juan Carlos**: La dimensión objetiva de los Derechos sociales. Barcelona, 2010, Ed. Bosch editores, págs. 96-97, el ámbito de la asistencia o servicios sociales es en el que en mayor medida se plasma, desde un punto de vista constitucional, la concreción del Estado Social a través de mandatos dirigidos a todos los poderes públicos para la integración social de los diversos colectivos con mayores necesidades de protección y la estructuración de medidas frente a necesidades básicas. En este sentido, en el Capítulo III del Título I de la Constitución española se establecen los ámbitos de actuación interrelacionados con la asistencia social como pueden ser la protección de la familia y de la infancia -

de ellas lo ha hecho, además, con carácter particular y, de forma más excepcional, en virtud de sus competencias en la "conservación", "modificación" y "desarrollo" del derecho civil propio - derivadas del artículo 149.1.8 de la Constitución española -⁶⁸⁷.

Como cuestión previa, y antes de proceder al análisis de las diversas fórmulas y mecanismos de recepción y desarrollo de las facultades normativas propias de las comunidades autónomas en este sector del ordenamiento jurídico, cabe destacar, en primer lugar, como una de las singularidades estructurales básicas e identificativas de la metodología utilizada para efectuar tal asunción de responsabilidades, la manifiesta falta de uniformidad existente en el modo de operarse tal transposición⁶⁸⁸, así como en la terminología empleada a dichos efectos por los distintos Parlamentos autonómicos⁶⁸⁹.

artículo 39 de la Constitución española -, la participación de la juventud en la vida ciudadana - artículo 48 de la Constitución española -, la previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos - artículo 49 de la Constitución española - o la política a favor de la tercera edad - artículo 50 de la Constitución española -.

⁶⁸⁷ **Mirambell i Abancó, Antoni:** "Aplicación del Derecho catalán" en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Vol. I. Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 377-390.

⁶⁸⁸ Esa ausencia de homogeneidad también queda patente en los instrumentos de traspaso de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas. Así, el título al amparo del cual se efectuaron esas transferencias fue en unos casos la competencia sobre "asistencia social", "bienestar social" o "política infantil y juvenil" y, en otros, la atribución en materia de "protección y tutela de menores" o "instituciones públicas de protección y tutela de menores". En concreto, el Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, sobre traspaso a la Generalitat de Cataluña de los servicios del Estado en materia de protección de menores, y el Real Decreto 1775/1985, de 1 de agosto, para la Comunidad foral de Navarra; se dictaron bajo los auspicios de la competencia sobre "instituciones públicas de protección y tutela de menores". En cambio, el Decreto 1109/1984, de 29 de febrero, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad de La Rioja en materia de protección de menores, se adoptó de acuerdo con la competencia sobre "asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil"; mientras que en el Real Decreto 2051/1985, de 9 de octubre, sobre traspaso de idénticas funciones y servicios estatales a la Comunidad de Aragón, se invoca la competencia sobre "asistencia, bienestar social, desarrollo comunitario y juventud"; y, por último, los Reales Decretos 1108/1984, de 29 de febrero y 1054/1985, de 5 de junio, para Galicia, acuden a la competencia en materia de "asistencia social".

⁶⁸⁹ **Mayor del Hoyo, M^a. Victoria:** La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores. Barcelona, 2000, Ed. Cedecs, pág. 33, identifica esta misma heterogeneidad en la redacción de los distintos Estatutos de Autonomía. También se hace eco de esta falta de uniformidad **Tolivar Alas, Leopoldo:** "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores" en Revista de Administración Pública, núm. 124, enero-abril 1991, pág. 51, quien manifiesta que la recepción por los Estatutos de las concretas facultades de protección de menores fue, ciertamente distinta. En igual línea se pronuncia **De Pablo Contreras, Pedro:**

En definitiva, tanto los Estatutos de Autonomía que en su génesis optaron por hacer únicamente alusión a la admisión de funciones en asistencia social, como los que prefirieron añadir a esta previsión una mención expresa a la niñez y a su cuidado institucional, y por último, aquéllos que se inclinaron por abordarlo desde una órbita más bien privada, propia del Derecho civil, ofrecen una gran disparidad de enunciados⁶⁹⁰, así como un nulo acuerdo lexicográfico⁶⁹¹ entre sí.

Otro elemento digno de ser tenido en consideración, y que tradicionalmente ha venido caracterizando el método como se ha arbitrado la asunción de tales atribuciones competenciales, ha sido el calificado como "principio mimético". Este

"Comentarios al artículo 172 del Código civil - Ley 21/1987, de 11 de noviembre -" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.)**: Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Madrid, 1993, Ed. Tecnos, pág. 63, al poner de relieve la diversidad en la enunciación de estas competencias. También apuntan dicha característica, **Alonso Seco, José María y Gonzalo González, Bernardo**: La asistencia social y los servicios sociales en España. Madrid, 1997, Ed. Boletín Oficial del Estado, pág. 88 y **Vicente Pachés, Fernando (de)**: Asistencia social y servicios sociales, régimen de distribución de competencias. Madrid, 2003, Ed. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones, pág. 133, quien sostiene que al acudir a la legislación autonómica - Estatutos de Autonomía y Leyes generales sobre la materia que se han dictado en desarrollo de la Constitución - se constata la utilización de una terminología y de unas expresiones de lo más variadas, que más que aclarar y precisar los conceptos de asistencia social y servicios sociales, dificultan aún más su delimitación.

⁶⁹⁰ Los Estatutos vasco (artículo 10.14), catalán (artículo 9.28) y andaluz (artículo 13.23) se referían, de modo similar, a su competencia exclusiva en instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando la legislación civil, penal y penitenciaria. La Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (artículo 44.23), que también se refería a instituciones públicas de protección y tutela de menores, en lugar de utilizar la fórmula apuntada, empleaba la expresión "conforme a la legislación general del Estado". El Estatuto de Baleares (artículo 30.39) que, como los anteriores, también hacía referencia a la asunción de la competencia exclusiva en instituciones públicas de protección y tutela de menores, no mencionaba la necesidad de respeto a la legislación civil, penal y penitenciaria. Tampoco la mencionaba el Estatuto valenciano (artículo 31.27) que se refiere a las "instituciones públicas de protección y ayuda de menores".

⁶⁹¹ Los Estatutos de Galicia (artículo 27.23) y Madrid (artículo 26.18) utilizan los términos "asistencia social"; los de Castilla-La Mancha (artículo 31.1.p) y Castilla León (artículo 26.1.18), "asistencia social y servicios sociales"; los de Asturias (artículo 10.1.p), Cantabria (artículo 22.18) y La Rioja (artículo 8.1.18) hacen referencia a la "asistencia y el bienestar social incluida la política juvenil"; el de Extremadura (artículo 7.1.20) emplea los términos "asistencia social y bienestar social"; el de Aragón (artículo 35.1.19): "asistencia y bienestar social"; y el de Murcia (artículo 10.1.o): "bienestar y servicios sociales". **Navarro Munuera, Andrés**: "Servicios sociales. Comentarios al artículo 9.25 y 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, Vol. II. Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, pág. 158, entiende que todas estas expresiones que a nivel fonético mantienen gran similitud por la presencia, en todas ellas, del vocablo "social", encierran tras de sí unos contenidos conceptuales muy interrelacionados, cuya distinción no resulta fácil.

criterio se ha erigido como el verdadero baluarte inspirador tanto del *modus operandi* como de la configuración externa adoptada por los diversos Estatutos de Autonomía, en el momento de delimitar cuáles son las responsabilidades arrojadas en este sector del ordenamiento jurídico.

En efecto, todas las normas estatutarias, al menos en un momento inicial, tomando como pauta de referencia - imitando, en definitiva - la sistemática y estructura fijadas por el artículo 149.1 de la Constitución española, utilizaron unas cláusulas generales que se corresponden, en cierta medida, al negativo de las formulaciones también genéricas contenidas en el citado precepto constitucional. Es decir, optaron por realizar una delimitación competencial que agotaba prácticamente todas las previsiones constitucionales posibles, asumiendo para sí la mayor parte de las atribuciones que la Norma fundamental parecía permitir⁶⁹².

Esta técnica del mimetismo estructural desembocó, en la práctica, en un elevado grado de indefinición y ambigüedad del régimen de distribución competencial y contribuyó a la identificación de innumerables problemas de exégesis y al incremento exponencial de la consiguiente conflictividad. Y, lo que es más importante, condujo a una extraordinaria y endémica fragmentación de los propios títulos competenciales⁶⁹³.

⁶⁹² **Donaire Villa, Francisco Javier:** "Ampliación competencial y estatutaria: una perspectiva general" en **Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.):** La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 293, reflexionando sobre la inclusión de perfiles competenciales detallados en los nuevos Estatutos de Autonomía, afirma que hasta el momento previo a la aprobación de las nuevas disposiciones estatutarias la técnica seguida por las normas institucionales básicas ha sido similar a la que emplea la propia Constitución en los artículos 148.1 y 149.1; esto es, relacionar de modo genérico una serie de materias como objeto de asunción por parte de la Comunidad Autónoma. Y al igual que la Constitución, no define esas materias, ni delimita qué tipos de ámbitos o cuestiones quedan comprendidos en el ámbito del correspondiente título competencial.

⁶⁹³ **Instituto de Estudios Autonómicos:** Informe sobre la reforma del Estatuto. Barcelona, 2003, Ed. Generalitat de Cataluña, págs. 73-74.

Durante la primera década del siglo XXI, y como respuesta a esa situación de indeterminación y confrontación, se produjo la aparición de un movimiento proclive a la impostergable e imperativa necesidad de regeneración de las cláusulas estatutarias atributivas de responsabilidades, partidario sin más de la restricción al máximo de la incertidumbre o imprecisión de sus mandatos.

Es en este contexto de ineludible transformación, en el que se encuadra una de las principales disposiciones normativas que, en la actualidad, se ha erigido como el más destacado exponente de esa nueva filosofía estatutaria: el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Este texto, defensor acérrimo del anhelado paradigma de la concisión, está llamado a liderar un trascendental e indiscutible cambio en el devenir de nuestra historia constitucional.

2. RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO 148.1.20 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA POR LOS DIVERSOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Partiendo de la base que, por regla general, los textos estatutarios han fundamentado su capacidad y aptitud normativa en aspectos de infancia y adolescencia en el artículo 148.1.20 de la Constitución española, se procede a continuación al estudio detallado de las prescripciones en el mismo contenidas.

La simple dicción literal de este precepto constitucional evidencia de forma clara la falta de una mención expresa, entre las materias susceptibles de ser incluidas en los Estatutos de Autonomía, de la voz "protección de menores" - o de un calificativo equivalente -; si bien es cierto, en cambio, que sí atribuye a los entes territoriales autonómicos competencia exclusiva en aspectos de "asistencia social"⁶⁹⁴.

⁶⁹⁴ Tal y como pone de manifiesto **Vicente Pachés, Fernando (de)**, op. cit. págs. 133-134, la mayoría de las Comunidades Autónomas en sus Estatutos originarios utilizaron el mismo concepto constitucional de

En este sentido, y haciendo uso de este título habilitador⁶⁹⁵, en un buen número de disposiciones estatutarias se optó inicialmente, a pesar de que la Constitución española no ofrezca un sentido unívoco de la expresión *asistencia social*⁶⁹⁶, por contemplar el ámbito de la atención pública y de la tutela de la infancia, no de una forma particular e individualizada, sino que por el contrario, se decidieron por

asistencia social, sin vincularlo a ningún otro - Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco, Comunidad Valenciana -; otras usaron el mismo término pero asociándolo, en relación de coordinación, con el de *servicios sociales* - Canarias, Castilla La Mancha, Castilla y León -, *bienestar social* - Extremadura - o *beneficencia social* - Baleares -; algunas emplearon el vocablo *asistencia*, unido al de *servicios sociales* - Andalucía - o al de *bienestar social* - Aragón, Asturias, Cantabria, La Rioja -; incluso se da el caso que ni siquiera utiliza la expresión *asistencia social*, usando el de *bienestar* y *servicios sociales* - Murcia -.

⁶⁹⁵ Para una definición del concepto de asistencia social resulta de utilidad acudir a la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, ratificada por el Estado español el 19 de abril de 1980, en la que la asistencia social se caracteriza por comprender prestaciones individualizadas para la cobertura de las necesidades básicas de personas sin recursos, mientras que los servicios sociales englobarían prestaciones técnicas ofrecidas colectivamente, es decir, no personalizadas. Además, otra nota configuradora de la noción y contenido de la asistencia social consistiría en que sus prestaciones se llevan a cabo al margen del régimen contributivo de la Seguridad Social. Asimismo, el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, de 11 de diciembre de 1953, ratificado por el Estado español el 29 de noviembre de 1982, define asistencia social - art. 2 a). i. - como el derecho "tendente a conceder a personas sin recursos suficientes los medios de subsistencia y los cuidados que su estado requiera, excepción hecha de las prestaciones no contributivas y de las prestaciones a las víctimas de guerra o de la ocupación extranjera". Se sigue en este punto la interpretación que del texto de la Carta Social Europea efectúan **Casado Carrasco, Luís** y **Zabarte Martínez de Aguirre, M^a. Eugenia**: "Reflexiones en torno al diseño de una política de bienestar social" en Revista de Seguridad Social, núm. 19, 1983, pág. 147.

⁶⁹⁶ La Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1986, de 9 de junio - F.J. 6 - declara que "la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente; de la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 de la Constitución. Esta asistencia social aparece como un mecanismo por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual - con independencia que la evolución del sistema de la Seguridad Social pueda ir en la misma dirección - es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios". Vid. en esta misma línea argumental, la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/1986, de 25 de noviembre - F.J. 2 -, la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero - F.J. 14 - la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1998, de 23 de julio - F.J. 3 - y la Sentencia del Tribunal Constitucional 239/2002, de 11 de diciembre. También se hace eco de la falta de delimitación de la noción de asistencia social en el texto constitucional, **Gavara de Cara, Juan Carlos**, op. cit. pág. 97.

insertarlo dentro del sector normativo propio de los *servicios sociales*⁶⁹⁷, como una proyección de los mismos⁶⁹⁸.

Efectivamente, la recepción y el desarrollo efectuado del artículo 148.1.20 del texto constitucional por los diferentes Parlamentos autonómicos, nos lleva a distinguir tres grandes subgrupos de leyes institucionales básicas, a tenor de cual haya sido la técnica legislativa empleada para asumir, desarrollar y hacer efectivas las prerrogativas en este ámbito material⁶⁹⁹.

Una primera categoría englobaría aquellos textos estatutarios que no incorporan alusión específica alguna al tema de las “instituciones públicas de protección y tutela de menores”, es decir, no contienen un título competencial particular que habilite a la Comunidad Autónoma en cuestión, para el despliegue de la normativa de atención a la infancia y la adolescencia. Por el contrario, se vienen a emplear indistintamente los conceptos jurídicos indeterminados de "asistencia", "bienestar y servicios sociales", "asistencia social" y "desarrollo comunitario"⁷⁰⁰. Se infiere, pues, de su

⁶⁹⁷ **Palma del Teso, Ángeles (de)**: Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados. Madrid, 2006, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública, pág. 50.

⁶⁹⁸ Para **Giménez-Salinas Colomer, Esther**: “Protección de menores. Comentarios al artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña” en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, Vol. II. Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 188-189, las Comunidades Autónomas que incluyen la protección de menores dentro de los términos de asistencia social o servicios sociales, lo prevén como una actuación más de la Administración en el campo del bienestar social y de la asistencia a la infancia.

⁶⁹⁹ Vid. **Giménez-Salinas Colomer, Esther**, op. cit. págs. 188-189. Esa misma clasificación es adoptada por **Beltrán Aguirre, Juan Luís**, op. cit. pág. 128. También se hace eco de esa asunción de competencias por parte de las comunidades autónomas en diverso grado de intensidad **Tena Piazuelo, Isaac**: "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 24, julio-diciembre 1997, págs. 260-261.

⁷⁰⁰ Esa falta de especificación ha llevado según **Alonso Seco, José María y Gonzalo González, Bernardo**, op. cit. págs. 87-89, a que parte de la doctrina se haya mostrado partidaria de identificar la actividad de asistencia social - título competencial recogido en la Constitución española -, consistente en prestaciones técnicas, con la actividad de servicios sociales - materia asumida por muchos Estatutos de Autonomía -. Desde otros sectores, en cambio, se ha apuntado que se trata de nociones distintas. Los servicios sociales tendrían un objeto más amplio y complementario de la asistencia social: el logro del mayor bienestar para el

redacción que la variable o el vector de "niñez" cae dentro de las políticas globales de asistencia y bienestar social⁷⁰¹.

Esta vicisitud trajo como consecuencia la promulgación de una primera generación de normas territoriales sobre servicios sociales, que tuvo como horizonte fijar un sistema basado en los principios de concentración en la planificación y descentralización en la gestión, a los que rápidamente se ligaron los parámetros de integralidad, coordinación y universalidad. Tal política transversal de acción comunitaria se dirigió a colectivos profunda y materialmente heterogéneos entre sí, tales como: menores, tercera edad, minorías étnicas, personas sin recursos económicos e inmigrantes. En este estrato se encuadraron originariamente⁷⁰² los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de La Rioja⁷⁰³,

individuo y su plena integración social. La asistencia social quedaría, por su parte, enmarcada en el concepto de servicios sociales o servicios públicos personales. Por su parte, **Vicente Pachés, Fernando (de)**, op. cit. págs. 135-149, expone de manera detallada las diferentes opiniones y concepciones doctrinales, jurisprudenciales y del derecho positivo acerca de las expresiones "asistencia social" y "servicios sociales y bienestar social".

⁷⁰¹ **Navarro Munuera, Andrés**, op. cit. págs. 157-158, pone de relieve la compleja tarea de acuñar un concepto unívoco de asistencia social que sea perfectamente diferenciable de otros conceptos con los cuales guarda una indudable afinidad, y que a la postre podrían causar una enorme confusión, impidiendo la necesaria claridad, certeza y seguridad en la estructura del reparto de atribuciones sobre esta materia. Un claro ejemplo de esas dificultades es el descrito por **Vicente Pachés, Fernando (de)**, op. cit. págs. 164-165. Este autor, tras constatar que no figuran expresamente en el artículo 148 de la Constitución española los *servicios sociales* como competencia de las Comunidades Autónomas, ofrece dos posibles mecanismos de resolución del problema. Los *servicios sociales* podrán ser competencia de las comunidades autónomas, bien realizando una interpretación amplia del artículo 148.1.20 - cuando se refiere a la *asistencia social*, extensible a los *servicios sociales* -, o bien puede ser asumido por los Estatutos de Autonomía, en virtud del artículo 149.3 de la Constitución española, esto es, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias exclusivas en esta materia porque constitucionalmente no la tiene atribuida el Estado.

⁷⁰² Un estudio comparado de las disposiciones originarias relativas a la asunción de competencias en materia de asistencia social y servicios sociales por parte de los distintos Estatutos de Autonomía lo encontramos en **Ministerio para las Administraciones Públicas**: Estatutos de Autonomía por materias. Madrid, 1991, Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas, págs. 572-574.

⁷⁰³ Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía de La Rioja. BOE, núm. 146, de 19 de junio de 1982.

Cantabria⁷⁰⁴, Asturias⁷⁰⁵, Murcia⁷⁰⁶, Aragón⁷⁰⁷, Extremadura⁷⁰⁸, Madrid⁷⁰⁹, Castilla-León⁷¹⁰ y Galicia.

⁷⁰⁴ Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cantabria. BOE, núm. 9, de 11 de enero de 1982.

⁷⁰⁵ En su versión inicial el Estatuto de Autonomía asturiano - Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre; BOE, núm. 9, de 11 de enero de 1982 -, tan sólo atribuía competencia exclusiva al Parlamento asturiano en materia de asistencia y bienestar social, incluida la política juvenil – artículo 10.1.p) -. Sobre ese aspecto se pronunció **Sosa Wagner, Francisco**: “Comentarios al artículo 10” en **Bocanegra Sierra, Raúl (Dir.)**: Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Madrid, 1987, Ed. Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto de Estudios de Administración Local, pág. 122, que consideró que el fundamento constitucional de dicho precepto se encontraba en el artículo 148.1.20 de la Constitución española. Además, este autor consideró que la redacción del Estatuto venía a confirmar la generalidad y amplitud del concepto contenido en la Constitución, del que tan sólo resultan excluidas las prestaciones asistenciales que se producen en el sistema de la Seguridad Social, por ser éste un concepto distinto del de asistencia social. Con posterioridad, y siguiendo ahora los trabajos de **García Murcia, Joaquín**: “Servicios sociales. Comentarios al artículo 10.1.25 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias” en **Arce Janáriz, Alberto (Coord.)**: El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio sistemático. Llanera, 2003, Ed. Junta General del Principado de Asturias, págs. 372-380, la redacción inicial de esta disposición estatutaria se reformó por Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, dándole la forma y ubicación actuales – artículo 10.1.24 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias -.

⁷⁰⁶ Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía de Murcia. BOE, núm. 146, de 19 de junio de 1982.

⁷⁰⁷ En su redacción originaria el artículo 35.1.19 de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón - BOE, núm. 195, de 16 de agosto de 1982 -, atribuía a la Comunidad Autónoma de Aragón competencias exclusivas en materia de "asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario". En este sentido, **Embid Irujo, Antonio**: “Protección de menores” en **Embid Irujo, Antonio (Dir.)**: Derecho público aragonés. Estudios sobre el derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón. Zaragoza, 1990, Ed. El Justicia de Aragón, págs. 673-674, definía dicho precepto como un fiel reflejo del artículo 148.1.20 de la CE que ofrece a todas las Comunidades Autónomas – si así lo estiman oportuno sus Estatutos – la posibilidad de ejercer competencias en materia de asistencia social.

⁷⁰⁸ Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Extremadura. BOE, núm. 49, de 26 de febrero de 1983.

⁷⁰⁹ Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid. BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 1983.

⁷¹⁰ Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. BOE, núm. 52, de 2 de marzo de 1983.

De todas ellas, actualmente, tan sólo Galicia⁷¹¹ mantiene sin desmembrar ese tronco común y presuntamente omnicompreensivo de la acción social⁷¹². El resto de Autonomías, superando ya la conocida como primera generación de disposiciones administrativas sobre bienestar comunitario, ha introducido, a través de sendas modificaciones de sus preceptos estatutarios, referencias explícitas al ámbito de la protección a la infancia⁷¹³, que vienen a fragmentar o a disgregar el paradigma tradicional del enfoque global, que había impregnado toda la legislación social hasta esos momentos⁷¹⁴.

⁷¹¹ Vid. artículo 27.23 de la Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Galicia. BOE, núm. 310, de 28 de diciembre de 1985.

⁷¹² En opinión de **Garcés Sanagustín, Ángel**: “Acción social” en **Embid, Irujo, Antonio (Dir.)**: Derecho público aragonés. Madrid, 2000, Ed. Dykinson S.L., págs. 498-499, el intento de aglutinar en un texto normativo el conjunto de medidas o actuaciones propias del sistema de acción social y, por lo tanto, de articular una política unitaria con independencia de los sectores o colectivos afectados estaba destinada al fracaso. Por ello, añade este autor, a finales de los ochenta y a inicios de los noventa, se produjo una segunda generación de leyes que se caracterizaron por dirigirse a colectivos específicos, y en consecuencia, por fragmentar, por disgregar esa idea de política global, de sistema unitario que había impregnado el esfuerzo legislativo de los años anteriores.

⁷¹³ A modo ejemplo, puede citarse el caso aragonés. En esta Comunidad Autónoma, la actual redacción del artículo 35 de su norma estatutaria – adaptada a la Ley Orgánica de 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón - incluyó en su apartado primero punto 28 como competencia exclusiva de su Parlamento “la protección y tutela de menores”, título competencial que se adicionó al ya existente en su punto 26 relativo a la “asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario, juventud y promoción de las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural”. Posteriormente, el nuevo Estatuto de Autonomía aragonés, aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, continua manteniendo la competencia exclusiva del Parlamento autonómico en materia de “menores” (artículo 71. 39), sin dejar de lado la competencia general en temas de “acción social” (artículo 71. 34). En ese mismo sentido ha evolucionado la normativa riojana. En este caso, la modificación operada en su Estatuto de Autonomía por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero, introdujo un nuevo apartado a su artículo 8, en virtud del cual se atribuye a la Comunidad Autónoma de La Rioja la competencia exclusiva sobre la materia de “protección y tutela de menores” (artículo 8.32). Idéntico fenómeno se ha operado en el Principado de Asturias. Así el artículo 10.1.25 de su norma estatutaria atribuye competencia exclusiva a esta Comunidad Autónoma en materia de protección y tutela de menores. Se trata de una competencia que carecía de formulación, en esos términos, dentro de la primera versión del Estatuto de Autonomía, y no fue incorporada a ese texto básico hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero.

⁷¹⁴ Recalca **Alonso Sánchez, Beatriz**, op. cit. pág. 47, que en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla sus competencias en materia de asistencia social sólo comprenden “las facultades de administración, inspección y sanción, y, en los términos que establezca la legislación general del Estado, el ejercicio de la potestad normativa reglamentaria” (artículos 21.1.18º y 21.2 de los Estatutos de Ceuta y Melilla respectivamente).

Un segundo conjunto normativo sería el integrado por la acción legislativa de aquellos parlamentos autonómicos que han planteado la cuestión desde una perspectiva o visión que podríamos calificar como descriptiva o secuencial. En ellos, junto con el reconocimiento de un título habilitador en materia de servicios sociales - característica compartida con el anterior sistema descrito -, se reúnen, bajo una única asignación competencial autónoma, una pluralidad de conceptos e instituciones que identifican los ámbitos más representativos de la actuación de las Administraciones públicas en el sector de las políticas sociales.

Éste sería, sin ir más lejos, el modelo seguido por las Comunidades valenciana⁷¹⁵ y castellano-manchega⁷¹⁶, donde sus leyes de organización básica compilan, en un mismo epígrafe, una enumeración de materias que, con mayor o menor grado de afinidad, responden a diversos criterios socio-jurídicos de ordenación estructural de los derechos sociales de los ciudadanos y de los grupos o colectivos en que estos se integran, tales como: instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, disminuidos y demás sectores poblacionales que requieran de una especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

⁷¹⁵ El antiguo artículo 31.27 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE, núm. 164, de 10 de julio de 1982, hacía referencia a “instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”. El nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad valenciana, aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, recoge prácticamente idéntica mención en su artículo 49.1.27.

⁷¹⁶ En iguales términos el artículo 31.1.20 de la Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. BOE, núm. 195, de 16 de agosto de 1982, se pronuncia del siguiente tenor: “asistencia social y servicios sociales. Promoción y ayuda a los menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”.

Este mismo espíritu de catalogación o tratamiento sistemático al que hacíamos referencia sigue manteniéndose, por lo que al caso valenciano se refiere, tras la reforma operada en su Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril⁷¹⁷. En el nuevo documento estatutario, fiel heredero y valedor de la tradición iniciada con el texto de 1982, se afirma, tanto en su Preámbulo como en su artículo 10.3, que "por Ley de Cortes se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Valenciana⁷¹⁸ en la que se contemplarán los derechos de la defensa integral de la familia; la protección específica y tutela social del menor; la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y de sus familias; el derecho a la participación de la juventud; la participación y protección de las personas mayores y de los dependientes; la atención integral a las personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social; la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos; la protección social contra la violencia de género y actos terroristas; y, por último, los derechos y la atención social de los inmigrantes"⁷¹⁹.

Deben añadirse, en igual medida, las previsiones contenidas en su artículo 49.1.27, que siguen reconociendo como competencia exclusiva de las Cortes valencianas

⁷¹⁷ Boletín Oficial del Estado, núm. 86, de 11 de abril de 2006.

⁷¹⁸ En el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, se contiene la misma remisión, referida en este caso a la aprobación por una Ley del Parlamento (balear) de la Carta de Derechos Sociales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

⁷¹⁹ Un análisis más detallado del modelo social valenciano a raíz de la aprobación de su nuevo Estatuto de Autonomía de 2006, lo encontramos en **Cobas Cobiella, María Elena**: "El modelo social de la Comunidad valenciana. Una visión desde el Derecho" en Revista de Derecho civil valenciano, núm. 1, enero-marzo 2007, págs. 1-7. Sobre dicha materia también se pronuncia **Orduña Moreno, Francisco Javier**: "El modelo social de la Comunidad valenciana: criterios y líneas de competencia" en Revista valenciana de estudios autonómicos, núm. 49-50, 2005, págs. 145-154, quien considera que la reforma estatutaria revela un notable esfuerzo a la hora de concretar o diseñar el modelo social en relación a los grupos o sectores preferentes de atención. Finalmente, **Català i Bas, Alexandre H.**: "La inclusión de una Carta de Derechos en los Estatutos de Autonomía" en Revista Española de la Función Consultiva, n.º. 4, julio-diciembre 2005, págs. 201-204, enumera tanto las que considera como las principales notas positivas de la Carta social valenciana incorporada en el nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana - Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril -, como los errores o incorrecciones en los que se incurre.

todo lo relativo a "instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación"⁷²⁰.

En suma, es posible afirmar que la regulación presentada por el Estatuto valenciano se caracteriza, en esencia, por los siguientes extremos⁷²¹: contener un buen número de principios rectores⁷²²; remitir, en sede de derechos, de forma constante, a la Constitución y a los Tratados internacionales; carecer de mecanismos específicos que garanticen el respeto a los derechos y libertades en él enunciados; y, por último, hacer alusión expresa a una Carta de Derechos sociales de la Comunidad valenciana, que deberá ser aprobada por una futura Ley de Cortes⁷²³.

Una vez identificada y pormenorizada esta segunda técnica de concreción y desarrollo del artículo 148.1.20 del texto constitucional, sólo nos resta, a modo de conclusión, manifestar que la doctrina contemporánea viene admitiendo de manera unánime la idea de que toda esa multiplicidad de enunciados, de los que hacen gala diversos Estatutos de Autonomía, debe cohonestarse, en todo caso, con las

⁷²⁰ Por su parte, la competencia exclusiva en materia de "servicios sociales" aparece reconocida en el artículo 49.1.24 del Estatuto valenciano de 2006.

⁷²¹ **Álvarez Conde, Enrique**: Reforma constitucional y reformas estatutarias. Madrid, 2007, Ed. Iustel, pág. 385.

⁷²² Ello, no obstante, no hay un capítulo, como sucede en los Estatutos catalán, andaluz y canario, dedicado de manera exclusiva a los principios rectores.

⁷²³ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre - Fundamentos jurídicos 13 a 17 -, relativa al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el Alto órgano constitucional declaró que más allá del ámbito institucional del contenido estatutario - organización de las instituciones de las Comunidades Autónomas -, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por tanto, en relación a las materias que, como es el caso de los servicios sociales, el propio Estatuto atribuye competencia a la respectiva Comunidad Autónoma, el reconocimiento de derechos subjetivos requiere la intervención del legislador autonómico.

previsiones contenidas en el precepto objeto de nuestro análisis. Se trata, en definitiva, de una mera concreción de los elementos o rasgos que sirven para identificar positivamente el campo de acción de la noción de *asistencia social*⁷²⁴.

Por último, tres son las leyes orgánicas estatutarias que desde esta perspectiva *ius-publicista* inherente al artículo 148.1.20 de la Constitución española, han asumido competencias específicas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y lo han hecho de una manera autónoma y pormenorizada bajo la polémica rúbrica de “instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria”. Se trata del País Vasco⁷²⁵, Cataluña⁷²⁶ y Andalucía⁷²⁷. También se ha dado cabida en este apartado al Amejoramiento Foral, por cuanto se atribuye a Navarra potestades exclusivas en materia de "instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social" - artículo 44.23 -, diferenciándose de sus homólogas por el tipo de fórmula limitativa o constrictiva que incorpora. Así, en lugar de circunscribirlo al respeto de la "legislación civil, penal y penitenciaria", se

⁷²⁴ Sirva como ejemplo la aportación de **De la Peña Rosino, Paloma** y **Beloqui Urmeneta, Lucía**: "Los servicios sociales y su configuración en el Estado de las Autonomías" en Revista de Seguridad Social, núm. 19, 1983, pág. 130, quienes señalan que a pesar de la diversidad terminológica, cabe entender que la competencia de todas las Comunidades Autónomas en este sector se extiende horizontalmente a idéntico ámbito material, abarcando lo que hoy cabe entender como servicios sociales en sentido amplio.

⁷²⁵ Establece el artículo 10.14 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía del País Vasco. BOE, núm. 306, de 22 de diciembre de 1979: “organización, régimen y funcionamiento de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores, penitenciarios y de reinserción social, conforme a la legislación general en materia civil, penal y penitenciaria”.

⁷²⁶ El artículo 9.28 del antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre. BOE, n.º. 306, de 22 de diciembre de 1979, se expresaba en el siguiente tenor: "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria".

⁷²⁷ Casi idéntico redactado nos ofrecía el derogado artículo 13.23 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Andalucía. BOE, núm. 9, de 11 de enero de 1982. Tal precepto se refería a las “instituciones públicas de protección y tutela de menores respetando la legislación civil, penal y penitenciaria”.

vale de una pauta más abstracta y de difícil concreción, cual es la de "conforme a la legislación general del Estado".

Esta situación inicialmente descrita, tan solo se mantiene intacta, a día de hoy, en el Estatuto vasco de Guernica, único de los tres textos enunciados que no ha sufrido modificación alguna. En el resto de supuestos, sendas reformas de sus documentos originarios, han tratado de clarificar o dar respuesta a los problemas que reiteradamente se suscitaron en la identificación de los contenidos materiales correspondientes a tan controvertida expresión.

En Andalucía, por ejemplo, la ambigua y equívoca redacción propuesta por el artículo 13.23 del ya derogado Estatuto andaluz de 1981, en el que se otorgaba a la asamblea legislativa andaluza la competencia exclusiva en "instalaciones públicas de protección y tutela de menores, respetando la legislación civil, penal y penitenciaria", unida a la análoga incertidumbre que desprendían los conceptos jurídicos comprendidos en el punto 22 del propio artículo 13, relativo a la "asistencia y servicios sociales", ocasionaron en la práctica, graves dificultades para deslindar el verdadero substrato material y el real ámbito de aplicación de las referidas facultades de actuación.

A dicha disyuntiva vino a dar respuesta el vigente Estatuto de Autonomía andaluz, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo⁷²⁸. Esta norma no tan sólo ha alterado sustancialmente la redacción de las citadas disposiciones funcionales, dando entrada al actual artículo 61 - que viene a transformar y a refundir los apartados 22 y 23 del antiguo artículo 13 -, sino que además ha servido para añadir ciertas previsiones inéditas al respecto.

⁷²⁸ Boletín Oficial del Estado, núm. 68, de 20 de marzo de 2007.

El vigente artículo 61 del Estatuto de Autonomía de Andalucía asume, en primer lugar, una competencia material general sobre "servicios sociales", que acto seguido es complementada con tres títulos específicos: "voluntariado, menores y familias"⁷²⁹. Parece, pues, tal y como avanzábamos, que el sistema andaluz ha optado por obrar una paulatina e inexorable aproximación al criterio de recepción de responsabilidades autonómicas que está imponiéndose mayoritariamente a principios del siglo XXI, que no es otro que el identificado como descriptivo o secuencial.

No obstante, comparando el grado de concreción que atesora el mencionado artículo 61 del Estatuto de Autonomía de Andalucía - dejando ahora al margen las referencias al voluntariado, menores y familias - con el prevenido en otros textos autonómicos - como sería el caso de los Estatutos valenciano y castellano-manchego -, éste muestra un nivel inferior de pormenorización, al no albergar en su redactado alusión alguna a otros colectivos o grupos sociales merecedores de idéntico o similar trato de protección, como pudieran ser por ejemplo, el de "jóvenes", "tercera edad", "emigrantes", "minusválidos"⁷³⁰, "mujer", "personas con discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales"⁷³¹ y "personas mayores"⁷³² -.

⁷²⁹ **Ortiz de Tena, María del Carmen:** "Competencias sobre servicios sociales, voluntariado, menores y familia (Comentario al artículo 61)" en Muñoz Machado, Santiago y Rebollo Puig, Manuel: Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Pamplona, 2008, Ed. Thomson. Civitas, pág. 598, considera que los cambios introducidos por el nuevo Estatuto son más bien de tipo formal: modificaciones de denominación y desglose de materias en títulos y competencias más concretas.

⁷³⁰ Estatuto de Castilla-La Mancha, Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto - artículo 31.1.20 -.

⁷³¹ Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares, Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero - artículo 30.15 -.

⁷³² Estatuto de Cantabria, Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre - artículo 24.22 -.

La norma institucional andaluza ha preferido, por tanto, decantarse por el empleo de expresiones de estilo más abierto que no limiten o encasillen el campo de acción de las Administraciones públicas a categorías excesivamente encorsetadas o restringidas, sino que por el contrario, respondiendo a un principio de universalidad, se ofrezcan a cualquier ciudadano que las precise⁷³³.

Esa redacción más abstracta y amplia del precepto, alejada de la identificación singular de los distintos sectores poblacionales destinatarios de sus previsiones no impide, sin embargo, que en la subsiguiente reglamentación estatutaria, y fuera ya del capítulo concreto dedicado a la distribución competencial, sí se encuentren citas específicas a diversos colectivos particularmente vulnerables, como puede ser el caso del artículo 18 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, relativo a las personas menores de edad. Este precepto, introducido *ex novo*, reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes⁷³⁴.

Por último, debemos traer a colación los aportes efectuados por el punto tercero del artículo 61 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, apartado éste dedicado de manera explícita al despliegue de las competencias adquiridas por la Comunidad Autónoma en materia de menores. El legislador andaluz con base en las previsiones

⁷³³ **Ortiz de Tena, María del Carmen**, op. cit. págs. 596-597.

⁷³⁴ **Gutiérrez Rodríguez, Francisco José**: "Andalucía. Crónica sobre el actual proceso de reforma del Estatuto de Autonomía" en Revista General de Derecho Constitucional, nº. 1, junio, 2006, pág. 9, destaca como una de las grandes novedades aportadas por el Estatuto andaluz de 2007, la inclusión en su texto de un catálogo de derechos. Asimismo, **Balaguer Callejón, María Luisa**: "Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos" en Revista General de Derecho Constitucional, nº. 3, abril 2007, pág. 2, apunta que frente a la urgencia competencial y financiera que presidió hasta fechas muy recientes la relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en los nuevos Estatutos y en los que actualmente se encuentran en proceso de elaboración, se plasma un conjunto de derechos de similar contenido y naturaleza.

de su antiguo texto estatutario - artículo 13.23 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre -, y tomando como modelo de referencia el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, se ha pronunciado mediante el siguiente tenor literal: "corresponde a la Comunidad Autónoma: la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo, y de los menores infractores, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal".

Este singular redactado denota, con respecto a su precedente inmediato - Estatuto de Autonomía de Andalucía de 1981 -, un aumento del campo de acción del Parlamento andaluz en estas cuestiones, en cuanto que la fórmula empleada - "en materia de protección de menores" - se postula como un enunciado más omnicomprendivo que el acogido con anterioridad. Asimismo, también se incorpora una mención a la regulación del "régimen de protección" y se anuncian las situaciones objeto de especial atención: "desamparo, riesgo y conflicto con la ley penal"⁷³⁵. En igual medida, se sustituye la denostada y controvertida expresión "respetando la legislación civil, penal y penitenciaria" por la de "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación civil y penal", que pudiera también perfectamente traducirse en un incremento del ámbito de extensión del ejercicio de las responsabilidades asignadas a la Cámara andaluza. Por último, se añade un nuevo título competencial, que es "la participación - de la Comunidad Autónoma - en la elaboración y reforma de la legislación penal y procesal que incida en la competencia de menores".

⁷³⁵ La delimitación que se efectúa entre las situaciones de desamparo y riesgo, son una respuesta a las previsiones contenidas en el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, recogidas con posterioridad por los artículos 22 y 23 de la Ley del Parlamento andaluz 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor.

Una vez detallado el proceso de transformación operado por el modelo andaluz, y antes de adentrarnos en el examen exhaustivo del otro mandato constitucional habilitante para normar sobre este sector del ordenamiento jurídico, si bien ahora desde una perspectiva *iusprivatista* - artículo 149.1.8 de la Constitución española -, nos detendremos, a continuación, en el relato de cuáles han sido las vicisitudes de la secuencia evolutiva seguida por el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, documento paradigmático del sistema de ordenación constitucional español sobre la materia e indiscutible precursor y pionero de una renovada generación de normas institucionales básicas.

3. EL SISTEMA CATALÁN: DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE 1979 AL MARCO NORMATIVO DE 2006

En Cataluña, al igual que aconteciere en Andalucía, partiendo también de unas reglas estatutarias tildadas de poco transparentes, vacilantes e inciertas, generadoras de no pocas polémicas y discusiones, que presidieron e informaron toda la actividad legislativa del *Parlament* durante un vasto período de tiempo - lapso de vigencia del Estatuto de 1979 -, se ha procedido en la actualidad, coincidiendo con la aprobación del Estatuto de 2006, a un intento de transformación y mejora de ese caduco y cuestionado sistema de distribución competencial. Este cambio de paradigma, ilustre y acérrimo defensor de una nueva filosofía de actuación, deudor de un innovador método de asunción de responsabilidades normativas por parte de la Generalitat de Cataluña, se significa, sin lugar a dudas, por priorizar, por encima de cualquier otro criterio los anhelados y reivindicados principios de concreción, claridad y transparencia.

De acuerdo con esta línea de transformación apuntada, el presente apartado principia con un análisis pormenorizado de las características que informaron la inicial asunción por parte de la Comunidad Autónoma de Cataluña de la competencia exclusiva en materia de protección a la infancia y la adolescencia. La cuestionada redacción del artículo 9.28 del Estatuto de Sau de 1979, fuente de pasados e innumerables debates doctrinales acerca del verdadero sentido de sus palabras, debe ahora ceder el testigo a la propuesta que alberga el artículo 166 del Estatuto de 2006. Es por ello que una vez examinadas las prescripciones contenidas en el viejo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, procedemos a un estudio metódico y desglosado del artículo 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006; texto que asume, en primer lugar, una competencia material sobre *servicios sociales*, complementada de inmediato con tres títulos específicos: *voluntariado*, *menores y familias*. Una atribución pues de alcance general, acompañada de otras prescripciones de naturaleza más concreta. Dos de ellas referidas a determinados colectivos de individuos: menores y familias; grupos específicos destinatarios potenciales tanto de los servicios sociales como demás acciones comunitarias y, una tercera, *voluntariado*, de nuevo cuño legal en Cataluña.

3.1. EL ARTÍCULO 9.28 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 1979. GÉNESIS E INTERPRETACIÓN DEL PRECEPTO

Originariamente, y a tenor de lo preceptuado por el artículo 9.28 del antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, la Generalitat ostentaba competencias exclusivas en todo lo referente a “instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria”. Esta misma afirmación se encontraba reiterada en el acuerdo de la Comisión Mixta Administración del Estado-Generalitat de Cataluña, relativo al traspaso de servicios

del Estado al Gobierno autonómico en materia de protección de menores, publicado por el Real Decreto 1.292/1981, de 5 de junio⁷³⁶. Así, en su apartado B), 2, se establecía que “la Generalitat de Cataluña se ajustará, en cualquier caso, a la legislación civil, penal y penitenciaria vigente en cada momento en todo aquello que incida sobre las funciones de protección de menores que estén a su cargo”. También en este mismo sentido, se pronunciaba el artículo 1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores⁷³⁷.

Debemos subrayar, en primer lugar, un aspecto de la composición inicial del derogado artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que no pasó desapercibido para el conjunto de la doctrina jurídica catalana. El mandato en cuestión parecía situar a un mismo nivel el Derecho civil – sobre el que la Generalitat tiene la competencia exclusiva, a excepción de lo previsto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española – con el Derecho penal – sobre el que no ostenta ningún tipo de responsabilidad – y con el Derecho penitenciario – del que la Generalitat tan sólo puede ejecutar la legislación del Estado, de acuerdo con lo fijado en el artículo 11. 1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 -.

La interpretación del citado precepto se complicaba, aún más, si su dicción literal se ponía en estrecha correlación con el contenido del apartado segundo del propio artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que reconocía a la Generalitat la competencia exclusiva en materia civil. Así, de una lectura preliminar y poco minuciosa de la norma en cuestión, podía llegar a inferirse la errónea creencia de que dicho enunciado tan sólo hacía mención, única y exclusivamente, al ámbito de

⁷³⁶ Boletín Oficial del Estado, núm. 158, de 3 de julio de 1981.

⁷³⁷ El artículo 1 de la Ley 11/1985, de 13 de junio, de Protección de Menores - vigente hasta el 16 de enero de 2002 - establecía que la "Generalitat ejercerá la protección de aquellos menores que se hallen en situación de necesitarla, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, respetando en todo caso la legislación civil, penal y penitenciaria".

intervención de la Generalitat en todo lo concerniente a las instituciones - centros públicos, delegados y colaboradores - de protección y tutela, dejando al margen - como resultas de tan exigua alusión - al contenido y régimen de funcionamiento de la figura de la tutela en sí misma considerada, todo ello reforzado, a su vez, por la expresión final “respetando en todo caso la legislación civil”; la realidad, no obstante, se encargó de demostrar que su capacidad y ámbito de extensión era mucho más amplio que el inicialmente apuntado.

No puede obviarse la importancia e influencia del contexto socio-histórico que circunscribió el momento exacto en el tiempo en que se operó el traspaso a Cataluña de las competencias en materia de protección de menores. Sólo de esta forma, se alcanzará a comprender el verdadero significado de la asignación a la Generalitat de la exclusividad en torno a las "instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria"⁷³⁸.

Haciendo una breve exégesis a ese entorno, debe apuntarse que la protección de menores en el Estado español tradicionalmente se asignó a dos organismos de dispar naturaleza jurídica: los Tribunales Tutelares de Menores y las Juntas Provinciales de Protección. Ambas instituciones, sin embargo, quedaban adscritas a una misma entidad: la Obra de Protección de Menores - cuyo órgano superior era el Consejo Superior de Protección de Menores -, dependiente, a su vez, del Ministerio de Justicia⁷³⁹.

⁷³⁸ Siguiendo esta opinión, **Giménez-Salinas Colomer, Esther**, op. cit. pág. 185. En este mismo sentido, **Badosa Coll, Ferran**: "La potestat del pare i de la mare" en **Hernández-Moreno, Alfonso y Villagrasa Alcaide, Carlos (Coords.)**: El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya. Barcelona, 2000, Ed. Cedecs, págs. 312-313.

⁷³⁹ El Texto Refundido de la legislación sobre Protección de Menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948, establecía que la Obra de Protección de Menores era una institución de inspección, vigilancia, promoción, fomento y coordinación de organismos y servicios protectores. A tenor de su artículo 5 se le asignaron diversas funciones que fueron desde unas puramente sanitarias y asistenciales, hasta la corrección y

Esta pendencia orgánica, unida a una distribución competencial difusa y equívoca, con arrogación poco clara de actuaciones y, sobre todo, a una falta de delimitación entre lo que eran las funciones jurisdiccionales con las meramente asistenciales, generó un desconcierto generalizado y permanente entre ambas figuras legales⁷⁴⁰. Esta situación, de la que no pudieron abstraerse los relatores del Proyecto de Estatuto de 1979, provocó un efecto reflexivo que obligó a tenerla muy presente durante los debates que rodearon la aprobación del conocido como "texto de Sau"⁷⁴¹. La redacción originaria del borrador del Anteproyecto de Estatuto presentada ante el Parlamento de Cataluña se limitaba a atribuir a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de "tutela de menores" - apartado 27 del artículo 9 del Anteproyecto -. Frente a esta proposición se presentaron dos enmiendas. Una del Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña y otra del Grupo Parlamentario de Unión de Centro de Cataluña (UCD-UCC)⁷⁴².

protección de los menores de dieciséis años, competencia atribuida a los Tribunales Tutelares de Menores que también formaban parte de la organización de la Obra.

⁷⁴⁰ Las Juntas Provinciales de Protección de Menores eran unos entes administrativos que actuaban a favor del menor, pero precisaban siempre del consentimiento de los progenitores para poder intervenir. Tema diferente era el caso de los niños, niñas y adolescentes dependientes de los Tribunales Tutelares de Menores, a quienes no se podía incluir en los términos de los servicios sociales o asistencia social, ya que objetivamente no se encontraban en el mismo supuesto.

⁷⁴¹ Unos años antes, el Decreto 414/1976, de 26 de febrero - Boletín Oficial del Estado, núm. 60, de 10 de marzo de 1976 -, por el que se modificaron determinados artículos de los Decretos de 2 de julio y 11 de junio de 1948, trató de aclarar la confusa naturaleza del Consejo Superior de Protección de Menores, las Juntas de Protección y los Tribunales Tutelares, englobándolos en la Obra de Protección de Menores. Esta norma también trató de destacar la independencia de los Tribunales Tutelares al dar una nueva redacción al artículo 59 que pasó a establecer que "los Tribunales Tutelares de Menores, colegiados o unipersonales, en el ejercicio de su función jurisdiccional, solamente estarán sometidos al Ordenamiento jurídico, respetando en todo caso la jerarquía de las normas".

⁷⁴² Ello aparece documentado en el Acta oficial de la Sesión del Pleno de Parlamentarios de Cataluña, celebrada en el Salón de la Reina Regente del Ayuntamiento de Barcelona, el 4 de diciembre de 1978, con aprobación de parte del artículo 9 y de los artículos 10 y 11 del Proyecto de Estatuto de Autonomía de Cataluña.

La primera de ellas proponía añadir la mención "protección" a la literalidad originaria del precepto, en la que, recordémoslo, sólo se contenía la expresión "tutela de menores". Las motivaciones que sustentaron tal sugerencia de cambio se centraron, fundamentalmente, en la diferencia legal existente entre las nociones de "protección" y de "tutela" utilizadas en la legislación estatal por el entonces vigente Decreto de 2 de julio de 1948, del Texto Refundido sobre Protección de Menores.

En consecuencia, si el Estatuto hacía referencia únicamente a la "tutela de menores", ello significaría aplicar un criterio más restrictivo o limitado al marcado por la norma de 1948, que entendía que la "tutela" estaba comprendida dentro del capítulo más general de la "protección". Además, las entidades públicas encargadas del cuidado y de la tutela de los niños, niñas y adolescentes dependían económicamente de la Obra de Protección de Menores, organismo oficial incluido dentro del ámbito de la protección a la infancia.

La enmienda del Grupo Parlamentario de Unión de Centro de Cataluña (UCD-UCC), por su parte, apostaba por incorporar al texto de referencia una alusión a las "instituciones públicas - incluyendo el Tribunal Tutelar de Menores y la Junta de Protección de Menores - de tutela de menores". El vocablo "instituciones" tiene ciertamente un carácter polisémico y un significado ambiguo. Puede entenderse en el sentido gramatical de fundación, acción de instituir, cosa instituida, o de acción de dar principio a una cosa duradera y proyectada principalmente hacia la enseñanza o la pedagogía. Según el lenguaje jurídico, en el que se expresan las leyes, la palabra "institución" describe, en este contexto, a la persona jurídica de naturaleza pública que, opuesta a la entidad territorial - Estado, Provincia, Municipio, que cumplen fines totales - puede reconocerse o identificarse de acuerdo con los objetivos concretos y específicos que se le han atribuido y frente a los que responde.

Es en este último sentido, en el que ha de clasificarse la Obra de Protección de Menores como organismo nacido de la voluntad del Estado, en cuanto recurso técnico dirigido a atender la satisfacción de un fin de interés general, creando una persona pública a la que se atribuyen los poderes necesarios para dar cumplimiento a los propósitos debidamente asignados. Por consiguiente, debería interpretarse que el término de "instituciones públicas de protección y tutela de menores" estaba referido a todas aquellas funciones que en relación con los menores de edad desempeñaba la Obra de Protección de Menores en el territorio del Estado español.

La cuestión quedó resuelta, por unanimidad, con la utilización de una fórmula de consenso que combinó los elementos esenciales de ambas enmiendas, y que finalmente fue la incorporada en la versión definitiva del Anteproyecto. Esta prescripción rezaba del siguiente tenor: "Instituciones públicas de protección y tutela de menores"⁷⁴³.

Por tanto, tal y como puede constatarse, la controvertida reserva de cierre contenida en el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, relativa al "respeto a la legislación civil, penal y penitenciaria" por parte del legislador catalán, no figuraba en el Proyecto de Estatuto de Autonomía⁷⁴⁴ aprobado por el Pleno del Parlamento de Cataluña y que acto seguido fue remitido al Congreso de los Diputados⁷⁴⁵. Fue en el

⁷⁴³ Se consideró, de esta forma, que el texto era más amplio y que daba cobijo a todas las posibilidades, en particular a dos órganos administrativos: los Tribunales Tutelares de Menores y las Juntas de Protección. Un seguimiento pormenorizado de estos debates lo encontramos en **Sobrequés i Callicó, Jaume** y **Riera i Viader, Sebastià**: L'Estatut d'Autonomia de Catalunya 1979: bases documentals per a l'estudi del procés polític d'elaboració de l'Estatut, Vol. III. Barcelona, 1982, Ed. Edicions 62, págs. 807-809.

⁷⁴⁴ El artículo 9.29 del Proyecto recogía la mención "*Instituciones Públicas de protección y tutela de menores*". El texto completo de dicho documento puede encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 12 de junio de 1979.

⁷⁴⁵ Documentado en **Sobrequés i Callicó, Jaume** y **Riera i Viader, Sebastià**, op. cit. pág. 1213. También puede consultarse en **Santamaría Pastor, Juan**: Estatuto de Autonomía de Cataluña. Trabajos parlamentarios. Madrid, 1985, Ed. Cortes Generales, págs. 6 y 64.

trámite de aprobación del Proyecto de Estatuto por parte de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados y de la Delegación catalana de la Asamblea de Parlamentarios, donde apareció el artículo en su formulación definitiva – introducido en el seno de la ponencia conjunta de la mencionada Comisión, sin que conste justificación alguna sobre este punto⁷⁴⁶ –.

Un problema interpretativo muy similar al suscitado en Cataluña y que pudiera arrojar luz sobre el verdadero sentido y significado imputable a la cláusula estatutaria que proclamaba el "respeto a la legislación civil, penal y penitenciaria", pudiera plantarse en la legislación navarra, si bien es cierto que, "a priori", en este último caso, la solución pareciera más sencilla de alcanzar, dado que la remisión contenida en su norma fundamental goza de un carácter más genérico.

Efectivamente, el artículo 44.23 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, reconoce competencia exclusiva en materia de “instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, conforme a la legislación general del Estado”, sin especificar a continuación cual sea esa legislación general a la que se está mentando. Paralelamente, habría que traer a colación determinadas disposiciones contenidas en la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, referidas específicamente a aspectos relacionados con el régimen jurídico aplicable a los menores (Ley 50), a la tutela (Ley 62) y a la patria potestad (Leyes 63, 64 y 65).

De este modo, poniendo en concordancia ambos cuerpos normativos, y sin olvidar en ningún momento el tenor literal de la citada disposición navarra - artículo 44.23 -, que no contiene referencias a la legislación civil, sino, simplemente, a la “legislación general del Estado”, parece que podría llegarse a la conclusión de que las Cortes

⁷⁴⁶ Este Informe está disponible en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 11 de agosto de 1979.

navarras no se verán, en este ámbito material que nos ocupa, vinculadas por la legislación civil del Estado, sino que por el contrario, podrán desarrollar su propia normativa amparada en su título competencial.

Ante esta diversidad de textos, y regresando nuevamente a la realidad catalana, se cuestiona sobre si debería entenderse, pues, a *sensu contrario*, que el legislador catalán, a diferencia de lo acaecido en Navarra, sí hubiera tenido que verse restringido por dicha normativa estatal. De ser la respuesta positiva, implicaría presumir que los redactores del Estatuto de 1979, al introducir la estipulación “respetando en todo caso la legislación civil”, fueron perfectamente conscientes de cuáles eran las materias propias desarrolladas por el texto de la Compilación, entre las que no figuraba mención relativa alguna ni a la protección de menores, ni a la tutela, ni a otras instituciones conexas, y que así lo tuvieron en consideración en el instante de la plasmación definitiva del artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; mientras que, antagónicamente, en Navarra al sí contener su Compilación normas específicas al efecto, el legislador no consideró necesario e imprescindible arbitrar tal excepción⁷⁴⁷.

Ahora bien, la praxis legal se ha encargado de contradecir, en no pocas ocasiones, tal hipótesis de partida, dado que la puesta en eficacia de tales preceptos ha evidenciado justamente la tendencia contraria, es decir, lejos de testimoniar un dominio exhaustivo y omnicomprensivo por parte de nuestros parlamentarios del sistema normativo español, estas remisiones de respeto a otras áreas del ordenamiento jurídico, habitualmente se han caracterizado por ser cláusulas de

⁷⁴⁷ Hipótesis de partida planteada por **Egea y Fernández, Joan**: "La tutela de menores en la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores. El acogimiento. Comentario al Título VI" en Revista Jurídica de Cataluña, 1987, págs. 300-303.

salvaguada introducidas, ciertamente, por ignorancia o desconocimiento de la regulación que una materia ostenta en otros ámbitos de intervención⁷⁴⁸.

Algo similar también acontecía en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana de 1982 - modificado por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril -, que en su artículo 31.27, atribuía a la Generalitat Valenciana la competencia exclusiva sobre “instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, minusválidos y demás grupos o sectores sociales requeridos de especial protección, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación” - prácticamente idéntica mención se contiene en el vigente artículo 49.1.27 -. Paradójicamente, pues, la norma valenciana no recoge salvedad alguna a la legislación civil. Esta circunstancia, que en un principio pudiera parecer anecdótica e incluso pasar desapercibida, en el contexto de confrontación o equiparación en el que nos circunscribimos, podría llevar a cuestionarnos acerca de cuál sea la verdadera explicación o justificación que se esconde tras la formulación empleada en el Estatuto valenciano – similar a la seguida en el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha -, que no contenía, ni contiene, ningún tipo de excepción del orden de la que nos ocupa.

A la luz de tales divergencias, y centrándonos nuevamente en la compleja y ardua mención circunscrita en el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña⁷⁴⁹,

⁷⁴⁸ Para **Salvador Coderch, Pablo**: "La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas" en Anuario de Derecho Civil, XXXVII, octubre-diciembre, 1984, págs. 980-981, no hay una verdadera remisión en los supuestos en que un texto legal - como podría ser el Estatuto de Autonomía de 1979 - se limita a aclarar o reiterar que rigen tales o cuales disposiciones cuya vigencia deriva de otras razones como, por ejemplo, por aplicación de los principios de jerarquía normativa o de competencia legislativa. En estos casos, concluye este autor, la referencia puede ser conveniente por lo que tenga de aclaratorio, facilitando la labor del intérprete o la comprensión general del texto, pero resulta innecesaria: las reglas objeto de referencia regirían sin necesidad de ella.

⁷⁴⁹ Dejando ahora al margen la aproximación histórica que sobre el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña realizó **Giménez-Salinas Colomer, Esther**, op. cit. pág. 185.

parte de la doctrina catalana ha defendido que la referencia "al respeto de la legislación civil" comprendida en este precepto, estaría falta de todo tipo de justificación y demostraría, una vez más, el riesgo de acudir a la técnica de la reproducción de prescripciones contenidas en otros textos normativos; recurso éste que mal utilizado, puede conducir a desajustes y a malas interpretaciones, como la examinada. Así estos autores consideran que, en realidad, tras lo establecido en el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, se oculta simple y llanamente una reiteración o copia de las previsiones estipuladas en el Estatuto de Guernica y atribuyen justamente a esa descontextualización legal, las dificultades de comprensión generadas por la norma catalana⁷⁵⁰.

Además, resta fuera de toda lógica entender que, a pesar de que una exégesis literal del redactado del artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña pareciera abocarnos irremediamente al resultado de considerar que la Generalitat de Cataluña, aun habiendo asumido toda posible competencia en materia civil – artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 -, respetando, eso sí los límites contenidos en el artículo 149.1.8 del texto constitucional, después se viera autolimitada en todo aquello que fuera propio del ejercicio de esta competencia y que afectara a cuestiones relativas a “instituciones públicas de protección y tutela de menores”. Tampoco parece albergar excesivo sentido que aquella expresión se traduzca entendiéndose que la Generalitat, en el uso de su competencia de protección y tutela de menores, tuviera que respetar su propio Derecho civil – ya que sería como admitir la existencia de compartimentos totalmente estancos e incomunicados entre sí -, más aún en este sector en el que la especialidad de la materia desarrollada, hace que una misma disposición pueda contener, entre otras, normas de carácter civil, administrativo o procesal. Otra posible interpretación, que tampoco nos resulta

⁷⁵⁰ Egea y Fernández, Joan, op. cit. pág. 303.

satisfactoria, sería defender la idea de que a partir de predicar el carácter adjetivo del derecho regulador de la protección de menores, éste tuviera que estar en plena consonancia con el resto de la legislación – derecho sustantivo -, sea estatal o bien autonómica⁷⁵¹.

En definitiva, la solución que se impuso a esta cuestión en la práctica jurídica catalana, a la que nos adscribimos plenamente por considerarla la mejor alternativa posible para salvar y dotar de coherencia interna a la redacción de la cláusula estatutaria examinada, partió de dotar de primacía al artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña relativo al ámbito sobre el que el Parlamento de Cataluña ostentaba competencias en materia civil; y que, por tanto, el respeto que “en el ejercicio de la competencia en materia de instituciones públicas de tutela y protección de menores” debía tenerse a la legislación civil – además de a la penal y penitenciaria – debía serlo única y exclusivamente a aquella que, de acuerdo con los artículos 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 y 149.1.8 de la Constitución española, fuera asunto reservado a la competencia exclusiva del Estado, es decir: “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso, a las normas de derecho foral o especial⁷⁵²”.

⁷⁵¹ Egea y Fernández, Joan, *ibidem*, págs. 305-307.

⁷⁵² Delgado Echeverría, Jesús: "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán" en Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Barcelona, 1980, ed. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, pág. 42, defiende que el Estatuto ha de interpretarse, de acuerdo con la Constitución, como norma subordinada a la misma. Así, para la interpretación del apartado dos del artículo 9 del Estatuto de Autonomía de Cataluña hay que partir del artículo 149.1.8 de la Constitución, que le sirve de fundamento, y cuyos límites no han podido ser sobrepasados por el Estatuto.

Lo anterior lleva a reafirmarnos, además, con más fuerza si cabe, en la consideración de que la referencia que incorporaba el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 era del todo innecesaria y prescindible⁷⁵³, ya que lejos de aportar cualquier tipo de aclaración o matiz justificativo, nos situaba simple y llanamente ante una mera remisión de las consideradas como impropias o declarativas⁷⁵⁴. O sea, en buena técnica legislativa, la plasmación mediante la remisión del principio por el que el legislador autonómico, en este caso, debe respetar aquéllas materias sobre las que no tiene atribuciones, no parece ser la más acertada⁷⁵⁵. Así, no ostentando la Generalitat de Cataluña competencia alguna, ni exclusiva ni compartida, en materia penal ni penitenciaria – dado que se limita tan sólo a algunos aspectos de la

⁷⁵³ De esta misma opinión es **Giménez-Salinas Colomer, Esther**, op. cit. pág. 193, que considera que tal coetilla era absolutamente innecesaria, ya que el artículo 149.6 de la Constitución española deja muy clara la competencia exclusiva del Estado en materia penal y penitenciaria. En el ámbito civil, prosigue esta autora, sería bastante más discutible la legalidad de esa reserva, ya que la propia Constitución española en su artículo 149.1.8 otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil sin perjuicio "de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allá donde existan" y el Estatuto de Autonomía de Cataluña en su artículo 9.2, fija como competencia exclusiva de la Generalitat la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán.

⁷⁵⁴ Esta categorización de las remisiones se opone a las llamadas propias o constitutivas, que se dan, cuando el objeto de remisión se aplica al caso precisa y exclusivamente por efecto de la misma. En este mismo sentido se pronuncia **Salvador Coderch, Pablo**: "Las remisiones" en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL): La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona, 1986, Ed. Bosch, págs. 224-225.

⁷⁵⁵ En principio, tal y como apunta **Salvador Coderch, Pablo**, ibídem, pág. 239, las remisiones debieran evitarse en la medida de lo posible. Sólo tendrían que usarse cuando simplifiquen el texto, pero siempre que no perjudiquen la comprensibilidad de la ley reduciendo su claridad. Por tanto, ante la duda, sería preferible repetir que remitir. En definitiva, este autor aboga por el principio general del uso económico del mecanismo de la remisión. Idénticos planteamientos había utilizado unos años antes, refiriéndose a la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, el propio **Salvador Coderch, Pablo**: "La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas" en Anuario de Derecho Civil, XXXVII, octubre-diciembre, 1984, pág. 1006, al afirmar que si bien el abundante uso de las remisiones no ha podido evitarse, a nadie se le debe ocultar que ello no puede constituir un procedimiento regular: lo normal debe ser que, dentro del ámbito de competencias civiles que la Constitución y el Estatuto atribuyen a la Generalitat de Cataluña, el legislativo catalán dicte disposiciones todo lo sistemáticas, bien interrelacionadas y completas que sea posible, en vez de proceder por incorporación fragmentaria de otros textos legales. Aun siendo constitucional y estatutariamente posible incorporar al ordenamiento propio reglas del ajeno, eso no puede ser más que una solución a la que se debe acudir "in extremis".

ejecución⁷⁵⁶ -, ni tampoco en los puntos señalados como excluidos en el ámbito civil, aún sin el previo aviso del artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, su ejercicio hubiera resultado de igual modo considerado como extralimitado, al estar invadiendo competencias estatales exclusivas.

En conclusión, y a modo de epílogo, debemos reiterar que el desafortunado método de expresión empleado por el derogado artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que literalmente pareciera limitar la competencia autonómica en materia civil, se interpretó mayoritariamente en relación con lo dispuesto en el apartado segundo del propio artículo 9, en el que se reconocía a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán⁷⁵⁷; de tal manera que la alusión al respeto, en todo caso, a la legislación civil, no podía entenderse sino es a la luz de la citada referencia.

⁷⁵⁶ Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el artículo 149.1.6 de la Constitución española, no gozan de competencias en materia penal y por ende tampoco en aspectos de justicia juvenil. No sería, por tanto, factible que la Generalitat de Cataluña tipificase infracciones ni estableciese un catálogo de medidas socio-educativas o correctoras, sino que su actuación debe restar limitada en orden a facilitar los recursos materiales y personales al servicio de los órganos jurisdiccionales. Es por ello que la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, - Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, núm. 3580, de 21 de febrero de 2002 – tanto en su Preámbulo, como en su artículo primero, mencionan de manera expresa que el objeto de dicha norma es el de regular las funciones asumidas por la administración catalana – a través de su Departamento de Justicia – en ejecución de las medidas adoptadas por jueces y tribunales en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores – Boletín Oficial del Estado, núm. 11, de 13 de enero de 2000 -.

⁷⁵⁷ **Delgado Echeverría, Jesús**, op. cit. pág. 43, es uno de los pocos juristas que se plantea la relación entre los artículos 9.2 y 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, para tratar de esclarecer el significado de la referencia al respeto a la legislación civil que la Generalitat de Cataluña debe tener cuando ejerza la competencia en materia de protección y tutela de menores. Este autor llega a la conclusión de que esta condición no se refiere al Derecho civil catalán, sobre el cual la Generalitat puede legislar con absoluta libertad, sino a la legislación civil del Estado, es decir, a aquel conjunto normativo vigente en Cataluña que, siendo Derecho civil, no es Derecho civil catalán. Por eso, la Generalitat debe respetarlo: porque no se encuentra entre sus competencias.

3.2. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006: LA TRANSFORMACIÓN Y LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO. DE LO GENÉRICO A LO ESPECÍFICO

Con el ferviente propósito de superar la manifiesta falta de claridad y nitidez de la que vino haciendo gala el sistema de distribución competencial catalán, característica intrínseca y consustancial del superado Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979, el constituyente estatutario reconsideró seriamente la técnica de atribución de responsabilidades empleada y se decantó, en el cuerpo de la norma institucional básica del año 2006, por una nueva alternativa que le permitiera definir y precisar de manera más pormenorizada el alcance y el contenido de cada uno de los títulos sustantivos afectos⁷⁵⁸.

Se pretende, con ello, huir del viejo axioma preeminente en la vetusta redacción del articulado del Estatuto de 1979, representado por cláusulas competenciales que respondían a enunciados formulados en términos absolutamente genéricos y, a *sensu contrario*, aproximarse a un inédito modelo disyuntivo, portador de normas más detalladas que desarrollen con un nivel de precisión suficiente las proyecciones inherentes o derivadas de cada una de las estipulaciones de asignación material en él contenidas⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Tal y como ponen de manifiesto **Corretja i Torrens, Mercè** y **Viver i Pi-Sunyer, Carles**: "La reforma del Estatuto de Autonomía y las competencias de la Generalitat" en *Actividad Parlamentaria*, nº. 7, enero 2005, pág. 25, refiriéndose al Estatuto de 1979, si bien es cierto que la Generalitat disponía de una amplia y variada gama de materias sobre las que ejercer sus competencias, también lo es que su profundidad se ha visto ampliamente mermada por la existencia de importantes condicionantes y límites derivados de competencias estatales que han repercutido en una fragmentación de las competencias autonómicas.

⁷⁵⁹ **Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel**: "Cataluña. Crónica sobre el actual proceso de reforma del Estatuto de Autonomía" en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº. 1, junio 2006, pág. 11, es de la opinión que la finalidad que inspira todo el título relativo a las competencias es la de intentar poner límites al proceso de erosión de las competencias de la Generalitat que se ha derivado fundamentalmente del uso por el legislador estatal de sus títulos horizontales - artículo 149.1.1, 13 y 18 -; de la extensión del ámbito de las bases que han llegado a contenerse incluso en normas de rango infralegal pese a los tímidos intentos del Tribunal Constitucional de demandar, desde 1988, el uso preferente de la ley; o del recurso al interés supraautonómico

Este nuevo planteamiento teórico, ha convertido al texto del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 en un documento inusualmente minucioso y específico con vocación de concreción máxima, particularmente en la presentación de las diferentes competencias asumidas; fragmentadas éstas, a su vez, en diferentes submaterias y funciones, lo que llega incluso, en ocasiones, a conferirle un aspecto de norma reglamentaria⁷⁶⁰.

En consecuencia, el patrón de conducta al que finalmente se ha adscrito el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, y que no dista en exceso del esquema adoptado por el Estatuto andaluz de 2007⁷⁶¹, trata de combinar equilibradamente las rúbricas

y al interés general. Ello se intenta esencialmente a través de dos fórmulas: la primera, la definición de los tipos de competencias de la Generalitat, lo que implica definir en negativo las posibilidades competenciales del Estado. La segunda, detalle de en cada materia de las principales submaterias en que la misma se descompone y que habrán de corresponder a la Generalitat. A pesar de ello, **De Carreras Serra, Francesc**: "El proyecto de nuevo Estatuto de Cataluña" en **Garrido Mayol, Vicente (Dir.)**: Modelo de Estado y reforma de los Estatutos. Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, pág. 283, sostiene que aunque se mantiene en el Estatuto catalán de 2006 la larguísima lista de artículos que otorgan competencias a la Generalitat, se han purgado los aspectos más contrarios a la jurisprudencia constitucional que figuraban en el texto aprobado por el Parlamento catalán. En concreto, de los sesenta y tres artículos que regulan las competencias sólo uno no ha sido modificado por el Congreso. Finalmente, **Corretja Torrens, Mercè**: "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Ortega Álvarez, Luís (Dir.)**: La reforma del Estado Autonómico. Madrid, 2005, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. 123, asocia esa precisión con un objetivo de evitar dudas e inseguridades sobre el contenido real de cada materia y, especialmente de prevenir la concurrencia competencial, de manera que una misma materia pueda formar parte indistintamente de otras más genéricas.

⁷⁶⁰ **Monreal Ferrer, Antonio**: "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Garrido Mayol, Vicente (Dir.)**: Modelo de Estado y reforma de los Estatutos. Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, pág. 296. Ratifica esta visión **Viver Pi-Sunyer, Carles**: "En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional" en **Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.)**: La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 70-71, que sostiene que los preceptos que tienen como objeto la distribución de las competencias entre entes territoriales, en la medida que esta función debe realizarse desde una posición suprapartes, debe evitarse al máximo que esta regulación quede a la libre disposición de alguno de los entes implicados en el reparto competencial, llegando a la conclusión de que estos preceptos pueden e incluso deben ser más detallados y, si se quiere, más reglamentistas. Por su parte, **Donaire Villa, Francisco Javier**, op. cit. pág. 292, considera que la técnica utilizada para aumentar las atribuciones autonómicas nos sitúa ante una ampliación competencial en sentido impropio; un modo de actuación, aclara el referido autor, consistente no tanto en asumir nuevos ámbitos materiales, cuanto en clarificar y detallar las competencias que ya se poseen.

⁷⁶¹ **Gutiérrez Rodríguez, Francisco José**, op. cit. pág. 9.

de carácter general - al estilo de las prescritas por el derogado Estatuto de 1979 -, con la novedad de adicionarles indicadores que precisen en cualquier caso y a título meramente descriptivo, es decir, no tasado, los aspectos concretos que la norma decida delimitar directamente⁷⁶². En otras palabras, se incluyen junto a los tradicionales enunciados de tipo universal, listados de submaterias o perfiles competenciales que los precisan o detallan.

Con esta técnica no se pretende enumerar exhaustivamente todos los asuntos que en cada ámbito corresponden a la Generalitat - lo que sería inabarcable en la práctica - sino exclusivamente aquellos más representativos, o incluso los que, sin llegar a serlo, interesa dejar patente, frente a disposiciones estatales expansivas anteriores, que se inmiscuían dentro de la correspondiente competencia autonómica⁷⁶³.

Esta idea, vinculada a un intento de transformación del bloque de constitucionalidad, persigue una finalidad de doble naturaleza. Por una parte, al incorporarse perfiles competenciales tan delimitados en los Estatutos de Autonomía, se deshace cualquier atisbo de duda acerca de si la responsabilidad concreta corresponde al Estado o a la Comunidad Autónoma. Como quiera que, de acuerdo con el artículo 149.3 de la Constitución española "las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos", es posible incluir en dichas normas, con el grado de concreción deseado, todas aquellas cuestiones que el texto constitucional no asigne

⁷⁶² **Instituto de Estudios Autonómicos**: Informe sobre la reforma del Estatuto. Barcelona, 2003, Ed. Generalitat de Cataluña, págs. 75-76.

⁷⁶³ **Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel**, op. cit. pág. 14.

específicamente al Estado⁷⁶⁴. Mediante esta operación se "blinda" la competencia, pues al ser suscrita por el Estatuto queda fuera del alcance de la regulación estatal⁷⁶⁵. Pero, al mismo tiempo, la mayor precisión de la que gozan los títulos competenciales generados a través de la técnica de las submaterias, ofrece la posibilidad de establecer diferencias en relación con los límites conformados por las habilitaciones estatales. De este modo, ya no es necesario prescribir restricciones generales a los títulos autonómicos que, en cuanto tienen ese carácter indeterminado, pueden estar afectando indebidamente a aspectos de la competencia autonómica. Ahora es factible distinguir entre aquellos elementos que sí están sometidos a acotaciones en virtud de los títulos que la Constitución reserva al Estado y aquellos otros que no deben ser, en principio, objeto de intervención del legislador central⁷⁶⁶.

Es pues en este nuevo contexto estructural en el que se enmarca, a día de hoy, la asunción por parte de la Generalitat de Cataluña de competencias exclusivas en el ámbito de la protección a la infancia y la adolescencia. Inicialmente, esta nueva filosofía legal se ha materializado o conformado en la recepción y desarrollo por parte del Estatuto de un conjunto de reglas abstractas de naturaleza transversal, elaboradas desde la perspectiva de los grandes principios de intervención, que se reportan o traducen en meros enunciados programáticos informadores de la totalidad del sistema - incluidos todos ellos en el calificado como catálogo de derechos de los

⁷⁶⁴ Esta idea ha sido traída a colación por varios autores para justificar la constitucionalidad de la asunción de la competencia en materia de servicios sociales por parte de varios Estatutos de Autonomía. Ello se entiende necesario al no estar este ámbito expresamente contemplado en el artículo 148.1 del texto constitucional, que sí hace mención al título atributivo *asistencia social*, pero no al relativo a los *servicios sociales*.

⁷⁶⁵ Esta misma terminología es utilizada por **Albertí i Rovira, Enoch**: "El proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Garrido Mayol, Vicente (Dir.)**: Modelo de Estado y reforma de los Estatutos. Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, págs. 267-268, al afirmar que uno de los objetivos básicos que persigue la reforma estatutaria en el ámbito competencial consiste en blindar las competencias autonómicas. Con ello se quieren asegurar las competencias de la Comunidad frente a frecuentes injerencias y laminaciones estatales. En idénticos términos se pronuncia **Monreal Ferrer, Antonio**, op. cit. pág. 295.

⁷⁶⁶ **Balaguer Callejón, Francisco**: "Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía" en Revista General de Derecho Constitucional, n.º. 1, junio 2006, págs. 4-5.

ciudadanos -; para, a continuación, al abordar la atribución de competencias materiales, obrar un giro copernicano y presentar un mayor nivel de precisión y minuciosidad.

3.3. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006

Fruto de la innovación metodológica descrita en el apartado anterior, la norma institucional básica catalana presenta - a imagen y semejanza de la Constitución y prosiguiendo el camino trazado unos meses antes por el Estatuto de Autonomía valenciano, aprobado por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril⁷⁶⁷-, una parte dogmática propia, esto es, una carta o catálogo de derechos⁷⁶⁸ de los ciudadanos y ciudadanas, entre los que ocupan un lugar preeminente, tanto desde un prisma cuantitativo como cualitativo, los derechos civiles y sociales⁷⁶⁹.

El hecho de que el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 incorpore - igual que el resto de Estatutos de Autonomía de nueva generación - un repertorio o listado de derechos de las personas, ha resultado ser una de las cuestiones más debatidas a

⁷⁶⁷ En el caso del Estatuto valenciano, nos detalla **Balguer Callejón, María Luisa**, op. cit. pág. 11, que su Título II - artículos 10 al 22 -, tanto en lo relativo a su sistemática como a la propia estructura interna del articulado difieren considerablemente del Estatuto andaluz y del catalán. Una de las razones esgrimidas por la autora, aunque probablemente no la única, sea la de que la norma valenciana no deja de ser más que una modificación o reforma del articulado anterior - Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio -, en lugar de la sustitución textual íntegra, que de alguna manera obliga a tener en cuenta el redactado anterior. En todo caso, los derechos reconocidos son de contenido muy similar al de los demás Estatutos; integrando en el artículo 13 los calificados como derechos sociales - familia y uniones legalizadas, menores, discapacitados, juventud, mayores, mujeres e inmigrantes -.

⁷⁶⁸ La denominación "derechos", sin calificarse de fundamentales obedece según **Balguer Callejón, María Luisa**, op. cit. pág. 3, a un intento de huir de la identificación con los derechos fundamentales prescritos en la Constitución y en otros textos internacionales y comunitarios, para de este modo evitar el riesgo intrínseco de ser tachados de inconstitucionales.

⁷⁶⁹ **Cavas Martínez, Faustino**: "La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía" en Aranzadi Social, 2007-V, pág. 882.

nivel jurídico-doctrinal durante los últimos años. Las dudas acerca de su constitucionalidad y la necesidad de discernir con claridad entre derechos y principios rectores han centrado gran parte de esa controversia. Es por ello que entendemos de suma importancia presentar, a continuación, los considerados como elementos clave, alrededor de los cuales ha girado gran parte de la presente disputa, así como identificar la posición adoptada ante tal disyuntiva por los órganos consultivos existentes en las diferentes Comunidades Autónomas, con especial interés de las aportaciones efectuadas por el entonces denominado *Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya*, todo ello sin olvidar, por supuesto, la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional. Sólo de esta forma, siguiendo una metodología comparativa, estaremos en disposición de comprender y contextualizar adecuadamente las menciones específicas que el Estatuto de Autonomía de Cataluña dedica a la infancia y la adolescencia en sus artículos 16, 17 y 40.3.

3.3.1. La constitucionalidad del modelo

Tal y como venimos significando, durante el proceso de elaboración del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, se planteó un intenso y enconado enfrentamiento doctrinal acerca de la legitimación o no del texto catalán para incorporar en su articulado una relación de derechos de los ciudadanos y las ciudadanas⁷⁷⁰. La conclusión final alcanzada por la mayoría de los autores que se

⁷⁷⁰ La cuestión de si los Estatutos de Autonomía pueden o no incluir declaraciones de derechos ha sido objeto de encontrados debates entre la doctrina constitucionalista. La polémica más ardua fue la protagonizada entre **Díez-Picazo, Luís María**: "Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 78, septiembre-diciembre 2006, págs. 63-75, que consideró rotundamente que no; y **Caamaño, Francisco**: "Sí pueden. Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 79, enero-abril 2007, págs. 33-46, partidario de la posición contraria. Las declaraciones de Caamaño volvieron a ser interpeladas por **Díez-Picazo, Luís María**: "De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 81, septiembre-diciembre 2007, págs. 63-70. En este debate participaron otros autores como **Ortega Álvarez, Luís**: "Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía" en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos*. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 55-82; **Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel**: "La regulación de los derechos: el papel del

pronunciaron al respecto, fue que no había obstáculo alguno para aceptar tal posibilidad, siempre y cuando la declaración se ciñera a derechos no fundamentales o bien, de entre estos, a aquellos sobre cuyo objeto tuviera claramente competencias la Generalitat de Cataluña, y en todo caso siempre circunscrito en el marco de las mismas⁷⁷¹.

En idéntico sentido se pronunció el Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña - actual Consejo de Garantías Estatutarias una vez aprobado el Estatuto de 2006 - en su Dictamen 269, de 1 de septiembre de 2005, sobre la Proposición de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre⁷⁷². Para este alto órgano asesor, la incorporación de un título dedicado a derechos, deberes y principios en la entonces propuesta de reforma estatutaria era "una opción legítima desde la óptica constitucional"⁷⁷³ por dos razones fundamentales: la primera, porque el Estatuto

Estado y las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1 de la Constitución Española" en Estado compuesto y derechos de los ciudadanos. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 83-112; **Català i Bas, Alexandre H.**, op. cit. págs. 179-204; y **Álvarez Conde, Enrique**, op.cit. págs. mas estatutarias. Madrid, 2007, Ed. Iustel, págs. 348-349 y 368.

⁷⁷¹ En el acuerdo de enero, surgido de la reunión entre el Presidente del Gobierno estatal y el partido político Convergència i Unió de 21 de enero de 2006, y tras el informe de la ponencia, se introdujo en el punto 4 del artículo 37 del Estatuto de Autonomía de Cataluña la salvedad de que la declaración de derechos efectuada en el Título I no alteraba el régimen de distribución de competencias, ni creaba nuevas, junto a la previsión, ya existente en la propuesta inicial de Estatuto, de que tampoco limitaba o reducía los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España. Este punto es tratado por **Rodríguez de Santiago, José María**: "Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en los Estatutos de Autonomía" en Revista General de Derecho Constitucional, nº. 7, abril 2009, pág. 12.

⁷⁷² Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 217, de 6 de septiembre de 2005, págs. 14 y ss. También se encuentra reproducido íntegramente en la Revista Española de la Función Consultiva, nº. extraordinario, octubre 2007, págs 19-279.

⁷⁷³ A la misma conclusión llegó el **Consejo Consultivo de Andalucía**, en su Dictamen 72/2006, de 10 de marzo de 2006, sobre la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía. El **Consejo Consultivo de Canarias**, por su parte, en su Dictamen 68/2006, de 30 de marzo de 2006, tampoco apreciaba indicios de inconstitucionalidad en la inclusión de un catálogo de derechos sociales en la propuesta de reforma de su norma institucional, que no son sino reflejo de las responsabilidades asumidas por la Comunidad Autónoma. En idéntica línea que los anteriores, el **Consejo Consultivo de Galicia**, en su Dictamen 782/2005, del 26 de enero de 2006, en relación con la inclusión de una Carta de derechos de

como norma institucional básica de Cataluña - art. 147.1 de la Constitución española -, y también como disposición del Estado derivada de la Constitución, "concreta el derecho a la autonomía política"⁷⁷⁴. Así, es un principio esencial del constitucionalismo democrático que la actividad de las autoridades administrativas esté sometida a restricciones y "las declaraciones de derechos y libertades son la manifestación principal de estos límites, tanto frente a los poderes públicos como también en relación a las acciones de los particulares"⁷⁷⁵. Por lo tanto, "el coto a la acción de los poderes públicos es una lógica consecuencia del alcance constitucional que el Estatuto ha de establecer, y la previsión de un título que determine, derechos, deberes y principios es una opción que goza de plena cobertura constitucional"⁷⁷⁶.

segunda generación en el Estatuto de Autonomía afirmaba que "tanto la previsión de derechos y libertades en relación con los previstos en la Constitución española, como la plasmación de principios rectores de las políticas públicas serían coherentes con el establecimiento de una carta de derechos en el entorno social, cultural y económico de Galicia". También el **Consejo Consultivo del Principado de Asturias**, en su Dictamen 93/2006, de 15 de junio de 2006, apuntaba que "desde un punto de vista estrictamente jurídico, no hay duda de que los Estatutos de Autonomía pueden establecer una relación de derechos. La cuestión está en delimitar su ámbito y contenido, pues en materia de derechos hay un tratamiento jurídico reservado en exclusiva al Estado". Por último, el **Consejo Consultivo de Castilla y León**, en su Dictamen 713/2006, de 14 de septiembre de 2006, afirmaba que "sí es posible, desde un punto de vista jurídico y constitucional, incluir una carta de derechos y deberes de los ciudadanos, en este caso de Castilla y León". No obstante, debe tenerse en cuenta que dicha inclusión está sometida a las siguientes limitaciones constitucionales fundamentales: "1) El respeto a la reserva de ley orgánica en lo que se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 81 de la Constitución española; 2) la relativa a la sujeción a las condiciones básicas que el Estado haya establecido para garantizar a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, en virtud de lo proclamado en el art. 149. 1.1ª de la Constitución española; 3) la que se deriva de la propia naturaleza jurídica del Estatuto, en su condición de norma institucional básica, lo que significa que se trata de una norma dirigida de forma primordial a orientar y al mismo tiempo limitar los poderes públicos de Castilla y León, y en el marco de sus competencias, a los entes locales del mismo ámbito territorial; y 4) la imposibilidad de realizar determinadas previsiones diferenciadoras por mor el art. 139.1 de la Constitución española".

⁷⁷⁴ Dictamen del Consejo Consultivo de Cataluña, n.º. 269, de 1 de septiembre de 2005, sobre la proposición de Ley Orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 17, de 6 de septiembre de 2005, pág. 14.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, pág. 15.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, pág. 15.

La segunda razón esgrimida por el Consejo Consultivo se vincula a las competencias que la Generalitat asume de conformidad con la propuesta de nuevo Estatuto. En efecto, en la medida en que se establecía en dicho texto un criterio de fijación de las competencias con una especial voluntad de concreción material y funcional, "es una consecuencia lógica que también se concreten tanto los derechos y deberes que estas atribuciones generen como los principios que los informan"⁷⁷⁷.

De acuerdo con lo anterior, el Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña - artículos 15 a 54 -, distingue entre lo que son derechos estrictamente y principios rectores⁷⁷⁸. Por lo que a los primeros se refiere, predominan notoria y manifiestamente los vinculados al ámbito social, y lógicamente son constantes las remisiones al legislador autonómico para que les dote de verdadero significado práctico. En esta línea, se reconocen derechos en atención a la pertenencia de los sujetos a determinados colectivos - familia, menores, tercera edad, mujeres - o en consideración al sector donde deban hacerse efectivos - cultural, sanitario, educativo, laboral -. Se trata, en general, de derechos subjetivos que han sido o podrían ser establecidos mediante leyes o normas autonómicas, y que son elevados a rango estatutario, adquiriendo con ello una fijación mucho más estable y rígida, en la medida que se sustraen no sólo de la mayoría parlamentaria ordinaria, o incluso de la acción regular del Gobierno, sino también de la libre disposición de la

⁷⁷⁷ *Ibidem*, pág. 14.

⁷⁷⁸ El Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña "Derechos, deberes y principios rectores", comprende cinco capítulos, que permiten una perfecta sistemática del tratamiento de los derechos. Dedicó el primer Capítulo al reconocimiento de cada derecho en el ámbito civil y social, el segundo a los políticos, el tercero a la lengua, el cuarto a las garantías, y el quinto a los principios rectores. **Aparicio, Marco; Jaria, Jordi y Pisarello, Gerardo**: "Los derechos y principios del ámbito civil y social en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Aparicio, Miguel Ángel (Ed.)**: *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona, 2008, Ed. Atelier, pág. 47, se hacen eco de cómo los capítulos I y II del Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña rehúsan la terminología del Derecho internacional, que distingue los derechos civiles y políticos de los derechos económicos, sociales y culturales. Una posible explicación puede encontrarse en el hecho de que el Estatuto de Autonomía de Cataluña evita de esta forma adscribir los derechos a valores o principios específicos que justifiquen diferentes grados de protección. Se descarta, así, la distinción entre derechos civiles asociados a la "dignidad de la persona" o a la "libertad" y derechos sociales asociados a las ideas de "igualdad" o de "solidaridad" utilizada en otras cartas de derechos.

Generalitat de Catalunya, por cuanto su modificación requiere la intervención del Congreso de los Diputados⁷⁷⁹.

Esa extensa Carta de derechos y libertades que alberga la nueva norma catalana⁷⁸⁰, identificada por algunos autores como un paso adelante en la denominada protección "multinivel" de los derechos⁷⁸¹, lejos de representar el resultado final de un proceso perfectamente acabado y sincronizado - en un sentido amplio de la palabra - denota, por el contrario, claros elementos de indeterminación y asistematicidad, tanto por lo que a la naturaleza de los derechos se refiere como por lo que a sus instrumentos de garantía atañe. Lo anterior, unido a la deficiente técnica utilizada, a las reiteraciones innecesarias, en ocasiones hasta absurdas que su texto acoge, e incluso al escaso y reducido alcance regulador de muchos de sus preceptos, que en no pocas ocasiones más que definir auténticos derechos subjetivos se limitan a programar meras políticas públicas con nula eficacia jurídica por sí solas consideradas, han generado

⁷⁷⁹ **Albertí i Rovira, Enoch**, op. cit. pág. 269. Este constitucionalista nos recuerda, además, que tal catálogo de derechos debe respetar los derechos constitucionales, sin repetirlos - lo que sería de todos modos inútil en la medida que las personas gozan de los derechos reconocidos por el hecho de figurar en la Constitución y no en el Estatuto -. Ahora bien, dado que la Constitución española contiene un amplio y moderno catálogo de derechos, parece que el margen de maniobra para un Estatuto de Autonomía es más bien escaso. Sin embargo, en el ámbito civil, de participación política, lingüístico y social, económico y cultural sí es posible pensar en derechos que puedan ser consagrados en el Estatuto, en la esfera de actuación de la Generalitat.

⁷⁸⁰ **Álvarez Conde, Enrique**, op. cit. pág. 385, ha identificado el Estatuto catalán como el que contiene la tabla más auténtica de derechos y libertades, lo que no deja de ser, en su opinión, una clara manifestación de asimilar el Estatuto a una Constitución.

⁷⁸¹ Tal y como apuntan **Palma del Teso, Ángeles (de)**: "Los servicios sociales en Catalunya como marco de atención a las situaciones de dependencia" en **Aguado i Cudolà, Vicenç (Coord.)**: Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía. Barcelona, 2009, Ed. Atelier, pág. 128, y **Aparicio Wilhelmi, Marco** y **Pisarello Prados, Gerardo**: "El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?" en *El Clip*, n.º. 42, Instituto de Estudios Autonómicos, 2007, pág. 14, ese calificativo de protección "multinivel" de los derechos hace referencia al hecho de que a la protección estatal y supraestatal de estos derechos, a través de las Constituciones y Convenios internacionales, se sumaría la protección infraestatal que brinda el Estatuto de Autonomía.

un creciente malestar o un estado de insatisfacción entre determinados sectores de la doctrina científica⁷⁸².

3.3.2. Derechos y principios rectores: delimitación conceptual

Trayendo a colación la segunda de las polémicas surgidas alrededor de la configuración en la norma institucional básica catalana de una enumeración de derechos de los ciudadanos y las ciudadanas, el Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña, una vez descritos los derechos y deberes del ámbito civil y social - Capítulo I -; político y de la Administración - Capítulo II -; y de carácter lingüístico - Capítulo III -, procura, acto seguido, en su Capítulo V, de dotar de un mayor nivel de relieve y protección a los calificados por la Constitución como principios rectores, obligando de esta forma al Parlamento catalán a proveerlos de contenido en el ámbito de sus competencias. Esta vicisitud es la que explica el porqué de su extensa enumeración en el texto estatutario - artículos 39 a 54 -. Además, buena parte de ellos, se hallan directamente vinculados con derechos previamente enunciados y pese a no poder sustentar a favor de los particulares pretensiones exigibles ante los tribunales, albergan una cantidad inusualmente amplia de mandatos y líneas de actuación dirigidas al legislador⁷⁸³.

⁷⁸² Una excelente radiografía de esta situación la encontramos descrita en **Álvarez Conde, Enrique**, op. cit. págs. 385-386. También pone de relieve las carencias del catálogo de derechos recogido en el Estatuto de Cataluña **Cavas Martínez, Faustino**, op. cit. págs. 882-883 y **Molina Navarrete, Cristóbal**: "Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social" en Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos y recursos humanos, pág. 59. Por su parte, **Aparicio Wilhelmi, Marco** y **Pisarello Prados, Gerardo**, op. cit. págs. 8-13, tratan de dar respuesta a todas estas críticas.

⁷⁸³ **Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel**, op. cit. pág. 5.

Esa estrecha interrelación existente entre determinados derechos y principios rectores recogidos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 ha provocado, en no pocas ocasiones, - al igual que ha acontecido en otros Estatutos de Autonomía de nueva generación -, cierto grado de confusión entre ambas categorías, dificultando con ello su nítida discriminación. Esta circunstancia llevó al Tribunal Constitucional, en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, relativa al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, a pronunciarse sobre la cuestión. El Alto tribunal declaró que los derechos estatutarios en el ámbito de los servicios sociales constituyen mandatos o principios que carecen de justiciabilidad directa hasta que se concrete efectivamente su régimen jurídico por el legislador autonómico y se configuren como verdaderos derechos subjetivos⁷⁸⁴.

De acuerdo con esta interpretación del Tribunal constitucional, la diferencia existente entre los derechos - a pesar de no tener plena eficacia como si de derechos subjetivos se tratara -, y los principios rectores enunciados en las normas institucionales básicas estriba en el hecho de que los primeros se erigen como verdaderos mandatos al legislador y al resto de los poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que les son vinculantes. Por el contrario, los segundos simplemente informan a la actuación normativa, ejecutiva o judicial de las administraciones del Estado y gozan de un nivel inferior de garantías. Tal sería el caso, por ejemplo, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en que el régimen de garantías establecido - artículos 37 y 38 - dota a los derechos de una especial protección frente a los principios rectores en el mismo contenidos.

⁷⁸⁴ Fundamento jurídico 15 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 247/2007, de 12 de diciembre.

3.3.3. Derechos y principios rectores en el ámbito de la infancia y la adolescencia contenidos en el Estatuto de Autonomía de Cataluña

Delimitadas las principales controversias y disputas suscitadas por la novedosa inserción en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de un listado de derechos y deberes de los ciudadanos y las ciudadanas, y apuntadas las distintas tendencias y propuestas de solución aportadas, nos quedaría pendiente tratar de identificar, de entre todas esas disposiciones estatutarias dotadas de un particular grado de protección, cuáles de ellas hacen referencia - ya sea de manera implícita o explícita - a los derechos de la infancia y la adolescencia.

En primer lugar, nos encontramos con el artículo 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, precepto que reconoce expresamente el derecho de todas las personas a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender a las cargas familiares, si bien las condiciones de acceso a tales atenciones deberán ser establecidas por la ley. Este mandato simplemente viene a especificar la protección social, económica y jurídica de la familia proclamada previamente en el artículo 39.1 de la Constitución española y desarrollada posteriormente por las Leyes 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, y 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. Esta norma, además, guarda estrecha relación con la atribución a la Generalitat de Cataluña de competencias exclusivas "en materia de promoción de las familias y de la infancia que, en todo caso incluye las medidas de protección social y su ejecución" - artículo 166.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña -.

A continuación, y prosiguiendo con la misma línea argumental esgrimida, el propio texto estatutario reconoce a las personas menores de edad el "derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social" - artículo 17 del Estatuto de Autonomía de Cataluña -.

Esta previsión viene simplemente a fomentar la promoción de los derechos de las personas menores de edad proclamada en el artículo 39.4 de la Constitución española⁷⁸⁵. Junto a tal estipulación, se impone a los poderes públicos el deber de velar por que los progenitores cumplan adecuadamente con sus responsabilidades legales de cuidado de las personas menores a su cargo y, en caso de detectarse cualquier situación de riesgo o de desamparo de un niño, niña o adolescente, la obligación de intervenir para brindarle la atención necesaria. En este punto, el Estatuto se hace eco del sistema de salvaguarda de la familia y del cuidado de los menores preceptuado por el propio artículo 39 de la Constitución española y los artículos 18 a 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, asentado en la corresponsabilidad y en la cooperación entre los ámbitos privado y público.

Finalmente, y con el único propósito de complementar las previsiones contenidas en el artículo 17 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el artículo 40.3 del mismo cuerpo legal alberga un mandato dirigido a las Administraciones públicas catalanas que reza del siguiente tenor: "los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos"⁷⁸⁶. Para hacer efectivo este principio rector, se dota a la Generalitat de Cataluña de la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de

⁷⁸⁵ Para **Aparicio Wilhelmi, Marco; Jaria, Jordi y Pisarello Prados, Gerardo**, op. cit. pág. 52, ciertas previsiones del Capítulo I del Título I del Estatuto de Autonomía de Cataluña constituyen un desarrollo de disposiciones ya contenidas en la Constitución española.

⁷⁸⁶ Este mismo principio lo encontramos recogido en el artículo 69 de la Constituição da República portuguesa que atribuye a la infancia un derecho a la protección por parte de la sociedad en general y del Estado en particular, con vistas a su desarrollo integral. Para un estudio más detallado de este principio constitucional portugués vid. **Oliveira, Guilherme (de)**: Curso de Direito da Família. Vol. I. Introdução. Direito Matrimonial. *Cuarta edición. Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora*, pág. 134. Esta misma idea es reiterada por **Clemente, Rosa**: Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora, págs. 32-33.

protección y tutela de los menores en situación de desamparo, en situación de riesgo y en conflicto con la ley penal - artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña -.

3.4. LA NUEVA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE MENORES CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 166 DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE CATALUÑA DE 2006

3.4.1. Introducción

Antes de iniciar el tratamiento sobre cómo quedan reguladas las competencias asumidas por el Parlamento de Cataluña en materia de protección de menores tras la entrada en vigor del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, conviene recordar que nos encontramos ante una materia - acción social, asistencia social, servicios sociales - cuyos límites o contornos se presentan siempre difusos y difíciles de precisión con cierto rigor.

La asunción de competencias en materia social, entendida ésta ahora desde una perspectiva amplia, no deja de ser una consecuencia lógica de la proclamación de España como Estado social y de los compromisos asumidos por los poderes públicos en orden a su realización efectiva. En este sentido, las competencias detalladas en el artículo 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se encuentran en consonancia con los nuevos retos y objetivos establecidos por vía estatutaria en relación con las políticas sociales de la colectividad, y, en concreto, con la enunciación de derechos civiles y sociales - Capítulo I -, así como de los principios rectores de las políticas comunitarias - Capítulo V - descritos en el Título I del vigente Estatuto de Autonomía de Cataluña.

De acuerdo con las tesis sostenidas por el constitucionalismo moderno⁷⁸⁷, la distribución competencial debe estar reglamentada al máximo nivel posible y ese objetivo únicamente se alcanza describiendo minuciosamente sus contenidos en la norma jurídica suprema o en las disposiciones estatutarias que la complementan.

Esta precisión, además de reducir la desconstitucionalización del sistema de asignación de responsabilidades, contribuye a la disminución de las tasas de conflictividad. Por otra parte, y a diferencia de lo acaecido antaño, la tarea de repartir competencias tiene en la actualidad una trascendencia y una complejidad instrumental que excluyen su ordenación a través de principios generales o reglas indeterminadas y abiertas. En suma, se ha generalizado la conciencia de que este tipo de preceptos, tanto por su objeto como por su propósito, requieren de una notable precisión técnica y de un elevado grado de concisión. Así parece confirmarlo la experiencia más reciente por la que ha transitado el derecho español, que tras superar una etapa en la que ese reparto se fundamentaba en categorías generales e incluso en algunos supuestos gravitaba en torno a la consecución de determinadas finalidades, a día de hoy, en cambio, la tendencia es justamente la contraria y se inclina por concretar el alcance de esos títulos mediante su regulación pormenorizada⁷⁸⁸.

Lo anterior, unido al axioma de que la máxima manifestación del autogobierno de una Comunidad Autónoma reside en la titularidad de competencias exclusivas, cuyo ejercicio permita definir políticas propias en ámbitos significativos de las relaciones

⁷⁸⁷ Viver Pi-Sunyer, Carles, op. cit. pág. 71.

⁷⁸⁸ Idéntica evolución se ha producido en el derecho comparado en Europa. Por ejemplo, la Constitución suiza de 1999, de una notable extensión en la regulación del sistema de distribución de competencias, o las leyes que regulan la devolución de competencias en Escocia y Gales - The Scotland Act de 1998 y The Government of Wales Act de 1998 y las disposiciones que las complementan -, que llegan a un nivel de casuismo extraordinario, o el propio proyecto de Constitución europea.

sociales y económicas de la colectividad a la que sirven⁷⁸⁹, han llevado a la norma de normas catalana de 2006 a definir como exclusiva y a singularizar minuciosamente, en su artículo 166, la competencia que ostenta la Generalitat de Cataluña en materia de "*servicios sociales, voluntariado, menores y promoción de las familias*".

Agrupar en un mismo precepto disciplinas tan dispares como las aludidas, parece responder a un intento del constituyente de ordenar, desde parámetros más bien propios del derecho público, todo un conjunto de materias que inciden en el sector de la acción comunitaria, así como poner de manifiesto y resaltar los nexos de conexión existentes entre ellas.

Desgranamos pues, a continuación, las claves esenciales que deben servir para identificar los criterios de aplicación e interpretación circunscritos al precepto de referencia.

3.4.2. Servicios sociales

El punto primero del artículo 166 del Estatuto de Autonomía de Cataluña al precisar que "*corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de servicios sociales*"⁷⁹⁰, no está sino recurriendo al uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, para así dar forma a todo lo que deba entenderse como subsumido

⁷⁸⁹ Tal y como afirman **Fernández Rodríguez, José Julio** y **Sanjurjo Rivó, Vicente**: "La ampliación de las competencias autonómicas: una visión desde Galicia" en **Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo**: "La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 467, hablar de la distribución de competencias no es otra cosa que referirse a distribución de poder.

⁷⁹⁰ Mientras que el artículo 9.25 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 atribuía a la Generalitat competencia en materia de "asistencia social", el actual Estatuto se refiere en cambio a la materia de "servicios sociales".

tras ese ámbito de actuación. Dicha expresión "*servicios sociales*" se desgana y concreta, acto seguido - al igual que sucediera en el Estatuto andaluz -, en una serie de atribuciones de carácter funcional y material. El objetivo de este *modus operandi* obedece a un claro intento de tratar de asegurar al *Parlament* un núcleo mínimo de atribuciones en este sector del ordenamiento jurídico y proceder así al llamado "blindaje" competencial.

De esta forma, el contenido básico en que se materializa la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de servicios sociales, teniendo siempre en mente que nos encontramos ante una atribución que comprende tanto la potestad normativa - legislativa y reglamentaria - como la ejecutiva o de gestión, incluirá en todo caso los siguientes elementos: a) la regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales⁷⁹¹, las prestaciones técnicas⁷⁹² y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública⁷⁹³; b) la regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan servicios sociales⁷⁹⁴; c) la regulación y la

⁷⁹¹ Los servicios sociales se encuentran actualmente regulados en Cataluña en la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales. Asimismo, según contempla la propia Ley - artículo 25 -, corresponde al Gobierno de la Generalitat elaborar y aprobar mediante Decreto la Cartera de servicios sociales -. Esta previsión, inicialmente, se hizo efectiva a través del Decreto 151/2008, de 29 de julio, que aprobó la Cartera de servicios sociales 2008-2009 y con posterioridad por el Decreto 142/2010, de 11 de octubre, en virtud del cual se aprueba la Cartera de servicios sociales 2010-2011.

⁷⁹² Por prestaciones técnicas se entienden las que por medio de un producto atienden a las necesidades sociales de la persona destinataria, pudiéndose considerar como tales: a) la asistencia tecnológica y la teleasistencia domiciliaria; b) las ayudas instrumentales destinadas a mantener o mejorar la autonomía personal; y, c) las de naturaleza análoga que se establezcan normativamente - artículo 23 de la Ley catalana de servicios sociales -.

⁷⁹³ El artículo 22 de la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales, ha definido las prestaciones económicas como las aportaciones dinerarias que tienen como finalidad atender a determinadas situaciones de necesidad de las personas que no disponen de recursos económicos para hacerlas frente ni están en condiciones de conseguirlos o recibirlos de otras fuentes.

⁷⁹⁴ Las prestaciones de servicios vienen definidas y determinadas por el artículo 21 de la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales. Este precepto se refiere a ellas como los servicios e intervenciones realizados por equipos profesionales que tienen como finalidad la prevención, el diagnóstico,

aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o necesidad social; y d) la intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados.

Tal y como queda patente, el Estatuto menciona en ese precepto funciones de muy diversa índole y naturaleza dispar; normativa - como son la regulación y la ordenación de la actividad de los servicios sociales -, programáticas y planeadoras, y por último, ejecutivas de carácter prestacional⁷⁹⁵.

la valoración, la protección, la promoción, la atención y la inserción de personas, de unidades de convivencia y de grupos en situación de necesidad social.

⁷⁹⁵ En definitiva, para dar respuesta a las previsiones formuladas en el ámbito de los servicios sociales por el Estatuto de Autonomía catalán, así como para dotar de contenido a su artículo 166 y adecuar la organización de los servicios sociales a la nueva estructura territorial prevista en la propia norma estatutaria - nuevas funciones asumidas por los Ayuntamientos, con la incorporación de las Veguerías -, se aprobó por el Parlamento de Cataluña la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales. Para un estudio más detallado de dicha norma vid. **Funes Artiaga, Jaume**: "La nueva Ley de servicios sociales: más sombras que luces" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, nº. 37, septiembre-diciembre 2007, págs. 8-10; **Fernández Ges, Carme**: "Reflexiones sobre la Ley 12/2007, de servicios sociales" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, nº. 37, septiembre-diciembre 2007, págs. 11-13; **Ravetllat Ballesté, Isaac**: "Apuntes sobre la nueva Ley de Servicios sociales" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, nº. 40, septiembre-diciembre 2008, págs. 100-114; **Nicolau i Nos, Ramón**: "Una valoración de la nueva Ley de Servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social*, nº. 182, diciembre 2007, págs. 65-74; **Rubiol i González, Gloria**: "La nueva Ley de Servicios sociales de Cataluña y los profesionales de los servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social*, nº. 182, diciembre 2007, págs. 75-82; **Pelegrí i Viaña, Xavier**: "Nuevo marco legal sobre prestaciones económicas. Anotaciones críticas a la Ley 13/2006 más desarrollo" en *Revista de Trabajo Social*, nº. 182, diciembre 2007, págs. 83-97; **Colectivo de profesores de Servicios sociales**: "Una mirada a puntos críticos de la nueva Ley de Servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social*, nº. 183, abril 2008, págs. 87-97; **Relats i Casas, Vicenç**: "La nueva Ley de Servicios sociales, el eje para el cuarto pilar del Estado del bienestar" en *Cuadernos de Acción Social y Ciudadanía. Revista de información, análisis e investigación social*, nº. 1, enero 2008, págs. 5-11; **Sarasa Urdiola, Sebastià**: "La Ley catalana en el contexto europeo" en *Cuadernos de Acción Social y Ciudadanía. Revista de información, análisis e investigación social*, nº. 1, enero 2008, págs. 33-35; **Palma del Teso, Ángeles (de)**: "Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia" en **Aguado i Cudolà, Vicenç (Coord.)**: *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*. Barcelona, 2009, Ed. Atelier, págs. 127-213; y **Aguado i Cudolà, Vicenç**: "La Ley catalana de servicios sociales: ¿nuevos derechos de ciudadanía en el Estado autonómico?" en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, nº. 7, octubre de 2008, págs. 196-235.

3.4.3. Personas menores de edad

En esa misma norma - artículo 166 - en su punto tercero apartado a) se atribuye a la Generalitat *"la competencia exclusiva en materia de protección de menores, que incluye, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal"*.

La estructura adoptada en este precepto sigue de un modo fidedigno el método de ordenación interno impuesto por el Estatuto al tratar la competencia relativa a los servicios sociales. Es decir, el legislador nuevamente se inclina por desglosar la materia o concepto genérico objeto de consideración, en el presente caso *"la protección de menores"*, en una pluralidad de componentes de alcance más reducido y delimitado, identificados comúnmente con el calificativo de submaterias; procediendo inmediatamente a enumerar, desde este segundo nivel de especificación, de manera más concisa, un ámbito más detallado de intervención, cual es *"la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores, respetando en este último caso la legislación penal"*.

Además, la utilización como nexo de unión o conexión entre los distintos estratos de delimitación competencial de la cláusula *"en todo caso"*, está llamada a corregir o limitar los posibles riesgos de petrificación - fruto o consecuencia de la técnica jurídica empleada - de los conceptos utilizados en su redacción⁷⁹⁶. Este enlace o vínculo, nos indica ineludiblemente que la lista de submaterias es abierta, con un

⁷⁹⁶ Viver Pi-Sunyer, Carles, op. cit. págs. 72-73.

valor meramente indicativo, no tasado, y en un futuro podría incorporar los nuevos elementos o factores que pudieran ir surgiendo⁷⁹⁷. No nos encontramos, en definitiva, ante un *numerus clausus*, sino todo lo contrario, evitándose de este modo la necesidad de tener que estipular un listado excesivamente extenso y prolijo de submaterias, con los riesgos que ello comportaría. Tal y como se ha encargado de recordarnos el Tribunal Constitucional en su Sentencia 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, la mención "*en todo caso*" reiterada en el *Estatut* respecto de diversos ámbitos competenciales autonómicos, no presenta otra virtualidad que la meramente descriptiva, y no impide, por sí sola, el pleno y efectivo ejercicio de las funciones estatales (FJ 60)⁷⁹⁸.

Centrando ahora nuestro análisis en el estudio detallado de las características más relevantes del apartado a) del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, destacar inicialmente dos aspectos directamente vinculados con el listado de submaterias enumerado por este precepto, que vienen a clarificar o a dar respuesta a ciertos interrogantes suscitados por la ambigua e imprecisa redacción de su precedente inmediato, el derogado artículo 9.28 del Estatuto de 1979.

⁷⁹⁷ **Corretja Torrens, Mercè**, op. cit. pág. 124. También, **Corretja i Torrens, Mercè** y **Viver i Pi-Sunyer, Carles**: "La reforma del Estatuto de Autonomía y las competencias de la Generalitat" en *Actividad Parlamentaria*, nº. 7, enero 2005, pág. 27. En igual sentido, **Viver i Pi-Sunyer, Carles**: "Las competencias de la Generalitat en el Estatuto de 2006: objetivos, técnicas empleadas, criterios de interpretación y comparación con los otros Estatutos reformados" en **Viver i Pi-Sunyer, Carles et al.**: *La distribución de competencias en el nuevo Estatuto*: Seminario, Barcelona, 4 de octubre de 2006. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 29-30.

⁷⁹⁸ En opinión de **Carrillo López, Marc**: "La doctrina del Tribunal sobre la definición de las competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas" en **Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.)**: *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya, pág. 273, la cláusula "*en todo caso*" que desglosa las submaterias que integran la materia principal, no pasa de ser una concreción material sin fuerza vinculante para el legislador estatal, el cual, en función del tipo de la materia competencial de que se trate, en todo caso siempre podrá incidir en ella. Idéntico posicionamiento mantiene **Riu Fortuny, Ramón**: "Las categorías funcionales de competencias en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.)**: *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya, pág. 286.

En primer lugar, y partiendo de la citada atribución general sobre *protección de menores* que se contempla a favor de la Generalitat de Cataluña en ese artículo, e incidiendo una vez más en uno de sus caracteres más sintomáticos, cual es el de desglosar la materia objeto de regulación en dos grandes subapartados: uno relativo a la regulación del régimen de protección en sí mismo considerado, y otro referente a las instituciones públicas de protección y tutela de menores; puede afirmarse categóricamente que la presente propuesta legal disipa cualquier atisbo de duda acerca del verdadero ámbito de extensión de las prerrogativas que ostenta el Parlamento de Cataluña en este sector del ordenamiento jurídico.

En definitiva, se da por superada la errónea creencia - provocada por una lectura poco rigurosa de la expresión "*instituciones públicas de protección y tutela de menores*" contenida en el artículo 9.28 del antiguo Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 - tendente a considerar que el ámbito de intervención de la Administración pública catalana se reducía única y exclusivamente a lo concerniente a las instituciones - centros públicos, delegados y colaboradores - de protección y tutela de menores, dejando al margen el régimen ordinario de funcionamiento del sistema de atención y asistencia pública de los niños, niñas y adolescentes.

La vigente dicción literal del artículo 166.3. a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña no deja margen a equívocas interpretaciones, e incluye dentro de sus previsiones cualquier referencia a la estructura, organigrama, mecanismos e instituciones jurídicas vinculadas con el amparo y el cuidado a la infancia y la adolescencia irrogados desde los poderes públicos - tutela *ex lege*, guarda administrativa y acogimientos en sus distintas modalidades -. La competencia alcanza, de manera indiscutible, a la completa regulación de los instrumentos legales imprescindibles para hacer efectivo el derecho subjetivo a la protección pública que ostentan las personas menores de edad, con independencia de cuál sea la figura legal

de aplicación al caso concreto. Debe, no obstante, subrayarse que al introducirse la referencia al carácter "*público*" que debe acompañar a tales instituciones, las Comunidades Autónomas, al amparo de esta prerrogativa, tan sólo podrán normar la vertiente administrativa de las mismas, dejando al margen los aspectos propios del Derecho privado.

En otro orden de cosas, también se puede enfatizar que el precepto en cuestión, al valerse de la locución "*protección de menores*" lo hace en un sentido más amplio que el empleado por la normativa catalana que le antecede. Así, el Estatuto de Autonomía, consciente de los trabajos preparatorios de la nueva Ley de Infancia de Catalunya - la que a la postre terminó siendo la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia -, y con el firme propósito de adaptar su redacción al enfoque proyectado desde esta innovadora disposición catalana, resume y agrupa en tres las situaciones de hecho que restan adscritas a dicha noción: *menores desamparados*, *en situación de riesgo e infractores*. Esta terna de conceptos, a pesar de congregarse en su seno diversos supuestos fácticos perfectamente reconocibles y relacionados entre sí, mantiene intacta la autonomía propia inherente de cada uno de ellos.

Se constata, pues, que el Estatuto se hace eco y acoge finalmente el nuevo modelo de atención a la infancia y la adolescencia imperante desde mediados de los años noventa en el sistema jurídico español - introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁷⁹⁹ - y que con posterioridad fue paulatinamente extendiéndose e incorporándose a la práctica totalidad de los ordenamientos autonómicos, a excepción del catalán.

⁷⁹⁹ Su propia Exposición de Motivos calificaba de innovadora la distinción, dentro de las situaciones de desprotección social del menor, entre situaciones de riesgo y de desamparo, que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública.

Este innovador *modus operandi*, caracterizado fundamentalmente por el hecho de perder la resolución administrativa de desamparo el monopolio y la exclusividad de ser considerada como el único título habilitador al alcance de los poderes públicos para proceder a una intervención de índole protectora, no irrumpió definitivamente en la escena jurídica catalana hasta la aprobación del artículo 166.3.a del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, precepto éste que vino a distinguir por vez primera en nuestro derecho positivo entre las declaraciones de *desamparo* y de *riesgo*.

Esta nueva metodología de la intervención pública ha venido a ser ratificada y desplegada, en nuestro contexto material de actuación, por la subsiguiente Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Desde la entrada en vigor de esta norma civil especial catalana, la declaración de desamparo ha quedado reservada única y exclusivamente para aquellos supuestos o circunstancias en las que los equipos técnicos consideren que sea imprescindible apartar, definitiva o temporalmente, al niño, niña o adolescente de su núcleo familiar o, dicho de otro modo, para los casos más graves o extremos de desatención. Mientras que, por el contrario, las situaciones de riesgo se caracterizan por la existencia de un perjuicio para la persona menor de edad, provocado por cualquier circunstancia personal, social o familiar, que no alcance la entidad suficiente como para justificar su separación de su ámbito doméstico.

Idéntica previsión se incorpora en el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, al prescribir en su artículo 228-1 que se consideran como desamparados "*los menores que están en una situación de hecho en que les faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad, o que están sometidos a maltratos físicos o psíquicos o abusos sexuales, siempre y cuando para su protección efectiva sea preciso aplicar una medida que implique la separación del menor de su núcleo familiar*". Este mandato legal, tal y como hemos anunciado,

reproduce de manera fidedigna la filosofía introducida en nuestro ámbito jurisdiccional por el Estatuto de Autonomía (artículo 166.3.a), y se equipara, aunque con ciertas matizaciones⁸⁰⁰, a la definición que del desamparo nos ofrece el artículo 105.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, al circunscribir o delimitar dicha figura legal a los casos en que realmente sea necesario retirar al niño, niña o adolescente de su seno familiar.

Una vez descifradas las dos cuestiones preliminares que planteábamos al iniciar el estudio de las prescripciones comprendidas en el punto a) del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y constatando que los resultados obtenidos son sumamente positivos - se delimita, por un lado, el ámbito de extensión de la competencia en materia de protección a la infancia y la adolescencia y se concreta, de otro, el verdadero significado de la mención relativa a la protección a la infancia -, debemos retomar el análisis del artículo 166.3.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña incidiendo en un nuevo aspecto que lejos de ser aplaudido, provoca, por el contrario, un cierto grado de desasosiego por las implicaciones teóricas que pudiere llegar a suscitar.

La incorporación en el punto a) del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, junto con las ya comentadas referencias a los menores en situación de desamparo y de riesgo, de una tercera categoría conceptual que hace mención expresa a los menores infractores, que "a priori" pudiere parecer no alterar en exceso

⁸⁰⁰ Mientras que el artículo 105.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia se refiere a "los niños y adolescentes" como los sujetos susceptibles de ser declarados en situación de desamparo, el artículo 228-1 del Código Civil de Cataluña, por su parte, los identifica como "menores". Otra diferencia la encontramos en la conceptualización teórica que ambas disposiciones nos ofrecen de la declaración de desamparo. Así, el Código Civil de Cataluña detalla o ejemplifica lo que son "las situaciones en que a un menor le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de la personalidad", mencionando los supuestos del maltrato físico o psíquico o los abusos sexuales, grado de concreción en la que no entra el artículo 105.1 de la Ley especial de infancia.

la significación atribuida al valorado precepto, infiere, a nuestro modo de entender, una cierta cuota de opacidad a la lógica a la que el mismo está llamado a garantizar.

La reseña en disputa, parece albergar una más que evidente contradicción "*in terminis*", al prever entre las facultades protectoras atribuidas con exclusividad a la Generalitat de Cataluña, una evocación explícita a aspectos de carácter reformador, ámbito más bien propio del Derecho penal juvenil, alejado por consiguiente, de las reglas, mecanismos e instituciones que identifican y singularizan las prescripciones aplicables a la protección de las personas menores de edad.

Tal imprecisión terminológica lleva a cuestionarnos la posibilidad de que se haya producido, de una manera totalmente inconsciente e involuntaria, una cierta involución en la tradición jurídica catalana arbitrada en este sector del ordenamiento jurídico. Este presunto retroceso, llevado a una interpretación extrema, podría incluso llegar a traducirse, y entendemos que en modo alguno sea esta la verdadera intención del constituyente catalán, en un intento de recuperación de ciertas categorías dogmáticas ya superadas desde finales del siglo pasado⁸⁰¹.

De esta forma, una indiscriminada o poco escrupulosa utilización de la locución "protección", al albergar en su seno aspectos relativos al ámbito propio de la reforma de menores, sobre los que la Generalitat ostenta limitadas responsabilidades - concretamente en aspectos relacionados con la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de menores en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero,

⁸⁰¹ La Ley catalana 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, segregó definitivamente dentro de la protección de menores, la potestad propiamente protectora - la actuación en caso de que el menor se encontrase en situación de desamparo - de la potestad reformadora - propia de los menores infractores -. De esta forma, siguiendo los pasos iniciados por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código civil, la normativa catalana del año 1991 reguló la función tutelar de la protección de menores como una materia específicamente civil, desvinculada de los otros ámbitos que, tradicionalmente, han integrado el derecho denominado de reforma de menores.

reguladora de la responsabilidad penal de los menores -, se asemejaría peligrosamente al sentido atribuido a dicha alusión por el Preámbulo de la Ley del Parlamento de Cataluña 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores⁸⁰², que apuntaba a que la Ley partía de una visión restringida del término "*protección de menores*", que comprendía tanto la prevención y el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil, como la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o de la guarda⁸⁰³. Se reglamentaba, pues, de una manera conjunta y uniforme la faceta protectora y la dimensión reformadora del Estado, si bien es cierto que empezaba a constatarse una incipiente tendencia proclive a tratar de delimitar fehacientemente el ámbito de intervención de una y otra.

El panorama legislativo catalán se completaba con la Ley 26/1985, de 27 de diciembre, de servicios sociales, que incluía dentro de su ámbito de actuación - artículo 5.2.b) - "la atención y la promoción del bienestar de la infancia y la adolescencia, con el objetivo de contribuir a su pleno desarrollo personal, en particular en los casos en que los entornos sociofamiliar y comunitario presenten un alto riesgo social, sin perjuicio de las funciones específicas de protección y tutela de menores". Se iniciaba con ello, dentro del ámbito de la protección *stricto sensu* considerada, el doble tratamiento normativo que ha singularizado la atención a la infancia en Cataluña desde mediados de los años ochenta y que todavía perdura

⁸⁰² Boletín Oficial del Estado, núm. 185, de 3 de agosto de 1985.

⁸⁰³ Ello se reiteraba en el artículo segundo de la referida Ley 11/1985, de 13 de junio, al establecer que "la protección de menores, en el ámbito de la presente Ley, comprende: a) el tratamiento de la delincuencia infantil y juvenil; b) la prevención de la delincuencia infantil y juvenil; y, c) la tutela de menores por defecto o por inadecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación". Este mismo aspecto es resaltado por **Mayoría Simón, Joan**: El sistema de protección a la infancia y la adolescencia en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. Barcelona, 2011, Ed. Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña, pág. 12, cuando nos recuerda que la Ley 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores, incluía en su redactado tanto las facultades protectoras como las reformadoras y preventivas de la delincuencia, si bien es cierto que dedicaba más extensión al tratamiento de la delincuencia juvenil. De los setenta artículos que contenía dedicaba tan solo siete a los menores en situación de desamparo.

hasta nuestros días, que distingue entre legislación de servicios sociales y legislación específica de infancia.

La eterna *confusio* existente entre las funciones de protección y las actividades de reforma de menores, inherente a esas primeras normas catalanas y principio rector de la estructura administrativa originaria adoptada por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en este ámbito material de actuación⁸⁰⁴, encuentra su origen o razón de ser en la legislación estatal vigente en el preciso instante - año 1981 -, en que se operó el definitivo traspaso de la titularidad de los servicios de protección de menores de la Administración del Estado al poder autonómico⁸⁰⁵.

En esos momentos resultaba vigente a nivel estatal el Decreto de 11 de junio de 1948, en virtud del cual se aprobaba el Texto Refundido sobre Tribunales Tutelares de Menores que, siguiendo los pasos marcados por la reglamentación precedente⁸⁰⁶, atribuía a estos órganos jurisdiccionales especiales un doble cometido: la función protectora de los menores de edad abandonados o en situación de desprotección y la tarea reformadora de los menores de dieciséis años autores de hechos delictivos⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ Todos los servicios traspasados por el Estado a la Generalitat de Cataluña en virtud del Real Decreto 1292/1981, de 5 de junio, que comprendía las funciones que la Obra de Protección de Menores ejercía en el ámbito jurisdiccional catalán, según resultaba del texto refundido de la legislación sobre protección de menores aprobado por el Decreto de 2 de julio de 1948, fueron asignados al Departamento de Justicia, concretamente a la Dirección General de Protección y Tutela de Menores, por el Decreto 168/1981, de 8 de julio y el Decreto 401/1981, de 30 de octubre.

⁸⁰⁵ **Mayoral Simón, Joan**, op. cit. pág. 12, describe el panorama existente en el año 1981, con la transferencia del Estado a la Generalitat de Cataluña en materia de infancia, como desolador: compartimentarización y fragmentación de las competencias entre las diferentes administraciones; falta de coordinación de las iniciativas emprendidas; modelos de intervención paternalistas fundamentados en la institucionalización de los niños en grandes asilos; eran, para este autor, las notas características del sistema imperante.

⁸⁰⁶ Ley de 3 de febrero de 1929, de Tribunales Tutelares para niños, que a su vez reformaba la Ley de 25 de noviembre de 1918, sobre organización y atribuciones de los Tribunales Tutelares para niños, para adaptar dicha normativa al nuevo Código Penal de 1928, que había entrado en vigor el 1 de enero de 1929.

⁸⁰⁷ Ese mismo año también se aprobó, el 2 de julio de 1948, el Texto Refundido sobre Protección de Menores, que asignaba a los Tribunales Tutelares de Menores la función de *corrección* de los menores infractores y

De esta forma, la ejecución de las medidas de protección y reforma acordadas por los Tribunales Tutelares, que hasta entonces había correspondido a las antiguas Juntas Provinciales de Protección de Menores, a partir del preciso momento en que se confirmaron los traspasos en el ámbito territorial de Cataluña, pasaron a depender de la Generalitat de Cataluña.

Una vez concluido este proceso de transferencias hacia las distintas Comunidades Autónomas, el Real Decreto 1449/1985, de 1 de agosto⁸⁰⁸, que modificó la estructura básica del Ministerio de Justicia, suprimió varios organismos autónomos del Estado, entre ellos la Obra de Protección de Menores. El Real Decreto creó, en contrapartida, la Dirección General de Protección Jurídica del Menor, que aglutinó, al igual que había venido realizando hasta el momento la extinta Obra de Protección de Menores, funciones tanto protectoras como de reforma. Así, correspondió a dicha Dirección: a) establecer las directrices y programas de trabajo para la prevención de la delincuencia juvenil y supervisar su elaboración, sin perjuicio de su puesta en práctica por otras entidades encargadas de su ejecución; b) la promoción de las instituciones de adopción y acogimiento familiar, así como la calificación e inspección de las entidades de integración familiar, y la llevanza del registro de las mismas; c) la gestión de centros piloto, nacionales, la coordinación de los demás centros de reforma, así como la orientación de los especiales, y la elaboración de estadísticas, estudios, investigaciones, planes nacionales de educadores y programas experimentales sobre la materia⁸⁰⁹.

también los prostituidos y calificados como vagos o vagabundos y la *protección* de los menores en caso de indigno ejercicio por parte de los padres o tutores del derecho de guarda y educación.

⁸⁰⁸ Boletín Oficial del Estado, núm. 196, de 16 de agosto de 1985.

⁸⁰⁹ **Escudero Lucas, José Luís**: La tuición del menor abandonado (artículo 172 del Código civil). Murcia, 1995, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pág. 126.

Esta situación también fue una de las principales causas que determinaron e influyeron en la redacción definitiva del artículo 9.28 del Estatuto de 1979⁸¹⁰. A ello obedece justamente que bajo un mismo título competencial, el relativo a *instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando en todo caso la legislación civil, penal y penitenciaria*, se colocara a un mismo nivel la legislación civil, la penal y la penitenciaria; ámbitos normativos, por cierto, sobre los que la Generalitat ostentaba y sigue manteniendo diversos grados de competencia.

En definitiva, el Estatuto de 2006 parece incurrir en el mismo error sistemático que su precedente de 1979, y hereda, en gran medida, buen número de las críticas que por tal circunstancia se vertieron sobre éste, perdiéndose además con ello, una extraordinaria oportunidad de culminar la política iniciada a mediados de los años ochenta por el Parlamento de Cataluña tendente a tratar de deslindar con meridiana precisión las funciones protectora y reformadora del Estado⁸¹¹. Máxime cuando en la propia propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por el pleno del Parlament de Catalunya, el 30 de septiembre de 2005⁸¹², sí se contenía una clara delimitación entre ambos sectores normativos.

Pareciera pues, mucho más acertada la redacción ofrecida por el proyectado artículo 166.3, que al definir cuáles eran las diferentes competencias que correspondían a la Generalitat en materia de menores, trazaba una incuestionable y evidente línea divisoria - representada gráficamente por su disposición en dos apartados distintos -, entre: la atribución exclusiva en materia de protección de menores, que incluía, en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas

⁸¹⁰ Tal y como se ha encargado de evidenciarlos **Giménez-Salinas Colomer, Esther**, op. cit. pág. 185.

⁸¹¹ Con similares palabras se expresó el legislador catalán en el Preámbulo de la Ley 27/2001, de 21 de diciembre, de justicia juvenil - Boletín Oficial del Estado, núm. 34, de 8 de febrero de 2002 -.

⁸¹² Boletín Oficial del Parlamento de Catalunya, núm. 224, de 3 de octubre de 2005, pág. 40.

de protección y tutela de los menores desamparados y en situación de riesgo; y, la competencia ejecutiva de la legislación estatal en materia de responsabilidad penal de menores.

Favorable a esta lectura más lógica del precepto, aunque sin el grado de claridad y nitidez alcanzados por la versión inicial del Estatuto, se pronunció el Grupo Parlamentario Popular durante la fase de tramitación parlamentaria de la proposición de reforma del mentado documento que tuvo lugar en el Congreso de los Diputados.

Este Grupo parlamentario, tras considerar en una de sus enmiendas, la número setenta para ser más exactos⁸¹³, que el artículo 166 vulneraba los artículos 149.1.1, 149.1.8, 149.1.10 y 149.1.17, todos ellos de la Constitución española⁸¹⁴, se mostró partidario de una nueva redacción del Título estatutario donde se acogían y estructuraban las diferentes competencias normativas asumidas por la Comunidad Autónoma. Según esta nueva iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, lo más adecuado hubiera sido atribuir a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva en materia de..."29. *Instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando, en todo caso, la legislación civil, penal y penitenciaria*"; y, en un título competencial independiente, hacer responsable al Gobierno autonómico de la ejecución de la legislación del Estado en materia de..."20. *Protección de menores, que incluye la competencia para la regulación y ordenación de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados y en situación de riesgo, así como la ejecución de la legislación estatal en materia de responsabilidad penal de los menores*⁸¹⁵".

⁸¹³ Enmienda de redacción alternativa del Título IV "De las competencias" de la propuesta de Estatuto de Autonomía.

⁸¹⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 210-7, de 3 de enero de 2006, pág. 127.

⁸¹⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 210-7, de 3 de enero de 2006, págs. 117-118.

Otra posible interpretación, a nuestro entender un tanto forzada, que pudiera dársele al texto definitivo del artículo 166.3.a) del Estatuto de 2006, para tratar de salvar la latente discordancia e incoherencia que significa ubicar, como una más de las facultades protectoras atribuidas con exclusividad a la Generalitat de Cataluña, la relativa a los aspectos de carácter reformador, derivaría de entender que, en realidad, al evocarse como una de las submaterias propias de la protección a la infancia y la adolescencia, la concerniente a los menores infractores, ésta no estaría haciendo alusión a la ejecución de las medidas adoptadas por los jueces de menores en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como "a priori" pudiera desprenderse, sino que, por el contrario, se estaría refiriendo al régimen jurídico aplicable a los menores de catorce años que hubieren cometido algún hecho delictivo tipificado como tal en el Código Penal⁸¹⁶. Esta previsión encontraría su desarrollo en los artículos 153 a 155 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, disposiciones éstas que por primera vez regularon en Cataluña las actuaciones de protección en los supuestos de aplicación de la legislación reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

⁸¹⁶ Deben ponerse en relación los artículos 1º y 3º de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El primero de ellos, establece que "esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales". Mientras que el segundo se refiere a que "cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores prevista en el Código civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la Entidad Pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha Entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero".

Otro aspecto formal que presenta el vigente Estatuto de Autonomía digno de ser tenido en consideración, se centra en la más que evidente imprecisión terminológica⁸¹⁷ en la que parecen incurrir diversos de sus preceptos al ser confrontados con las expresiones contenidas en las diferentes disposiciones normativas que lo desarrollan⁸¹⁸.

En este contexto, no podemos obviar el decisivo papel que juega el lenguaje en el proceso de construcción de nuestro sistema jurídico y en su ordenación perceptual. Queda atrás la consideración racionalista de valorarlo como un simple medio de representación o de reproducción de la realidad. Bajo esta percepción, propia de la escuela de la exégesis, el texto de la ley se configura siempre como suficiente, no admitiendo influjo externo alguno en su delimitación. Por el contrario, la terminología legal que empleamos, modela y dirige nuestra forma de entender y comprender la realidad jurídica que nos rodea, y nuestro modo de calificar y denominar a las diversas instituciones legales se convierte en una forma de acuerdo o pacto social⁸¹⁹. Sin ir más lejos, el propio DESCARTES estima que el ser humano

⁸¹⁷ **Compayré, Gabriel**, op. cit. págs. 26-30, identificada la dificultad existente para diferenciar entre los vocablos infancia, adolescencia y juventud, constata que ni la moral, ni la medicina, ni tan siquiera la biología se han puesto de acuerdo a la hora de determinar la duración de la etapa adolescente. Por ejemplo, Hipócrates consideró que se extendía de los catorce a los veintidós años – mientras que la juventud abarcaba desde los veintiuno hasta los veintiocho -. En cambio, Necker de la Saussure, escritora y educadora suiza, la fijó desde los quince a los dieciocho años. Dupanloup, teólogo y prelado francés del siglo XIX, por su parte, la enmarcó de los doce hasta los quince. También, **John, Mary**: Children's rights and power. London, 2003, Ed. Jessica Kingsley Publishers, págs. 48 y 75, reconoce la importancia del lenguaje a la hora de determinar la situación de la infancia en la comunidad.

⁸¹⁸ Idéntica dicotomía se plantea en el ordenamiento jurídico español. Así, la propia Constitución española incurre en un baile terminológico: el artículo 20.4 utiliza la expresión "protección de la juventud y de la infancia"; en cambio, su artículo 27.3, prefiere emplear el término "hijos" al referirse al derecho que asiste a los progenitores sobre la formación religiosa y moral; a continuación el artículo 39.2, recoge el principio de la protección integral "de los hijos", y, finalmente, el artículo 39.4 afirma, por su parte, que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

⁸¹⁹ Tal y como nos recuerdan **Dahlberg, Gunilla; Moss, Peter y Pence, Alan**, op. cit. pág. 55, Foucault califica como *discursos* a tales convenciones, es decir, a nuestro modo de nombrar las cosas y hablar de ellas. También **Barudy, Jorge**, op. cit. págs. 29 y 30, entiende que el mundo se construye de acuerdo con la manera

vincula sus concepciones a determinadas palabras para, de esta forma, expresarlas bajo el sentido de un interesado simbolismo⁸²⁰.

Consecuentemente, los regímenes discursivos dominantes operan a través de los giros, las convenciones, las subdivisiones y las categorías que utilizamos para analizar, construir y describir la realidad jurídica; a través de ellos, reconocemos lo que es considerado como verdadero o falso, como normal o anormal, como correcto o equivocado. Las definiciones y las clasificaciones se erigen, pues, en un marco que limita y conforma nuestra forma de pensar y que, de manera más o menos consciente, gobierna nuestros propósitos y acciones.

Así, el significado legal de las palabras debe ser analizado con precisión para encontrar aquellos resquicios de discriminación que aún sobreviven en nuestro sistema normativo⁸²¹. En efecto, durante décadas la minoría de edad sirvió para definir e identificar un estado de incapacidad o de incompetencia relativa del sujeto, y no un estado de titularidad de derechos, contrapuesto a las expresiones de infancia y adolescencia⁸²².

como es percibido, o en otras palabras: el mundo, tal como lo observamos, es el mundo de los sistemas observantes en que la manera de observar modifica ya lo observado.

⁸²⁰ **Descartes, René**: Los principios de la filosofía. Madrid, 1970, Ed. EDAF, pág. 166.

⁸²¹ Señalan **Casas Aznar, Ferran y Saporiti, Angelo (Coords.)**: Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña y Molise. Madrid, 2005, Ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia, pág. 11, que el sentido más amplio de infancia asumido por Naciones Unidas, que corresponde en nuestro lenguaje lego a "*infancia y adolescencia*", se refiere, a menudo, en nuestros países con el concepto jurídico de *menores*, que tiene fuertes resonancias negativas y de inferioridad en términos cotidianos.

⁸²² El propio **Kant, Immanuel**: Antropología en sentido pragmático. Madrid, 1935, Ed. Revista de Occidente, pág. 100, asocia la idea de la falta de capacidad de las personas menores de edad con la de minoridad. Así el filósofo alemán establece que la imposibilidad - natural o legal - de que una persona, por lo demás sana, use por sí misma su entendimiento en los negocios civiles, se llama incapacidad; si ésta se funda en la corta edad, se llama minoridad.

Esta ambivalencia, asumida y dotada de fuerza teórica por la denominada doctrina jurídica de la situación irregular, propia de la antigua legislación sobre menores, instauró en el interior del universo infancia una diferencia socio-jurídica esencial, que distinguía entre los individuos que eran controlados y socializados por el binomio familia-escuela, considerados como "niños y niñas normales", de aquéllos otros que no teniendo acceso a una familia modelo - nuclear y monógama -, y/o que no estaban escolarizados, eran excluidos del sistema y se convertían en "menores anormales o irregulares". Esa distinción suponía, pues, una evidente discriminación social y jurídica del "menor de edad" frente al "niño/a". Así, a partir del siglo XIX y hasta finales del siglo XX - tomando como punto de inflexión la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño -, la actuación institucional se guió por la conocida como cultura jurídica minorista, conforme a la cual ser niño infractor, pobre, abandonado o maltratado, era exactamente lo mismo, y todos ellos eran calificados, genérica e indistintamente, como "menores", por el simple hecho de incurrir en alguna irregularidad de tipo moral o legal⁸²³. Esta división de la infancia y la adolescencia en dos categorías jurídicas contrapuestas, se ha visto superada en la actualidad por la denominada como doctrina de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes⁸²⁴. Este nuevo enfoque teórico describe ya al sujeto que no alcanzado todavía la mayoría de edad como una categoría con naturaleza jurídica propia⁸²⁵.

⁸²³ **García Méndez, Emilio**: "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia" en **García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (Comps.)**: Infancia, ley y democracia en América latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. Buenos Aires, 1998, Ed. Depalma, pág. 18.

⁸²⁴ **Varela García, Carlos**: "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto" en Actualidad Civil, núm. 12, marzo 1997, págs. 261-263, defiende la utilización de la expresión "derecho del menor", denominación a su entender ya consagrada en el derecho comparado, a pesar de las voces que la han considerado portadora de cierta inflexión o matiz estigmatizante.

⁸²⁵ **Dávila Balsera, Paulí y Naya Garmendia, Luis M^a**, op.cit. págs. 91 y 92, resaltan la importancia que los derechos de los niños, niñas y adolescentes han ido obteniendo en un corto periodo de tiempo, circunstancia ésta que demuestra una importante transformación en la concepción de la infancia. Esta relevancia, según

No obstante, y a pesar de esa creciente sensibilidad hacia el mundo de la niñez, forjada en gran medida más allá de nuestras fronteras, y que se encamina lenta e irremediabilmente hacia la obtención de mayores grados de unidad y precisión terminológica, siguen produciéndose disfunciones y desconexiones léxicas que complican, en gran medida, la comprensión global de nuestro sistema jurídico⁸²⁶.

Realizadas estas acotaciones de carácter general, partimos de la certeza de que el *Estatut* utiliza mayoritariamente en su redacción el concepto *menor* para referirse a las personas que aún no han alcanzado la mayoría de edad - artículos 17 y 166.3⁸²⁷ -, aunque en menor medida, también se sirve a lo largo de su texto de las expresiones *infancia* o *niños*, arrogándoles un sentido sinónimo al anterior - artículos 40.3 y 166.4 -⁸²⁸. Esta circunstancia pone en plena consonancia el espíritu que subyace del

estos autores, debe considerarse, tanto como un cambio de paradigma, dentro de la historia de las mentalidades, en el concepto de infancia y de sus representaciones sociales, como también desde el punto de vista de las prácticas sociales y las obligaciones gubernamentales no solamente en el campo de la protección a la infancia, sino también del derecho.

⁸²⁶ El catálogo de expresiones utilizadas en el concierto internacional para describir y/o definir a los niños, niñas y adolescentes, se caracteriza, en la actualidad, por ser rico, amplio, heterogéneo, y no en pocas ocasiones contradictorio. Así, algunas disposiciones internacionales optan por emplear directamente la voz *menor*, sin más, para referirse al sujeto dependiente que todavía no ha alcanzado la mayoría de edad- entre ellas destacan el Convenio de La Haya sobre Competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de Protección de Menores, de 5 de octubre de 1961, el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980, el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, relativo a la Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en materia Matrimonial y de Responsabilidad Parental, y el Convenio número 138 de la Organización Internacional del Trabajo -O.I.T.-, sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo, de 26 de junio de 1973 -; mientras otras, en cambio, se han inclinado por compaginar la utilización de la expresión *menor* con el empleo de otros términos tales como hijo/a, niño/a, o el más genérico y abstracto de infancia y adolescencia. Este sería el caso de la propia Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, del Convenio de La Haya, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993, y del Convenio núm. 182 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y de la Acción Inmediata para su Abolición, de 17 de junio de 1999.

⁸²⁷ Ambos citados, por cierto, en el Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

⁸²⁸ En palabras de **Esteban de la Rosa, Gloria**: El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico. Granada, 2000, Ed. Comares, págs. 20-27, mientras el término *menor* se contraponen a la categoría de mayor de edad; la noción niño/a, por el contrario, trata de despojarse de sus rígidas connotaciones jurídicas. Es un concepto, etc último, que se pretende más integral, completo y real, en el que se persigue resaltar la idea de

Estatuto de Autonomía de Cataluña con el sentido que la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989 asigna, en su artículo 1, a la noción de *niño*, al definirlo como todo ser humano menor de dieciocho años de edad.

Asimismo, el Estatuto también acoge el término *juventud* en sus artículos 40.4 y 142, pero en ningún caso clarifica qué deba entenderse como tal. Por el contrario, no alberga disposición alguna que haga mención o que utilice la palabra *adolescencia*⁸²⁹.

Cambiando de registro, y acudiendo ahora a la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, norma llamada a desplegar las previsiones estatutarias en materia de protección de menores y de promoción de las familias y de la infancia en Cataluña, al precisar ésta su ámbito subjetivo de aplicación, se decanta de una manera evidente, algo que no sucede en el Estatuto, por el empleo del binomio *niño - infant* en la versión catalana original - y *adolescente*; comprendiendo la primera a toda persona menor de doce años, mientras que por *adolescente* se entiende a todo sujeto con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad - artículo 2.2 -⁸³⁰. Así,

persona que ha de ser protegida y cuidada, pero a la que han de otorgársele, además, los mecanismos necesarios para que pueda valerse por sí misma, esto es, para que tenga una imagen propia y pueda convertirse en actor protagonista del desarrollo integral de su personalidad.

⁸²⁹ No deben olvidarse otras expresiones que, aunque menos utilizadas por el legislador sí lo son en el lenguaje popular, como pueden ser *chiquillo* o *criatura*. Para **Mínguez Álvarez, Constancio**: La educación social a través de la literatura. Familia, escuela e infancia en la literatura española de finales del siglo XIX. Valencia, 1999, Ed. Nau Llibres, págs. 170-173, la primera suele relacionarse con una persona caprichosa, pequeña y poco sensata, que necesita ser controlada y orientada. Al adulto, en ese caso, se le asocia con el guía al que se le exige control y cuidado del menor con el fin de lograr una buena educación. Por lo que a criatura se refiere, este concepto se vincula con el de crianza para describir las primeras tareas y cuidados de la infancia. Su significado se relaciona, por un lado, al acto de amamantar así como a las primeras acciones relacionadas con el nacimiento y crecimiento del recién nacido. Por otro lado, se refiere al efecto o resultado de la crianza, haciendo alusión al desarrollo moral, físico y social del niño.

⁸³⁰ **Hadfield, J.A.**, op. cit. pág. 185, en sintonía con la norma catalana, afirma que el término *adolescencia* habitualmente se utiliza para definir el período de edad comprendido entre los doce y los dieciocho años, fase de transición entre la infancia y la edad adulta. Este período para dicho autor engloba varias fases: la

confrontando ambos cuerpos normativos llegamos a la conclusión de que el significado que el Estatuto aplica al vocablo *niño* no coincide exactamente con el sentido que se le infiere en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

Por su parte, el Libro II del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, siguiendo las pautas marcadas por el texto estatutario en su artículo 40.3⁸³¹, parece inclinarse más bien por el uso de las denominaciones *infancia* y *juventud*, obviando, al igual que hacía el *Estatut*, el término *adolescencia*. Ello a pesar, y por qué no decirlo, en franca contradicción, con las constantes remisiones que el propio Código Civil de Cataluña efectúa al redactado de la Ley de infancia, documento que, como hemos apuntado, distingue claramente entre las expresiones de *niño* y *adolescente*.

Finalmente, y para añadir un elemento más de disgregación al sistema, la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil⁸³², que viene a desarrollar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores, al delimitar - en su preámbulo y en su artículo 3 - su ámbito subjetivo de aplicación, especifica que sus preceptos se dirigen a los *menores* y *jóvenes* destinatarios de alguna resolución adoptada por la autoridad judicial o por el ministerio fiscal, de acuerdo con la mencionada Ley Orgánica, matizando inmediatamente que se entenderá por *menores* a las personas que tienen entre

pubertad, de los 12 a los 14; un período de transición, sobre los 15 años; y finalmente la adolescencia tardía, de los 16 a los 18.

⁸³¹ Este artículo establece que "los poderes públicos deben garantizar la protección de los niños, especialmente contra toda forma de explotación, abandono, malos tratos o crueldad y de la pobreza y sus efectos. En todas las actuaciones llevadas a cabo por los poderes públicos o por instituciones privadas el interés superior del niño debe ser prioritario".

⁸³² Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil - Boletín Oficial del Estado, núm. 34, de 8 de febrero de 2002 -.

catorce y diecisiete años y por *jóvenes* a las que hayan cumplido dieciocho años o más⁸³³.

Nuevamente, el significado atribuido al concepto de menor por esta última disposición emanada del Parlamento de Cataluña parece no encajar con la mención otorgada a dicha voz en el Estatuto, ya que tras dicho término se referencia a las personas comprendidas en la horquilla catorce-diecisiete años, mientras que en la norma institucional básica catalana, recordémoslo, se alude a los individuos desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad.

Parece pues, en definitiva, que la visión del menor que se desprende de los preceptos del Estatuto de Autonomía; indicación subjetiva, en teoría, llamada a servir de modelo y paradigma de actuación de las diversas disposiciones normativas que vienen a desplegarlo, no ha alcanzado, en el contexto catalán de referencia, una clara uniformización e univocidad sistémica. Por el contrario, su ambivalencia léxica⁸³⁴,

⁸³³ Vid. en este sentido el artículo 3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil, en la que se establece literalmente: "1. La presente Ley es aplicable a los menores y a los jóvenes destinatarios de alguna resolución adoptada por la autoridad judicial o por el ministerio fiscal, de acuerdo con la Ley Orgánica 5/2000, que, para ser ejecutada, requiera la intervención de las entidades públicas o privadas a las que hace referencia la presente Ley. 2. A efectos de la presente Ley son menores las personas que tienen entre catorce y diecisiete años y son jóvenes las personas que tienen dieciocho años o más".

⁸³⁴ Afirma **Barudy, Jorge**: El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil. Barcelona, 1998, Ed. Paidós, pág. 34, que toda definición crea un mundo semántico alrededor del problema que afecta directa e indirectamente a una cantidad importante de decisiones que afectarán a personas concretas. En esta misma línea de pensamiento **Urrea Portillo, Javier**, op. cit. pág. 375, afirma que cuando hablamos de infancia tomamos como modelo la próxima, la que nos toca de lleno, y dentro de ella la que cuenta con todos los medios a su alcance para ser un ejemplo a seguir; la escolarizada, la que crece en el núcleo de una familia estable, la que tiene dinero, teléfonos móviles, caprichos, puntos de referencia respetables o políticamente correctos, cultura y educación. Por su parte, **Dávila Balseira, Paulí** y **Naya Garmendia, Luis M^a**: "Infancia y educación en el marco de los Derechos Humanos", en **Naya Garmendia, Luis M^a (Coord.)**: La educación y los derechos humanos. Donostia, 2005, Ed. Espacio Universitario Erein, pág. 100, prefieren utilizar la expresión de reconocimiento de los derechos de los niños y niñas, frente a la de infancia, ya que consideran que quien es titular de derechos son los individuos y no la circunstancia de pertenecer a un determinado grupo de edad.

que irrumpe en nuestro contexto legal⁸³⁵, no deja de aportar ciertos atisbos, por no decir altos grados, de inseguridad jurídica. Es por ello que cabría exigir del legislador un esfuerzo de concertación y armonización terminológica que redujera a la más mínima expresión esas dosis de incertidumbre, facilitando así la comprensión y la aplicación de todo este cuerpo dispositivo⁸³⁶.

Un tercer elemento formal que reclama nuestra atención, y que en cierta medida se halla vinculado con el desorden gramatical expuesto en el párrafo anterior, deriva de la confrontación de los artículos 166.3.a) y 142, ambos del Estatuto de 2006.

De esta forma, al comparar el título competencial atributivo a la Generalitat de Cataluña de las competencias exclusivas en materia de juventud - artículo 142 -, con el concerniente a la protección de menores - artículo 166.3.a) - se constata que mientras que en aquél se evoca expresamente la "promoción del asociacionismo juvenil y de las iniciativas de participación de la gente joven", éste, en cambio, parece ofrecernos, en sus apartados tres y cuatro, una visión más limitada, que se circunscribe a los tradicionales derechos de protección y supervivencia de la infancia y la adolescencia -derechos pasivos-. El riesgo de acabar reproduciendo, una vez más, el viejo axioma de contemplar al niño, niña o adolescente exclusivamente como un ser indefenso, desasistido y carente de facultades planea

⁸³⁵ **Lacruz Berdejo, José Luís**: Elementos de Derecho Civil. Volumen I. Parte General. Introducción. Madrid, 2002, Ed. Dykinson, pág. 236, sostiene que el Derecho no es proyección mecánica de una realidad social, sino un concreto juicio de valor, en un determinado momento, sobre comportamientos humanos.

⁸³⁶ Un ejercicio similar es el realizado por **Clemente, Rosa**: Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora, págs. 26-28, al analizar los conceptos de "*criança*" y "*jovem*" comprendidos en el artículo 2 de la Ley portuguesa núm. 147/1999, de 1 de septiembre de *protecção de crianças e jovens em perigo*. También, **Oliveira, Guilherme (de)**: Regime jurídico do apadrinhamento civil. Anotado. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. especial, Coimbra, 2011, Ed. Coimbra Editora, págs.12-15, pone en correlación el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley portuguesa núm. 147/1999, de 1 de septiembre de *protecção de crianças e jovens em perigo* y el de la Ley portuguesa núm. 103/2009, de 11 de septiembre, de *regime jurídico do apadrinhamento civil*.

sobre el espíritu del citado precepto. Para evitar tal circunstancia hubiera resultado más aconsejable que el legislador, junto con las llamadas a la "protección" y a la "promoción", hubiera incluido una tercera opción relativa a la "participación" - derechos activos-, dando entrada con ello, de una manera patente y plausible, a una nueva línea de pensamiento o filosofía social -ya instalada en nuestro ordenamiento jurídico tras la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989-, que identifica al niño, niña y adolescente como verdadero sujeto de derechos, como ciudadano de presente y actor protagonista de su propia existencia.

Dicha carencia, probablemente más conceptual y simbólica que de real trascendencia jurídica, se hace si cabe aun más evidente, en el momento en que la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - norma fundamentada precisamente en el artículo 166. 3 y 4 del Estatuto -, propone y esboza en su propio Preámbulo una definición de las nociones de promoción, protección y participación de las personas menores de edad, demostrando así encontrarse ante tres categorías conceptuales, si bien interrelacionadas, totalmente autónomas e independientes entre sí.

Por promoción se identifica al conjunto de intervenciones sociales que se desarrollan "aunque nada vaya evidentemente mal", porque obedece a objetivos de mejora social y responde a anhelos o aspiraciones colectivos, particularmente a los de un bienestar personal y social mayor; en cambio, se presenta la protección como el conjunto de actuaciones sociales reservadas para "cuando las cosas van mal", es decir, cuando el desarrollo integral del niño, niña o adolescente, a la vista de los conocimientos científicos actuales, pueda resultar seriamente afectado; y, por último, con la idea de participación se pretende realzar la percepción del niño, niña o adolescente como sujeto de derechos y oportunidades, verdadero protagonista en

todos aquellos asuntos que le afecten. En definitiva, esta categoría viene a configurar su estatus de ciudadano o ciudadana.

En idéntico sentido se pronuncia el artículo 1 de la Ley de infancia catalana al identificar como sus objetivos primordiales "la promoción del bienestar personal y social de los niños y los adolescentes y de las actuaciones de prevención, atención, protección y participación dirigidas a estas personas con el fin de garantizar el ejercicio de sus derechos, la asunción de sus responsabilidades y la consecución de su desarrollo integral".

Dejando al margen los aspectos formales y prosiguiendo con el análisis del contenido del artículo 166.3.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña, destacamos, a continuación, la desaparición de la cláusula de autolimitación que en el antiguo Estatuto se imponía en esta materia al exigirse el "*respeto, en todo caso, a la legislación civil, penal y penitenciaria*" - artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 -. La polémica expresión se desvanece del nuevo documento estatutario y es sustituida por una nueva fórmula de cierre que presenta un ámbito de extensión mucho más reducido que el de su predecesora, restringiéndose únicamente al ámbito de los menores infractores, materia en la que, a tenor del artículo 166.3 a) *in fine*, "deberá respetarse la legislación penal".

Esta circunstancia, provocó que el art. 166.3 apartado a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña fuera recurrido en inconstitucionalidad por el Grupo Parlamentario Popular alegando que el precepto en cuestión calificaba la competencia en materia de "*protección de menores*" como exclusiva de la Generalitat de Cataluña, desconociendo por completo las facultades reservadas al Estado en este sector del ordenamiento jurídico, ex artículo 149.1.1, 2, 5, 6 y 8 de la Constitución española. En otras palabras, se acusaba a la norma institucional básica catalana de configurar

una nueva materia, la "protección de menores"⁸³⁷, sin incluir expresa referencia a las potestades estatales sobre la legislación civil, penal y penitenciaria, como venía sucediendo en el antiguo artículo 9.28 del llamado "Estatuto de Sau" de 1979.

Ante tales alegaciones el Tribunal Constitucional se pronunció desestimando tal impugnación. El alto órgano constitucional fundamentó su fallo argumentando que el simple hecho de reconocer como exclusiva de la Generalitat la competencia en materia de protección de menores, no significaba, en modo alguno, enervar de manera automática las diferentes responsabilidades estatales que pudieran verse afectadas. E incidía, a continuación, en que no era necesaria la presencia de una estipulación de salvaguarda de las atribuciones constitucionalmente diferidas al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución española, puesto que tales limitaciones se erigían o constituían por sí solas en cortapisas infranqueables a los enunciados estatuarios⁸³⁸.

En síntesis, de las motivaciones esgrimidas por el máximo intérprete constitucional se determina que la simple ausencia del axioma restrictivo "*respeto, en todo caso, a la legislación civil, penal y penitenciaria*" - característica del antiguo texto del Estatuto de 1979 -, no significa que en el actual documento estatutario se contradigan las competencias estatales sobre legislación civil y procesal - ya que se mantienen las correspondientes al sector penal -, o que de su regulación pueda inferirse una incompatibilidad entre el ejercicio de éstas y las prevenidas en el precepto estatutario.

⁸³⁷ Que no aparecía como tal reconocida en el artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de 1979.

⁸³⁸ Vid. Fundamento Jurídico 104 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio. En un sentido similar ya se había manifestado el Tribunal Constitucional con anterioridad en los Fundamentos Jurídicos 3 y 4 de la Sentencia 234/2004, de 2 de diciembre.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir afirmando que el mandato legal "*respetando*" no contiene habilitación indirecta alguna, en cuya virtud el Estado central pueda asumir para sí responsabilidades sobre esta submateria que se considera integrada en la competencia exclusiva autonómica de protección de menores, sino que lo único que se preceptúa es que la Comunidad Autónoma, en el ejercicio de sus responsabilidades, deba acatar aquello que ha establecido el Estado en el ejercicio y desarrollo de una facultad o prerrogativa propia, que si bien distinta, no deja de estar intrínsecamente relacionada con la de exclusividad autonómica. A diferencia de lo acaecido con la cláusula "*sin perjuicio*" - contenida en algunos Estatutos de Autonomía -, la estipulación "*respetando*" no pone en tela de juicio la titularidad de las competencias sino que se limita a incidir sobre su puesta en acción y funcionamiento⁸³⁹.

Aplicando esta teoría o regla general de apreciación a la prerrogativa sobre la "*regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores infractores*", que el Estatuto de Autonomía asume en régimen de monopolio, puede extraerse que la mención al "*respeto a la legislación penal*" en ella contenida, no faculta al Estado para regular desde el Derecho penal - artículo 149.1.6 de la Constitución española - aspectos concernientes al régimen jurídico aplicable a los menores de catorce años que cometan hechos delictivos, ni a efectuar previsión alguna relacionada con la ejecución de las medidas socioeducativas impuestas por el Juez de Menores - atendiendo a la interpretación que quiera dársele a esta disposición -; por el

⁸³⁹ **Viver i Pi-Sunyer, Carles**: "Las competencias de la Generalitat en el Estatuto de 2006: objetivos, técnicas empleadas, criterios de interpretación y comparación con los otros Estatutos reformados" en **Viver i Pi-Sunyer, Carles et al.**: La distribución de competencias en el nuevo Estatuto: Seminario, Barcelona, 4 de octubre de 2006. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 20-21, señala que, en rigor, nos encontramos ante una excepción a los preceptos constitucionales y estatutarios que establecen que las disposiciones dictadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias exclusivas prevalecen en caso de conflicto: en las competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas en las cuales figura la expresión "*respetando*" prima aquello establecido por el Estado en otras materias adyacentes o relacionadas.

contrario, tan solo exhorta a la Generalitat de Cataluña para que al legislar sobre la cuestión respete, en todo caso, las prevenciones efectuadas por el Estado desde su ámbito competencial - limítrofe o adyacente - penal.

En definitiva, podría llegar a considerarse que la apuntada reserva - *a la legislación penal* -, en buena técnica jurídica, resulta del todo innecesaria, puesto que las competencias constitucionales, ya sean asignadas al Estado o a las Comunidades Autónomas, no dependen de salvedades o cláusulas de salvaguarda, sino de su verdadera y real formulación en la norma suprema.

Acto seguido, debemos indagar acerca de cuál es la tipología de las competencias ejecutivas que ostenta el Parlamento de Cataluña en materia de protección de menores. La interpretación que se infirió, como regla general, a esta clase de atribuciones, con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de 2006, fue eminentemente reduccionista y fragmentadora. En este sentido, era urgente redefinir las funciones inherentes a este tipo de facultades desde una perspectiva administrativa y de gestión completa, comprendiendo tanto la capacidad de gestión, como la de dirección y la de ejercicio de todas las potestades administrativas sobre la materia. Es, además, desde este criterio argumental expansionista, que el vigente Estatuto procura incorporar *ex novo* a este tipo de competencias, una potestad reglamentaria *ad extra* con contenido normativo.

Destacar, por último, la decidida apuesta emprendida por el Estatuto en aras de reforzar los mecanismos e instrumentos de participación de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de competencias estatales que afectan a prerrogativas o intereses de la Generalitat⁸⁴⁰. En este punto, la norma institucional básica catalana

⁸⁴⁰ **París Doménech, Neus**: "Las relaciones institucionales de la Generalitat en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en **Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.)**: Revista

no se limita, tan solo, a proclamar simples deseos de participación, sino que incorpora auténticos mandatos jurídicos. No se trata de meras aspiraciones, porque el Estatuto no es una norma que la Generalitat dirija al Estado, sino una ley estatal fruto de un pacto entre el Estado y la Comunidad Autónoma; y, en segundo término, no son simples anhelos porque incorporan auténticas obligaciones jurídicas, cuyo cumplimiento puede, incluso, ser exigido judicialmente⁸⁴¹.

El texto estatutario da entrada a un total de hasta ochenta y nueve alusiones de este estilo⁸⁴². En algunas de ellas, incluso, llega a precisarse el método o dispositivo exacto mediante el que se instrumentalizará la mencionada colaboración - por ejemplo, con la utilización de informes preceptivos⁸⁴³ -; en otras, en cambio, esta concreción se remite a un convenio entre la Generalitat y el Estado o a lo que directamente establezca el propio Estado; y, en unas terceras, ni tan siquiera se especifica la vía ordinaria como se procederá al ejercicio de esa cooperación.

Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya, págs. 393 y 395, sostiene que las relaciones entre el Estado y la Generalitat se fundamentan en el principio de lealtad institucional mutua, principio que ha sido afirmado en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional a pesar de no figurar de manera expresa en la Constitución Española.

⁸⁴¹ **Viver i Pi-Sunyer, Carles**, op. cit. págs. 46-47.

⁸⁴² **París Doménech, Neus**, op. cit. pág. 396, nos recuerda que a pesar de que el Estatuto de Autonomía de Cataluña se centra en los convenios bilaterales de colaboración, no son éstos los únicos instrumentos posibles de interrelación entre Estado y Comunidad Autónoma.

⁸⁴³ Concretamente, el Estatuto fija un informe preceptivo, no vinculante, de la Generalitat en relación con el ejercicio de ocho competencias estatales: en el procedimiento de otorgamiento de autorización de las instalaciones de producción y transporte de energía que ultrapasen el territorio de Cataluña o sean objeto de aprovechamiento fuera del mismo; en el procedimiento de otorgamiento de indultos; en los casos de trasvases de agua; en la calificación de interés general de puertos, aeropuertos y otras infraestructuras del transporte; en la calificación de interés general de obras públicas; para la integración de líneas ferroviarias de transporte intracomunitario en líneas que superen el ámbito espacial de Cataluña; y, en otro orden de cosas, informes preceptivos de la Comisión Bilateral en la declaración y delimitación de espacios naturales con régimen de protección estatal y en la determinación del emplazamiento de infraestructuras y de equipamientos de titularidad estatal en Cataluña.

De las tres opciones planteadas, la redacción definitiva del apartado b) del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se adscribe a la última de las posibilidades, al no precisar la forma concreta como debe arbitrarse la participación de la Generalitat de Cataluña en la "*elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores*"⁸⁴⁴. Así, tras estipular la intervención de la Generalitat en una de las competencias exclusivas del Estado, el precepto guarda silencio con respecto a cómo debe actuarse en atención a lo establecido.

Esa omisión, nos obliga a tener que aguardar a un futuro, esperemos que no muy lejano, para poder delimitar cuál sea la forma en que se plasme o cristalice en la práctica esa previsión estatutaria. No obstante, todo pareciera apuntar a que será una Comisión Bilateral Generalitat-Estado la encargada de dar respuesta al interrogante suscitado. Esta conclusión se fundamenta en una exégesis histórica de los antecedentes normativos extraídos del cuestionado precepto - art. 166.3 apartado b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña -.

En efecto, la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña elaborada por una ponencia del conjunto de los grupos parlamentarios con representación en la Cámara catalana, aprobada por el pleno del Parlamento de Cataluña, el 30 de septiembre de 2005⁸⁴⁵, se mostró partidaria de un acuerdo Generalitat-Estado como herramienta válida para determinar el mecanismo a través del cual vehicular la

⁸⁴⁴ Este precepto ha sido declarado plenamente constitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio - Boletín Oficial del Estado núm. 172, de 16 de julio de 2010 - en su Fundamento Jurídico nº. 104.

⁸⁴⁵ Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 224, de 3 de octubre de 2005, pág. 40.

participación del ente autonómico en el ámbito de la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores⁸⁴⁶.

La disposición proyectada - artículo 166.3 apartado c) - hacía alusión expresa, en definitiva, a que la participación de la Generalitat se arbitrara a través de una Comisión Bilateral Generalitat - Estado⁸⁴⁷. Fue, posteriormente, en la tramitación parlamentaria seguida en el Congreso de los Diputados, donde, como resultado de varias enmiendas planteadas frente al citado artículo, la referencia "*a una Comisión Bilateral*" decayó.

Para ser más concisos, la enmienda número 14, planteada por el Grupo Parlamentario Socialista⁸⁴⁸, tras manifestarse favorablemente, tanto a la necesidad de mejorar los instrumentos de colaboración y los procedimientos de coordinación bilaterales o multilaterales propios del sistema autonómico y que responden al principio de cooperación leal entre las Administraciones Públicas establecido en nuestras leyes, como a la importancia de institucionalizar en el Estatuto la creación de una Comisión Bilateral Generalitat-Estado como marco general y de permanente relación entre ambos gobiernos en los asuntos de interés común de sus respectivas políticas públicas y para la intervención de la Generalitat en el ejercicio de las competencias estatales que afecten singularmente a la autonomía de Cataluña; sostiene, a continuación, la conveniencia de delimitar el ámbito de esta Comisión

⁸⁴⁶ El Consejo Consultivo de la Generalitat de Cataluña, en su Dictamen 169, de 1 de septiembre de 2005, tuvo la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, afirmando como conclusión y a modo de canon de constitucionalidad "que la utilización de mecanismos bilaterales estará más justificada si se trata de incidir en decisiones que afecten de forma especialmente intensa y singularizada a la autonomía de la Generalitat de Cataluña, mientras que planteará más problemas de constitucionalidad si se trata de incidir en la definición de intereses generales o en competencias ejecutivas del Estado mediante la imposición de criterios de carácter bilateral".

⁸⁴⁷ Establecía de manera literal: "La Generalitat participa, a través de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado, en la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores".

⁸⁴⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 210-7, de 3 de enero de 2006, pág. 79.

Bilateral Generalitat-Estado, redirigiendo todo aquello que suponga atribuir al citado ente funciones que no le correspondan, así como sustituir la mención directa a la Comisión por una fórmula similar a la del "*acuerdo de la Generalitat con el Estado*", cuando se le encomiende la elaboración de informes, o por un enunciado del tipo "*informe previo de la Generalitat*" o equivalente; o bien reconduciendo al Título V del Estatuto de Autonomía de Cataluña - con la expresión "*según establece el Título V*" -, sin mayor precisión al efecto, los procesos correspondientes.

La participación en este contexto, tal y como se ha encargado de recordarnos el Abogado del Estado en la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no es más que la simple intervención en un asunto, sin que la actuación implique por sí misma la toma de decisiones⁸⁴⁹.

De conformidad con esta posición, puede argüirse que la participación que la Generalitat de Cataluña ostenta en la "*elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores*" se proyecta en un ámbito que corresponde constitucionalmente al Estado y, en consecuencia, sin perjuicio de su posible incidencia en prerrogativas o intereses de la Comunidad Autónoma, es a la Administración central, a la que corresponde delimitar con entera libertad la expresada colaboración, su concreto alcance y su específico modo de articulación, debiendo, en todo caso, quedar a salvo la titularidad de las facultades estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a sus organismos e instituciones.

⁸⁴⁹ **Pulido Quecedo, Manuel:** El Estatuto de Autonomía de Cataluña. Anotado con la jurisprudencia sistematizada de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio. Navarra, 2010, Ed. Thomson Reuters, pág. 1028.

A modo de conclusión y como corolario de lo expuesto, debemos cifrar que el artículo 166.3 apartado b) del Estatuto de Autonomía de Cataluña se limita a instaurar un mecanismo de colaboración de suma utilidad para eliminar o reducir las distorsiones que pueda generar la indeseable desconexión entre entidades cuyas competencias se entrecruzan inevitablemente. Asimismo, el precepto no refleja una competencia de participación universal en todo lo que, directa o indirectamente, pueda concernir a los menores desde el punto de vista de las competencias estatales, sino que la limita a aquellos aspectos en los que la normación del Estado pueda afectar, directamente, a la configuración básica de instituciones o mecanismos singulares de protección instituidos por la Comunidad Autónoma en virtud de sus propias atribuciones, de suerte que la norma debería quedar circunscrita al marco de la lealtad institucional, que justifica, e incluso impone, deberes de colaboración para la mejor satisfacción de los intereses generales.

4. INCIDENCIA DEL ARTÍCULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA SOBRE LA MATERIA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Mención hecha de la posible adscripción o delimitación de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de protección de menores al ámbito de la "*asistencia social*"⁸⁵⁰, definida por el artículo 148.1.20 de la Constitución española, en cualquiera de sus modalidades y acepciones, debe a continuación reseñarse que este sector del ordenamiento jurídico es por definición

⁸⁵⁰ **Iglesias Redondo, Julio Ignacio:** "La competencia legislativa en materia de protección de menores" en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 23, 1998, págs. 186-189, trata de definir qué comprende el concepto jurídico indeterminado de asistencia social.

multidisciplinar⁸⁵¹. Es decir, que frente a la perspectiva eminentemente administrativista, derivada del Derecho público, que nos ofrece la normativa desplegada bajo los parámetros competenciales de este precepto constitucional, cabe advertir la existencia de otros cuerpos legales cuyo origen dimana de competencias más propias del Derecho privado.

En este sentido, el artículo 149.1.8 de la Constitución española, recoge la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan, reservando a continuación al Estado, en todo caso, una serie de atribuciones⁸⁵². El alcance y significado de este precepto constitucional ha sido objeto de una amplia y controvertida interpretación tanto doctrinal como jurisprudencial que no analizamos con mayor profundidad por escapar de las pretensiones del presente estudio⁸⁵³.

⁸⁵¹ **Mayor del Hoyo, M^a. Victoria**, op. cit. págs. 35-38, identifica en la Constitución Española otros ámbitos que, igual que la protección de menores, tienen carácter multidisciplinario, como ocurre con la protección de consumidores, el comercio interior o la agricultura.

⁸⁵² Es decir, "las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

⁸⁵³ Sólo a modo de resumen apuntar que el concepto de "conservación" se hace extensivo a cualquier forma de asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento, y permite también la positivización en normas formales de costumbres vigentes en el propio ámbito territorial - Sentencias del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre y 88/1993, de 12 de marzo -. La "modificación" se refiere al cambio de reglas preexistentes - Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo -. Y, en cuanto al "desarrollo", el Tribunal Constitucional ha aceptado que las competencias autonómicas permitan regular materias que no han sido objeto históricamente del Derecho foral o propio; desarrollo, según el Tribunal Constitucional, debe entenderse como algo distinto a la modificación. Por eso, no puede vincularse al contenido actual de las Compilaciones u otras normas vigentes. Permite, por el contrario, regular instituciones conexas con las incorporadas a las Compilaciones, o la innovación de contenidos y principios del Derecho foral o propio. Esta habilitación la completa el Tribunal Constitucional con una más de sus reiteradas e inconcretas advertencias sobre que, no obstante lo apuntado, tal competencia no puede entenderse como ilimitada, porque eso dejaría sin sentido lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española que atribuye la competencia sobre legislación civil al Estado - Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1992, de 16 de noviembre y Sentencia del Tribunal Constitucional 156/1993, de 6 de mayo.

Esa concurrencia o doble adscripción normativa, entre Derecho público y Derecho Privado, que puede predicarse de la regulación legal característica del ámbito normativo propio de la infancia y la adolescencia, concuerda perfectamente con la visión ofrecida al respecto por el legislador civil estatal, en una de las disposiciones legales más representativas de la regulación posterior a la Convención sobre los Derechos del Niño que irrumpieron en el Estado español a finales del siglo XX, como es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, conocedora de las carencias que presentaba su antecedente legal inmediato, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, - que por lo que ahora interesa, no incorporaba en su redactado final referencia alguna sobre el origen o la procedencia de las competencias asumidas por las Cortes Generales para normar sobre esta materia -, y tras anunciar su clara pretensión de mostrarse respetuosa con el reparto de atribuciones operado entre Estado y Comunidades Autónomas en este sector del ordenamiento jurídico; se manifiesta, acto seguido, proclive a que sus mandatos tan solo regulen y desarrollen aspectos relativos a la Administración de Justicia y a la legislación procesal y civil, para los que goza de efectiva habilitación constitucional en virtud de los apartados 5º, 6º y 8º del artículo 149.1 de la Constitución española, y, de otra, apunta abiertamente a que cualquier referencia a competencias de carácter administrativo corresponderá a las Comunidades Autónomas - de conformidad con el reparto constitucional y la asunción de las mismas por parte de los Estatutos de Autonomía -. Parece, pues, como si implícitamente se llegase a admitir la existencia de prevenciones concomitantes que supusieran o implicaran la convivencia pacífica y armonizada tanto de normas administrativas como civiles.

Corroborando esta intuición inicial, la misma Exposición de Motivos declara expresamente, con evidente alusión al ámbito sectorial inherente al Derecho privado, el respeto absoluto - "*dejar a salvo*" es la terminología empleada al efecto - a las competencias que las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho civil foral o propio puedan ejercitar sobre la materia, declarando al mismo tiempo que sus preceptos serán de aplicación subsidiaria frente a las prescripciones dictadas por los legisladores autonómicos. Tal idea es ratificada nuevamente por su disposición final vigésimo-primera, donde se nos anuncia que las disposiciones promulgadas al amparo del artículo 149.1 de la Constitución se "*aplicarán sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial*"⁸⁵⁴.

Más recientemente, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, en su disposición final quinta, indica, en la misma dirección perfilada en el párrafo anterior, que sus artículos 5, 6, 7, 8, 10 y 11⁸⁵⁵, así como su disposición final primera⁸⁵⁶, se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el artículo 149.1.8 de la Constitución española, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en el ejercicio de sus atribuciones en esta materia. Asimismo, su artículo 12 se adopta siguiendo los dictados de lo preceptuado en el

⁸⁵⁴ Tal y como se encarna de recordarnos **Herrero Perezagua, Juan Francisco**: Tutela cautelar del menor en el proceso civil. Barcelona, 1997, Ed. Cedecs, págs. 58-59, la Disposición Final vigésima primera de la Ley del Menor ha venido a arrojar una luz clarificadora sobre el tema, al presentar éste, bajo una misma denominación - la protección de menores -, aspectos varios que son atendidos en ámbitos diversos y respecto de los cuales, en virtud del territorio, la Ley del Menor tendrá una aplicación inmediata, supletoria o nula.

⁸⁵⁵ Los artículos 5 a 8, junto con el artículo 9, forman parte del Capítulo II, intitulado *Entidades Públicas y Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional*. Los artículos 10 y 11, por su parte, se refieren a la "*Idoneidad de los adoptantes*" y a las "*Obligaciones postadoptivas de los adoptantes*", respectivamente.

⁸⁵⁶ En esta disposición final se modifican algunos preceptos del Código civil, dándose una nueva redacción a los artículos 9.5, 154, 172.3 y 6 y 268, y adicionándose dos nuevos apartados al artículo 172 y uno al 180.

artículo 149.1.1 de la Constitución española, mientras que el resto de previsiones lo hacen bajo la salvaguarda de las prerrogativas exclusivas del Estado reconocidas en los apartados 3, 5 y 8 del referido artículo 149.1.

Así, de entre los distintos territorios autonómicos a los que se ha reconocido competencia suficiente para legislar sobre su propio Derecho civil: Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Baleares, Navarra y Valencia⁸⁵⁷, y sin olvidar - tal y como se ha encargado de recordarnos reiteradamente el Tribunal Constitucional - que dicha facultad no entraña la posibilidad de normar sin límite sobre todo este sector del ordenamiento jurídico privado, sino sólo sobre aquellas instituciones ya reguladas previamente o que guarden cierta conexión con las previsiones recogidas por los derechos civiles autonómicos, debemos comprobar, acto seguido, en cuáles de esas demarcaciones territoriales existía, en el momento de entrada en vigor de la Constitución española, una regulación más o menos exhaustiva sobre la dimensión privada de la protección de las personas menores de edad; para, de esta forma, identificar a los Parlamentos autonómicos con potestad real de incidencia sobre el régimen jurídico civil de las instituciones de atención y guarda de la infancia y la adolescencia.

A nuestro juicio, tres son exclusivamente, los cuerpos civiles autonómicos que, "a priori", reunirían los requisitos de vinculación advertidos en el párrafo anterior: Cataluña, Aragón y Navarra⁸⁵⁸. Únicamente en esta terna de casos, podemos afirmar

⁸⁵⁷ La propia Base 13 de la Ley de 11 de mayo de 1888, de Bases del Código civil menciona entre los territorios de Derecho Foral a Galicia, Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y Provincias Vascas. En el caso valenciano fue la sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, con ocasión de la Ley de arrendamientos históricos valencianos, la que reconoció el derecho de los valencianos a conservar, modificar y desarrollar el derecho valenciano que subsistiera en el territorio de la Comunidad - básicamente derecho consuetudinario vinculado a la tierra -.

⁸⁵⁸ De esta misma opinión son **Alonso Sánchez, Beatriz**: "La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela "ex lege", guarda asistencial y acogimiento" en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 23, 1998, pág. 43; **Tena Piazuelo, Isaac**: "Panorama de la guarda administrativa

que sus Asambleas Legislativas se erigen en verdaderos entes u organismos titulares o portadores de competencia normativa, ostentando la facultad de desarrollar, de manera más o menos profusa y extensa, un marco legal autónomo de Derecho privado sobre la materia. Procedemos a continuación, al análisis detallado de cada una de estas realidades⁸⁵⁹.

Por lo que a Aragón se refiere, su Estatuto de Autonomía, ya sea en su redacción originaria del año 1982, como en la vigente en la actualidad – Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril –, incorpora entre las materias objeto de su competencia exclusiva, las de “conservación, modificación y desarrollo del Derecho Foral aragonés” (artículo 71.2), así como la concerniente al “Derecho procesal derivado de las particularidades de su derecho sustantivo” (artículo 71.3). Estas atribuciones estatutarias, unidas a las previsiones contempladas en el texto de la Compilación de Derecho Civil de Aragón⁸⁶⁰ deberían erigirse en la clave que fundamentara la

de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 24, julio-diciembre 1997, págs. 244-25; y **Palma del Teso, Ángeles (de)**: "Las competencias de la Generalitat de Cataluña en materia de protección pública de menores" en Revista de Estudios Autonómicos y Federales, núm. 5, 2007, pág. 425.

⁸⁵⁹ Unas referencias básicas acerca de la historia del Derecho civil de Cataluña las encontramos en **Mirambell i Abancó, Antoni**: "Apèndix bibliogràfic complementari" en **Brocà i Montagut, Guillem M.**: Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. Barcelona, 1985, Ed. Generalitat de Cataluña. Departamento de Justicia, págs. 885-890.

⁸⁶⁰ El texto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Ley 15/1967, de 8 de abril, ha sufrido a lo largo del tiempo múltiples modificaciones, llegando hasta nuestros días prácticamente vacía de contenido - resta vigente su Título Preliminar, y los breves Libros III; (Derecho de bienes: artículos 143 a 148) y IV (Derecho de obligaciones: artículos 149 a 153). Así, concretando un tanto esa evolución, tras la aprobación de la Constitución de 1978, se hizo necesaria la adaptación de su contenido al texto constitucional, ello se realizó a través de la Ley de las Cortes de Aragón, 3/1985, de 21 de mayo. Posteriormente, se introdujeron dos reformas más de detalle: la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos y, la Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada. En 1996 la Comisión Aragonesa de Derecho Civil establece los objetivos y el método de la política legislativa en cuyo desarrollo se han aprobado la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad y la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona. Para un análisis más detallado de toda esta evolución, vid. **Serrano García, José Antonio**: "Derecho civil de Aragón: presente y futuro", en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, julio-diciembre 2008, págs. 109-163.

asunción por parte de las Cortes de Aragón de competencias civiles en materia de infancia. Sin ir más lejos, la sustanciada norma aragonesa contenía, en el preciso instante en que se produjo la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, un Libro I que bajo la rúbrica “Derecho de la persona y de la familia” se ocupaba, en primer lugar, de las cuestiones relativas a la capacidad de los sujetos – Título I -, a continuación, desplegaba el régimen legal básico de las relaciones entre ascendientes y descendientes – Título II ⁸⁶¹– y, finalmente, se concentraba en una dimensión más bien propia de las relaciones parentales y tutelares – Título III ⁸⁶² -.

Por tanto, amparándonos en la regulación que de los vínculos intergeneracionales, tutelares y parentales se profesaba en tales preceptos - en particular de la institución de la “autoridad familiar⁸⁶³” -, podemos aducir y testimoniar la plena competencia de las Cortes de Aragón para abordar una regulación legal específica sobre tutela, guarda, acogimiento y demás instituciones privadas de protección del individuo⁸⁶⁴. Con posterioridad, la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona,

⁸⁶¹ El Capítulo I estaba dedicado a las relaciones personales, que incluía la regulación de la autoridad familiar de los padres y de otras personas.

⁸⁶² Compuesto a su vez de tres Capítulos: el primero trataba "De la tutela", el segundo "Del Consejo de Familia" y el tercero "De la Junta de parientes".

⁸⁶³ Tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derechos de la Persona, la autoridad familiar - que no es, conceptualmente, el equivalente de la institución de la patria potestad - es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación. Habitualmente lleva consigo la gestión de los bienes del hijo, pero no como contenido de un poder paterno, sino como función aneja a la autoridad familiar que no esencial a la misma, puesto que también puede corresponder a otras personas, incluido un tutor real, al tiempo que los padres ejercen la autoridad familiar. Esta distinción y relativa disociación entre autoridad familiar y gestión de los bienes facilita también la atribución del ejercicio de la autoridad familiar a personas distintas de los progenitores - padrastro o madrastra, abuelos, hermanos mayores - sin darles acceso por ello a la gestión de los bienes.

⁸⁶⁴ En materia de adopción, si bien la Compilación de 1967 no contiene regulación específica sobre la misma, parece que la competencia normativa del legislador aragonés no puede ponerse en tela de juicio, fundado ello en la incidencia que la institución adoptiva tiene en las relaciones entre ascendientes y descendientes. La duda quedó disipada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo, en que se desestima el Recurso de inconstitucionalidad que se interpuso por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos.

vino a derogar⁸⁶⁵, en cuanto restara aplicable - Títulos I, II y III -, el Libro Primero de la citada Compilación⁸⁶⁶; y, finalmente el Código del Derecho Foral de Aragón - Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas - ha venido a ordenar y sistematizar todas las normas vigentes en Aragón reguladoras de las relaciones jurídico-privadas entre individuos.

Sentado lo anterior, y aunque pudiera presumirse que la producción legislativa aragonesa se haya caracterizado por una clara y decidida apuesta por el desarrollo de este sector del ordenamiento jurídico desde una óptica eminentemente privada, la realidad ha sido bien distinta, imponiéndose, por el contrario, una regulación generada desde una concepción estrictamente "administrativa"⁸⁶⁷.

La política normativa seguida por las Cortes aragonesas hasta principios del siglo XXI se ha caracterizado por una más que evidente falta de determinación, en muchas ocasiones injustificada, al uso efectivo de la competencia en Derecho civil de la que estatutariamente se dispone. Este aspecto, queda evidenciado de manera

⁸⁶⁵ Disposición derogatoria única de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

⁸⁶⁶ **Serrano García, José Antonio**: "Derecho civil de Aragón: presente y futuro", en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, julio-diciembre 2008, pág. 161, considera necesaria esta reforma, por abordar sistemáticamente, no sólo las instituciones de protección de menores e incapacitados en el Derecho aragonés, sino también por la construcción previa del estatuto jurídico de la persona menor de edad - en sus distintas etapas de madurez- que efectúa. En esa misma línea, se pronuncia **Delgado Echeverría, Jesús**, en la Exposición de Motivos de la propia Ley. Discrepa, en cambio, de esa opinión **Yzquierdo Tolsada, Mariano**: "Nuevos estatutos de autonomía y legislación civil" en Derecho Privado y Constitución, núm. 21, enero-diciembre 2007, págs. 363-364, que sostiene que esta Ley de las Cortes de Aragón se encuentra plagada de artículos que se limitan a repetir innecesariamente reglas que ya estaban en el Código civil español o en la Ley de enjuiciamiento civil.

⁸⁶⁷ **Hernández de la Torre Martínez, Ana**: "La convivencia de ámbitos normativos en la protección de la infancia: reflejo en la Comunidad Autónoma de Aragón" en Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 17, diciembre de 2000, pág. 304 y 309, justifica el nulo desarrollo de la competencia civil sobre la materia recordando que nos encontramos ante un servicio prestado por la Administración Pública, por lo que cabe considerar la conveniencia de homogeneidad del tratamiento de los casos en todo el territorio del Estado.

implícita, en las continuas remisiones que el articulado de la antigua Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores - sustituida en la actualidad por la Ley 12/2001, de 2 de julio - realizaba a las previsiones del Código civil español⁸⁶⁸. Esta invocación a la legislación civil del Estado se efectuaba a título de Derecho supletorio, siempre en defecto de las disposiciones civiles propias⁸⁶⁹.

El panorama descrito se ha revertido durante los primeros años del nuevo milenio con la aprobación, por parte de la Asamblea legislativa aragonesa, de dos nuevos cuerpos normativos: la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia de Aragón, y muy especialmente la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona - sustituida desde abril de 2011 por el Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo -. Ambas disposiciones responden, sin lugar a dudas, a una nueva filosofía e impulso positivo del legislador autonómico, favorable en este caso a promover y desarrollar los aspectos civiles de las instituciones tuitivas del individuo.

De acuerdo con lo apuntado, una ordenación de claro reporte y contenido administrativo, como continua siendo la Ley de Infancia y Adolescencia de 2001⁸⁷⁰,

⁸⁶⁸ **Serrano García, José Antonio**: "Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores" en Revista Pública de Navarra, núm. 12, julio-diciembre 1991, pág. 17, en sus comentarios a la antigua Ley de 1989, menciona que en la mayor parte de los casos la Ley no pretende hacer definiciones propias y, sobre todo, en aquéllos casos en los que nos encontramos ante instituciones civiles, el objeto de la Ley es exclusivamente el de llevar a cabo las correspondientes remisiones al Código civil previendo las intervenciones administrativas exclusivamente.

⁸⁶⁹ En opinión de **Delgado Echeverría, Jesús**: "Comentario al artículo 1º de la Compilación aragonesa" en **Lacruz Berdejo, José Luís (Dir.)**: Comentarios a la Compilación civil de Aragón. Zaragoza, 1988, Ed. Diputación General de Aragón, pág. 193, que defiende que el Derecho del Estado entra como supletorio del aragonés con las normas que en cada momento tenga, de acuerdo con las fuentes de producción del Derecho estatal.

⁸⁷⁰ Su Preámbulo deja bien claro que la norma está fundamentada en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma aragonesa en materia de asistencia, bienestar social, fundaciones de carácter benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Aragón, así como en la protección y tutela de menores (arts. 35.1.26, 27 y 28 del antiguo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, en su texto reformado por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre).

se complementa y coherente⁸⁷¹ ahora, con una norma de marcado cohorte civil. El Preámbulo de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona - norma incorporada de forma íntegra en el Libro I del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 -, era muy conciso y clarificador en este sentido, al afirmar que "sus preceptos son coherentes con los principios y las disposiciones de la Ley de Infancia, y procuran el adecuado engarce entre las normas civiles y administrativas"⁸⁷².

La Comunidad Autónoma de Navarra, por su parte, sustenta su competencia en materia de Derecho civil, en el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que se pronuncia en el siguiente tenor literal: "Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral".

Paralelamente a la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y de manera similar a lo acaecido en Aragón, la redacción originaria del Libro I ("De las personas y de la familia") de su Compilación de Derecho civil - Ley 1/1973, de 1 de marzo -, contenía, en el momento de la aprobación de la Constitución Española, un grupo de prescripciones referidas específicamente tanto a menores (Ley 50), como a tutela (Ley 69) e incluso

⁸⁷¹ El citado Preámbulo de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia de Aragón establece que "*en determinadas materias de naturaleza civil, la ley hace referencia a la legislación aplicable, tanto a las normas contenidas en el Código civil como a las normas civiles aragonesas hoy contenidas en nuestra Compilación del Derecho civil, incorporándose al texto las instituciones contenidas en la misma*".

⁸⁷² Dichas remisiones podemos identificarlas en los artículos 6, 52, 61.3, 63, 64, 71, 72, 73, 74, 76 y 85.2 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia.

a patria potestad (Leyes 63, 64, 65), y a adopción y prohijamiento (Ley 73)⁸⁷³. Así, poniendo en correlación ambos cuerpos normativos, parece que podemos llegar a la conclusión de que el legislador navarro no se verá, en este ámbito material que nos ocupa, vinculado por la legislación civil del Estado, sino que, por el contrario, podrá desarrollar de manera autónoma su propia normativa civil⁸⁷⁴.

No obstante, el Derecho privado navarro, al igual que sucediera en Aragón, apenas sí identifica instituciones jurídicas propias relativas a la protección de la infancia, que aporten perfiles diferentes o novedosos con respecto de los ya ofrecidos por la legislación civil del Estado, salvo la del prohijamiento, figura ésta enraizada en la tradición navarra, con una profunda aceptación social⁸⁷⁵. Si a ello le unimos el hecho de que, por regla general, esta materia suele analizarse desde el enfoque o la perspectiva particular de los principios constitucionales que propician una decisiva intervención de los poderes públicos, se hace patente que, en la práctica, las disposiciones emanadas del Parlamento navarro en este ámbito de intervención, exceden con mucho a una regulación pura y llanamente privatista, correspondiendo

⁸⁷³ Para un estudio en mayor profundidad sobre la figura del prohijamiento vid. **Alonso Pérez, María Teresa**: "Acerca del prohijamiento en el Derecho navarro" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 12, julio-diciembre 1991, págs. 135-144.

⁸⁷⁴ Para **Balana Asurmendi, María Jesús**: "Autonomía de la voluntad del paciente menor de edad en Navarra" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 48, julio-diciembre 2009, págs. 189-190, considera que a tenor del artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, el desarrollo del Fuero de Navarra no encuentra más límites, además de los previstos en la Constitución, que los derivados del propio objeto a desarrollar, de sus instituciones y de sus principios informadores en cuanto sistemas jurídicos autónomos de raíz histórica. Por su parte, podemos destacar el informe del **Defensor del Pueblo**: Estudio sobre la situación del menor en centros asistenciales y de internamiento y recomendaciones sobre el ejercicio de las funciones protectora y reformadora. Madrid, 1991, Ed. Publicaciones del Defensor del Pueblo, pág. 313, en el que se consideró que la Comunidad Autónoma de Navarra era la única que contaba con normas de aplicación preferente al Código civil estatal en materias jurídico-civiles relacionadas con la protección de menores al existir en el Fuero Nuevo normas relativas a la adopción y al prohijamiento.

⁸⁷⁵ La redacción actual de los artículos 73 y 74 de la Compilación del Derecho civil de Navarra viene dada por la Ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la cual se modifica el Fuero Nuevo de Navarra.

su ordenación en buena medida al Derecho público y, concretamente, al administrativo⁸⁷⁶.

En definitiva, y a modo de síntesis, podemos concluir afirmando que, en primer lugar, y en virtud del título competencial contenido en el artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, la Comunidad Autónoma detenta competencia exclusiva y plena para regular el régimen sustantivo civil de todas las instituciones jurídicas sobre protección de menores reguladas en la Compilación de Derecho civil Foral⁸⁷⁷. Es más, de la expresión "*conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral*" cabe derivarse algo más que el simple y estricto despliegue de los supuestos institucionales tradicionalmente característicos de los respectivos territorios y divergentes del Derecho estatal⁸⁷⁸.

De igual modo, y en virtud del artículo 44.23 de la propia Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra⁸⁷⁹, esta Comunidad Autónoma también detenta plenas competencias legislativas y reglamentarias para regular mediante normas de Derecho público los aspectos

⁸⁷⁶ **Beltrán Aguirre, Juan Luís**, op. cit. pág. 118.

⁸⁷⁷ Esta competencia exclusiva ha sido calificada por diversos autores como histórica por cuanto Navarra ya ejercía competencias en esta materia con anterioridad a la Constitución y Amejoramiento Foral. Así, **Pulido Quecedo, Manuel**: "En torno a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: su sistema de competencias" en Revista de Administración Pública, núm. 99, septiembre-diciembre 1982, pág. 176 y **De Pablo Contreras, Pedro**: "Tres competencias de Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones y centros de contratación de mercadería y valores" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 3, enero-junio 1987, pág. 39.

⁸⁷⁸ **Muñoz Machado, Santiago**: Derecho Público de las Comunidades Autónomas I. Madrid, 1982, Ed. Civitas, pág. 631.

⁸⁷⁹ De acuerdo con dicho precepto "Navarra tiene competencia exclusiva sobre instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, conforme a la legislación civil del Estado".

administrativos de las instituciones y establecimientos de protección y tutela de menores. Esta eventualidad, sin ir más lejos, se ha concretado en la Ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia.

Es por este motivo, que sostenemos que la normativa navarra en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia nos brinda un evidente contraste entre el gran número de disposiciones administrativas existentes, frente a la escasez de la regulación privatista⁸⁸⁰. Tal circunstancia, no obstante, en sí misma considerada, no debiera erigirse, en modo alguno, en *ratio decidendi* o pauta de conducta que justificara la aparición de diversos compartimentos estancos e incommunicados entre sí al tratar de esta materia de tan importante trascendencia social.

Idéntica posición parece ser la adoptada por el actual legislador navarro. Buena muestra de ello nos la ofrece la mismísima Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Esta norma, tras proclamar y admitir en su Exposición de Motivos que "*de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44, números 17, 18 y 23 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, la Comunidad Foral ostenta competencia exclusiva en materia de asistencia social, política infantil y juvenil, y de instituciones y establecimientos públicos de protección y tutela de menores y de reinserción social, así como de competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral, según lo dispuesto en el artículo 48 de la citada Ley Orgánica*", detalla en su disposición final primera, tras la rúbrica "naturaleza del articulado", un listado de doble lectura en el que se clasifican o redistribuyen los preceptos de la citada norma en atención a cuál sea su naturaleza civil o administrativa. El punto primero reúne las disposiciones que son adjetivadas

⁸⁸⁰ **Beltrán Aguirre, Juan Luís**, op. cit. pág. 131. Por su parte, **Alonso Pérez, María Teresa**, op. cit. pág. 145, lleva a cabo esta misma reflexión tomando como ejemplo las instituciones del prohijamiento y el acogimiento.

como civiles y, por consiguiente, han sido dictadas al amparo del artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra⁸⁸¹; mientras que en su punto segundo, se congregan las reglas adoptadas bajo los parámetros específicos del derecho público en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución Española⁸⁸².

Por último, y por lo que al caso catatán se refiere, cabe apuntar que la atribución legislativa sobre la materia se fundamenta en la regulación contenida en el Título II del Libro I de la Compilación de 1960, alusiva a la "*adopció*n"⁸⁸³, y en ciertas disposiciones tradicionales de carácter meramente consuetudinario⁸⁸⁴.

⁸⁸¹ De entre los preceptos dictados al abrigo del artículo 48 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, destacan los relativos a las normas de conflicto entre distintos ordenamientos jurídicos - artículo 2.3 -; a la determinación del concepto, la fijación de los requisitos de concesión y las causas de revocación de la acreditación, así como el régimen legal aplicable a las entidades colaboradoras de atención a los menores - artículos 9, 11 y 12 -; la previsión de la noción, las causas, la notificación, el recurso y el cese de la situación administrativa de desamparo - artículos 34.2 y 4, 36, 49, 50, 51.4, 52.1, y artículo 53 -; la definición, la competencia y los contenidos de la guarda, así como su duración, objetivos, ejercicio y cese - artículos 58, 59, 60.2, 3, 4, 6 y 7, 61.1 y 4, y 62 -; la asunción y el ejercicio de la tutela administrativa por parte del organismo competente en materia de protección de menores - artículos 63, 64 y 65. 1, 2 y 3 -; el desarrollo de la institución legal de la tutela ordinaria - artículo 66 -; la regulación legal de la figura del acogimiento, en sus distintas modalidades, como medida protectora de los menores desamparados - artículos 67, 68.1 y 2, 71 y 72 -; y, finalmente, la previsión de los requisitos necesarios para poder adoptar, así como el establecimiento de los criterios para valorar de la idoneidad en la adopción nacional e internacional -artículos 73 f), 74, 77, 78 y 80 -.

⁸⁸² Para determinar este grupo de preceptos, el punto segundo de la disposición final primera de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, utiliza un criterio de exclusión con respecto a los incluidos en el punto primero de la misma disposición.

⁸⁸³ Debemos tener también presentes las palabras de **Roca Trias, Encarna**: "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles en las distintas Constituciones y en la vigente" en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, págs. 27-28, al afirmar que la competencia legislativa civil de la comunidad autónoma catalana no se circunscribe a los límites de su actual Compilación, sino que se amplía a todas aquellas materias cuya regulación no ha sido reservada en exclusiva al Estado. Por su parte, **Badosa Coll, Ferran**: "La potestat del pare i de la mare" en **Hernández-Moreno, Alfonso y Villagrasa Alcaide, Carlos (Coords.)**: El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya. Barcelona, 2000, Ed. Cedecs, págs.313-314, afirma que de la mano de la adopción, no sólo las medidas de protección han entrado en la "materia civil". También lo ha hecho la propia situación de desamparo.

⁸⁸⁴ Comentarios a esas normas de origen consuetudinario pueden encontrarse en **Oliver, Bienvenido**: Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia: Código de las costumbres de Tortosa. Tomo II. Madrid, 1878, Ed. Imprenta de Miguel Ginesta, págs. 358-360; **Oliver, Bienvenido**: Estudios históricos sobre el Derecho

Una de las acepciones otorgadas desde antaño a la institución jurídica adoptiva, tanto en el Código civil español como en la tradición jurídica catalana, ha sido la de considerarlo como una medida de protección de los menores en situación de desamparo, como si fuese la *última ratio* a aplicar en aquellos casos en los que se constate que la familia biológica ya no es "recuperable" por ninguno de los medios puestos a su alcance - en términos de velar por el adecuado y pleno desarrollo integral de la personalidad del niño, niña o adolescente -, siempre y cuando tal remisión responda al principio del *favor filii*. Estaríamos, pues, ante un acto jurídico, que si bien es cierto que crea un vínculo de parentesco que establece relaciones jurídicamente análogas y equiparadas a las que resultan de la relación paterno-filial o materno-filial por naturaleza - *adoptio imitatur naturam* -, también puede ser concebido como un mecanismo de protección de aquellos menores que se encuentren en situación de abandono o de desamparo estructural, de forma que ambas funciones se complementarían de manera recíproca⁸⁸⁵.

civil en Cataluña. Madrid, 1967, Ed. Librería española, págs. 9-35; **Aunós Pérez, Antonio**: El Derecho catalán en el siglo XIII. Barcelona, 1926, Ed. Helios, págs. 71-72; **Faus, Joseph**: "Los capítulos matrimoniales en la Comarca de Guissona (Cataluña segriana)" en Revista Jurídica de Cataluña, XIII, 1907, págs. 398-399; **Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen y Salvador Coderch, Pablo**: "La adopción en Cataluña, después de la Ley de 4 de julio de 1970" en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Tomo II. Filiación y Adopción. Barcelona, 1974, Ed. Cátedra Durán y Bas. Universidad de Barcelona, págs. 184-186; y, en **Mirambell i Abancó, Antoni**: "Comentario al artículo 2º de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la Compilación del Derecho Civil de Cataluña" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVII, Vol. I. Madrid, 1981, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 146-160.

⁸⁸⁵ **Gómez Campelo, Esther**: La Ley 54/2007, de adopción internacional: un texto para el debate. Acercamiento crítico a algunas de sus propuestas. Madrid, 2009, Ed. Reus S.A., pág. 8. De esa misma opinión es **Espinar Vicente, José María**: El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado. Madrid, 1996, Ed. Civitas, pág. 361, que considera que la adopción en nuestro sistema cumple tres funciones básicas directamente ligadas a la pluralidad de modelos familiares que se reconocen y a los sistemas de protección del menor que se prevén. Por un lado, constituye la institución en la que deben culminar las medidas tuitivas derivadas de las situaciones de abandono y desamparo estructural. De otro lado - e íntimamente ligada a la primera de estas funciones - la adopción se erige como el vehículo más idóneo para que las personas, los matrimonios y las parejas de hecho análogas a las matrimoniales puedan reproducir un esquema de relaciones paterno-filiales y materno-filiales idéntico al que se constituye por naturaleza. Finalmente, puede constituir un mecanismo apropiado para incardinar a los huérfanos e hijos de divorciados en la familia más próxima a sus intereses efectivos, sociales y económicos.

En efecto, la adopción no deja de ser una creación técnica del Derecho, concebida para las funciones más diversas y cuyas finalidades han ido mutando a lo largo del devenir histórico, desde el robustecimiento y continuidad de la familia del adoptante, pasando por su consideración como *imitatur naturam*, hasta su acepción como medida de atención y guarda de menores desvalidos.

En el momento de la codificación, ni la sociedad ni el pensamiento filosófico-jurídico de la época mostraron excesiva preocupación por la protección de la familia en general o de las personas menores de edad en particular, y por tanto, los legisladores de finales del siglo XIX no sintieron la necesidad ni la presión de regular en detalle estas materias. Sin ir más lejos, la introducción de la institución de la adopción en los textos francés, italiano y español provocó una ardua polémica en el seno de las respectivas comisiones codificadoras⁸⁸⁶.

⁸⁸⁶ **Fenet, Pierre Antoine**: Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Réimpression de l'édition 1827. Osnabrück, 1968, Tome X, Ed. Otto Zeller, págs. 247-478. En concreto en la página 247 se nos muestra como en la presentación del proyecto de ley francesa sobre adopción, el 27 de noviembre de 1801, el Primer Cónsul francés, M. Berlier, partidario de dicha institución, identifica, no obstante, la existencia de una corriente doctrinal defensora de la idea de que la adopción era una institución completamente inútil para un Estado, Francia, donde la beneficencia podía asumir esa función. También se pronuncia sobre el caso francés **Lacruz Berdejo, José Luís**: Elementos de Derecho civil. Tomo IV. Familia. Madrid, 2008, 3ª edición, Ed. Dykinson, pág. 368, constatando que si bien es cierto que el Code admitió esta figura, a propuesta del Consejo de Estado, tras una polémica y en méritos a la enérgica defensa que de la misma realizó el Primer Cónsul, no es menos evidente que se reguló en forma poco definida, con efectos muy limitados, y sometida a tales requisitos que la hacían casi impracticable. Finalmente, **Castro Lucini, Francisco**: "Los derechos sucesorios del hijo adoptivo" en Anuario de Derecho civil, 1962, págs. 618-619, pone de manifiesto que al redactarse el Código civil francés, el Primer Cónsul - quien al parecer quería utilizar la institución para sus fines personales, pues en ausencia de herederos tenía intención de adoptar al hijo de Josefina, Eugène de Beauharnais, o al hijo de la Reina Hortensia - se mostró partidario de conceder los máximos efectos a la adopción. A pesar de ello, después de las sesiones del Consejo de Estado, varió el criterio de Napoleón, quien cedió ante el parecer de sus legistas, y así pudo declarar Berlier en la Exposición de Motivos presentada al Cuerpo Legislativo que "*les auteurs du projet n'avaient pas pris en considération les lois romaines lesquelles ne pouvaient convenir à nos mœurs, mais qu'ils avaient trouvé le vrai point de départ dans le Code prussien*". Por lo que al caso italiano se refiere, **Ferrando Guilda**: "L'adozione ordinaria. Problemi, prospettive e ipotesi sistematiche" en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1979, pág. 443, nos relata como la adopción encontró una clara oposición cuando trató de ser incorporada al Código civil italiano de 1865. Esta institución llegó a ser calificada por el Ministro Pisanelli como una figura legal que traía origen de un concepto aristocrático no aceptado en sus tiempos.

Realmente, en la literatura científica decimonónica, la *adoptio* era una institución en desuso y se advertía bastante desacreditada⁸⁸⁷. Se manifestaba al respecto que contribuía a debilitar los vínculos familiares en perjuicio de los legitimarios, o que fomentaba las relaciones ilícitas y retraía a los hombres del matrimonio. A pesar de todo, los Códigos civiles regularon esta figura, pues la opinión más generalizada era la de cierta indiferencia ante su escasísima significación social⁸⁸⁸.

En España, el Proyecto de Código civil de 1851, a pesar de regular la adopción en el Título V de su Libro I - artículos 133 a 141-, parecía no reconocer como propia a nuestras costumbres a esta institución. Así se hace patente en las Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil español elaboradas por Florencio García

⁸⁸⁷ Así nos lo recuerdan **Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen y Salvador Coderch, Pablo**, op. cit. pág. 127. En idéntica línea **Lacruz Berdejo, José Luis**, op. cit. pág. 367, entiende que en la época de la codificación había decaído la función originaria de la adopción, ya que se había aprovechado para fines fraudulentos, y aún no se había perfilado su función benéfica, lo cual, unido a una regulación rígida y compleja, explica las críticas de la doctrina mayoritaria. También **Oliver, Bienvenido**, op. cit. pág. 358 y **Aunós Pérez, Antonio**, op. cit. págs. 71-72, apuntan que la doctrina legal sobre la adopción era muy escasa en las *Costums - catalanas -*, sin duda porque ya iba cayendo en desuso esta institución durante la Edad Media. Esta figura era identificada en las *Costums* como *affillament*.

⁸⁸⁸ **Gutiérrez Fernández, Benito**: Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tomo I. Madrid, 1881, 5^a edición, Ed. Librería de Gabriel Sánchez, págs. 767-768, no considera ni tan útil la adopción que parezca indispensable por sus ventajas, ni tan perjudicial como para desear verla suprimida por sus inconvenientes. Concluye este autor afirmando que la adopción será innecesaria,, indiferente, pero no puede concebirse que sea inmoral. Reflexiones similares las encontramos en **Gómez de la Serna, Pedro y Montalbán, Juan Miguel**: Elementos del Derecho civil y penal de España. Tomo I. Madrid, 1881, 13^a edición, Ed. Librería de Sánchez, pág. 418; **Viso, Salvador (del)**: Lecciones elementales de Derecho civil. Tomo I. Valencia, 1879, 4^a edición, Ed. Juan Mariana y Sanz, pág. 182; **Domingo de Morató, Domingo Ramón**: El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de Juan Sala. Tomo I. Valladolid, 1868, Ed. Librería Nacional y Extranjera de hijos de Rodríguez, pág. 170; **Fernández Elías, Clemente**: Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español. Madrid, 1880, Ed. Librería de Leocadio López, págs. 494-496; **Falcón, Modesto**: Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Barcelona, 1888, 3^a edición, Ed. Tipografía Industrial-Económica, págs. 321-322; **Hinojosa Menjoulet, José**: Tratado científico sobre el Derecho civil, común y foral de España: precedido de una introducción histórica e ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tomo I. Granada, 1883, Ed. Librería de José López Guevara, pág. 439; y **Alcalde Prieto, Domingo**: Curso teórico-práctico, sinóptico bibliográfico de Derecho civil español, común y foral. Valladolid, 1880, Ed. Librería Nacional y Extranjera de los hijos de Rodríguez, pág. 211. Una situación muy similar a la descrita se dio también en Portugal. Para un estudio detallado de esta realidad portuguesa vid. **Oliveira, Guilherme (de)**: Curso de Direito da Família. Vol. II. Direito da filiação. Tomo I. Estabelecimento da filiação. Adopção. Coimbra, 2006, Ed. Coimbra Editora, págs. 262-268.

Goyena, donde se nos describe como "hubo en la Sección de codificación una casi unanimidad para pasarla en silencio - refiriéndose a la adopción -; pero habiendo hecho presente un vocal andaluz que en su país había algunos casos, aunque raros, de ella, se consintió en dejar este título con la seguridad que sería tan rara y extraña en adelante, como lo ha sido hasta ahora, y porque al fin este título no es imperativo, sino permisivo o facultativo, y de una cosa que puede conducir a sentimientos dulces y benéficos"⁸⁸⁹.

El Código civil de 1889 fue congruente con esta corriente doctrinal y social. Se permitía y se regulaba la figura de la adopción - como única institución protectora de la infancia - si bien sometida a unas condiciones muy rigurosas, estableciéndose única y exclusivamente en interés de los adoptantes y con unos efectos extremadamente reducidos⁸⁹⁰. En general, se trataba de una normativa rodeada de prevenciones que se resumían perfectamente en la Base 5ª de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. Se fijarán - mentaba - "...las condiciones de edad, consentimiento y prohibiciones que se juzgue bastantes a prevenir los inconvenientes que el abuso de este Derecho pudiera traer consigo para la organización natural de la familia". Esta situación provocó que la normativa en cuestión no diera respuesta adecuada a las necesidades de las personas menores de edad y menos aún que tuviera presente el interés de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono, lo que obligó a

⁸⁸⁹ **García Goyena, Florencio**: Concordancias, Motivos y Comentarios al Código civil español. Vol. I. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial, pág. 148. No obstante, el propio jurista y político español, reconoce la importancia que tuvo la adopción entre los romanos, y por el contrario, que no estuvo presente en las costumbre de los godos; así como fue ningún vestigio de ella se encuentra en el Fuero Juzgo.

⁸⁹⁰ **Díez-Picazo, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio**: Sistema de Derecho civil. Volumen IV. Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Madrid, 2007, 10ª edición, Ed. Tecnos, pág. 273, destacan que el Código civil español, frente a la polémica entre los partidarios de excluir la adopción del cuadro de las instituciones civiles y los partidarios de conservarla, siguió a los modelos latinos: recogió la figura, pero la reguló con unos perfiles muy borrosos e imprecisos.

tener que indagar alternativas adecuadas fuera del ámbito civil, para lograr así cubrir tales lagunas⁸⁹¹.

Como resultado, vinculadas al ámbito administrativo, se dictaron disposiciones como la Orden de 30 de diciembre de 1936, sobre acogimiento de niños huérfanos y abandonados y constitución de Juntas locales de colocación familiar; la Orden de 1 de abril de 1937, sobre acogimiento familiar de niños abandonados; y la Ley de 17 de octubre de 1941, de adopción de los acogidos en Casas de Expósitos u otros Establecimientos de Beneficencia⁸⁹².

El panorama descrito no revertió sino hasta los años cincuenta, momento en que se inició en Europa un proceso social proclive a realzar los valores de la solidaridad y la ayuda a los menores en situación de desamparo. Esta circunstancia impulsó a los Estados, y España no fue una excepción, a modificar los principios inspiradores del Derecho de familia y de la filiación. Sin duda, una de las causas que favorecieron esa incipiente visibilización social de las cuestiones relacionadas con la infancia y la adolescencia fue el gran número de niños y niñas huérfanos/as y abandonados/as que había en Europa tras la II Guerra Mundial - y en España tras la Guerra Civil -⁸⁹³.

⁸⁹¹ **Escudero Lucas, José Luís**, op. cit. pág. 40, resalta que en su redacción originaria el Código civil omite toda referencia y, por supuesto, carece de todo privilegio a favor de los menores abandonados. No es que éstos no existieran ni que, a otros efectos, no gozaran de cierto reconocimiento social, ni que se careciese de precedentes para su protección; más bien se puede atribuir a que la adopción se concebía como una institución enclenque e inoperante, incapaz de brindar en la práctica la protección que los menores abandonados podían requerir. Idéntico parecer nos muestra **Arce Flores y Valdés, Joaquín**: "El abandono y su declaración judicial - en el orden a la adopción de menores abandonados -" en Revista de Derecho Privado, 1978, pág. 351.

⁸⁹² Un proceso similar se produjo en Italia con el "*affidamento*" familiar. Esta institución se reguló por normas administrativas hasta la Ley de Adopción de 1983, que lo ha introducido en el ámbito o contexto civil.

⁸⁹³ **González León, Carmen**, op. cit. págs. 17-18.

Para responder a esta realidad y a las nuevas ideas imperantes, los ordenamientos jurídicos empezaron a reformar la figura de la adopción, que poco a poco se fue configurando como un vínculo de filiación establecido en beneficio de la persona menor de edad. Cuando se varían sustancialmente los fines de la adopción y surgen, junto a la tradicional, figuras de teleología benéfica, la crítica a la institución, en general, se tornó favorable⁸⁹⁴.

En ese contexto social, fuertemente influido por el naciente movimiento filantrópico, vio la luz la reforma al Código civil introducida por la Ley de 24 de abril de 1958⁸⁹⁵. Este texto tuvo el claro propósito de vigorizar el contenido de la adopción y superar los estrechos perfiles y borrosos efectos con que la redacción originaria del Código civil la dibujaba. Para lograr tal objetivo, se tomó como punto de partida la distinción entre dos clases de adopción: la plena y la menos plena. La primera de ellas se reservaba para los expósitos y los abandonados y se intentaba asimilar lo más posible a la valorada por entonces como auténtica filiación⁸⁹⁶.

La mejora introducida por la reforma de 1958 supuso ciertamente una regulación más dinámica de la adopción, pero inmediatamente se demostró insuficiente - así lo recalca el propio Preámbulo de la Ley 7/1970, de 4 de julio⁸⁹⁷ - y obligó al legislador español a tratar de superar los obstáculos presentados mediante la aprobación de un nuevo documento normativo, que alteró una vez más el redactado de los artículos 172 a 180 del Código civil español.

⁸⁹⁴ **Lacruz Berdejo, José Luís**, op. cit. pág. 367.

⁸⁹⁵ Ley de 24 de abril de 1958. Boletín Oficial del Estado, núm. 99, de 25 de abril de 1958.

⁸⁹⁶ **Díez-Picazo, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio**, op. cit. pág. 274.

⁸⁹⁷ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, sobre adopción. Boletín Oficial del Estado, núm. 161, de 7 de julio de 1970.

La tónica dominante en la Ley 7/1970, de 4 de julio, fue la de facilitar las adopciones y el robustecimiento del vínculo nacido de la adopción. Para alcanzar tal propósito no se limitó, como con anterioridad, la adopción plena a la de expósitos o abandonados. Se siguieron, eso sí, conservando dos clases de adopciones, que pasaron a denominarse plena y simple - se elimina el concepto de menos plena, pues aunque era gramaticalmente correcto parecía denotar una adopción de entidad escasa y provocaba una cierta aureola de recelo -. Además, y en orden a las prohibiciones para adoptar, la Ley suprimió la relativa a las personas que ya tienen descendencia. Este inciso aproximaba el Derecho común al catalán, en el que, a tenor de la Compilación especial de Derecho civil y al Derecho Justiniano, no existía la llamada prohibición de descendientes⁸⁹⁸.

A pesar de que las reformas del Código civil del año 1981 no afectaron directamente a la institución de la adopción⁸⁹⁹, las variaciones generalizadas que ésta introdujo en el resto del Derecho de familia sí que repercutieron inevitablemente en su régimen jurídico, motivando la necesaria adaptación de algunos de sus preceptos. Así, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, configuró y caracterizó, por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, el instituto de la adopción como una forma o modalidad de filiación, estableciendo al respecto la nueva redacción que se dio al artículo 108 del Código civil que "la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción"⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ **Faura, Figa**: Manual de Derecho civil catalán. Barcelona, 1961, Ed. Bosch, págs. 372-375.

⁸⁹⁹ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Boletín Oficial del Estado, núm. 119, de 19 de mayo de 1981. También introdujo algunos pequeños retoques la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. Boletín Oficial del Estado, núm. 172, de 20 de julio de 1981.

⁹⁰⁰ **Chacón Villar, Pablo**: "Comentarios al artículo 39 de la Constitución" en **Casas Baamonde, María Eulalia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.)**: Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario. Toledo, 2009, Ed. Fundación Walters Kluwer, pág. 1008.

Posteriormente, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre⁹⁰¹, transformó, una vez más, la figura de la adopción. Según su Exposición de Motivos, "se acusaba, sobre todo, en la legislación anterior una falta casi absoluta de control de las actuaciones que preceden a la adopción, necesario si se quiere que ésta corresponda a su verdadera finalidad social de protección a los menores privados de una vida familiar normal. Esta ausencia de control permitía en ocasiones el odioso tráfico de niños, y daba lugar, otras veces, a una inadecuada selección de los adoptantes. Desde otro punto de vista, resultaba inapropiado el tratamiento dado a los supuestos de abandono de menores, porque, debido a su rigidez, impedía o dificultaba en la práctica la realización de adopciones a todas luces recomendables. También pueden citarse, como otros inconvenientes, la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad y la misma pervivencia de la adopción simple, reducida a una forma residual de escasa trascendencia jurídica y que sólo se utilizaba en la mayoría de las ocasiones para fines marginales no merecedores de una protección especial".

Esta reforma, además de eliminar la adopción simple, pretendía fundamentar esta institución en dos principios esenciales: su configuración como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. La primera de estas máximas llevó consigo que la adopción sólo se admitiera, salvo supuestos muy excepcionales, para los menores de edad y que, como medida previa, no imprescindible pero sí muy recomendable, se regulara con carácter sustantivo una nueva figura, cual es el acogimiento familiar.

⁹⁰¹ Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil en materia de adopción. Boletín Oficial del Estado, núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

Acto seguido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁹⁰², de protección jurídica del menor, vino a subsanar ciertas lagunas que se habían evidenciado con la puesta en práctica de la Ley de 1987. Mención especial mereció el acogimiento familiar, institución ya introducida por la citada Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que vino a acomodarse y a adaptarse a las circunstancias variables en las que pudiera encontrarse una persona menor de edad⁹⁰³. También se abordó, por primera vez en España, la regulación de la adopción internacional.

Finalmente, la última modificación recaída sobre el grupo de preceptos que desarrollan la adopción y otras formas de protección de menores en el Código civil español, ha sido la operada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional⁹⁰⁴. Esta disposición presenta un doble objetivo: por un lado, ofrecer una regulación normativa sistemática, coherente y actualizada que permita dar respuesta al fenómeno emergente de la adopción internacional; y, de otro, introducir ciertas modificaciones en la redacción de determinados mandatos comprendidos en el Código civil⁹⁰⁵ - artículos 154, 172, 180 y 268 -⁹⁰⁶. Con ello se ratifica, una vez

⁹⁰² 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. Boletín Oficial del Estado, núm. 15, del 17 de enero, de 1996.

⁹⁰³ La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, incorpora tres tipos de acogimiento. Junto al acogimiento simple, cuando se dan las condiciones de temporalidad, en las que es relativamente previsible el retorno del menor a su familia, se introduce la posibilidad de constituirlo con carácter permanente, en aquellos casos en los que la edad u otras circunstancias del menor o de su familia aconsejan dotarlo de una mayor estabilidad, ampliando la autonomía de la familia acogedora respecto de las funciones derivadas del cuidado del menor, mediante la atribución por el Juez de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades. Por último, también se recoge expresamente la modalidad del acogimiento preadoptivo que en la norma precedente aparecía únicamente en la exposición de motivos.

⁹⁰⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

⁹⁰⁵ Con el nuevo texto de estos preceptos se da respuesta a los requerimientos efectuados por el Comité de los Derechos del Niño, que en sus informes valorativos de la situación de la infancia y la adolescencia en el Estado español había venido mostrando su preocupación por la posibilidad de que la facultad de corrección moderada que hasta el momento se reconocía a los padres y tutores, pudiera contravenir el artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989.

más, la tendencia mayoritaria apuntada, proclive a asociar la adopción con la protección de menores, al declarar en su Exposición de Motivos que "en aplicación de la Constitución y de los instrumentos legales internacionales en vigor para España, esta nueva norma concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que no pueden encontrar una familia en sus países de origen". Idéntica argumentación se reitera al tratar de justificar la inclusión en su disposición final primera de la propuesta de reforma de determinados preceptos del Código civil⁹⁰⁷. Por último, el propio Título III de la Ley de Adopción Internacional se intitula "*Otras medidas de protección de menores*" - artículos 32 a 34 -, denotando con ello que la naturaleza jurídica de la adopción - para el caso de la presente norma, la internacional - es prioritariamente una modalidad de medida protectora, sin obviar, no obstante, que también nos encontramos ante una clase o tipo de filiación que, por ende, goza de una autonomía propia⁹⁰⁸.

Una vez analizada la evolución, las idas y venidas, en definitiva, sufridas por el acto jurídico adoptivo en las previsiones del Código civil español, podemos concluir afirmando que la representación de la adopción como mecanismo de intervención al servicio de las Administraciones públicas competentes, es todavía una rémora que

⁹⁰⁶ Estas reformas serán de aplicación supletoria respecto del derecho propio de aquellas Comunidades Autónomas que lo posean.

⁹⁰⁷ Para ser más exactos, la Exposición de Motivos de la citada norma se pronuncia en el siguiente tenor: "*Por otro lado se aprovecha el evidente vínculo que une la adopción con la protección de los menores para abordar la reforma de los artículos 154, 172, 180 y 268 del Código civil*".

⁹⁰⁸ **Gómez Campelo, Esther**, op. cit. pág. 69 y págs 134-135, es de la opinión que la adopción internacional no puede ser regulada por las Comunidades Autónomas, ni siquiera si ostentan la competencia propia en Derecho civil; una cosa es regular aspectos administrativos o procedimentales en la tramitación y otra es la ordenación sustancial de una materia que no forma parte de sus atribuciones normativas. Ello a pesar de que, la propia autora, en nota a pie de página, reconoce la regulación que el Código de Familia catalán realizaba sobre la materia. Finalmente, esta jurista pone de manifiesto el dispar tratamiento que, a su parecer, ha recibido la reglamentación de la adopción internacional en las diferentes Comunidades Autónomas, criticando que con la Ley de 2007 se ha desaprovechado una excelente ocasión para reclamar precisión en el reparto de tales competencias.

permanece inalterable en algunos de los preceptos de la norma civil española que tratan a día de hoy el régimen jurídico de esta figura legal⁹⁰⁹. La propia ubicación sistemática que se atribuye a esta institución en el seno del *corpus civile* sería una buena muestra de ello. No olvidemos que, el Capítulo V del Título VII del Libro I del Código civil, artículos 172 a 180, entre los que se enmarcan los relativos a la adopción, lleva por rúbrica "De la adopción y otras formas de protección de menores"⁹¹⁰.

Analizado el ciclo evolutivo proseguido por la adopción en la legislación civil del Estado, procedemos a continuación, al estudio de la recepción y desarrollo que esta figura ha tenido en la normativa privada catalana para, así, tratar de confirmar - tal y como aconteciere con las previsiones del Código civil español -, que esta institución guarda una estrecha relación con el ámbito específico de la atención y asistencia de las personas menores de edad, es decir, que la adopción también se configuró en Cataluña como una medida protectora, la última, de la infancia y la adolescencia en

⁹⁰⁹ **Gómez Campelo, Esther**, op. cit. pág. 13, considera que hablar de adoptandos es pues, por definición, pensar en menores afectados por una situación irreversible de desamparo. Idéntica reflexión realiza **Espínar Vicente, José María**, op. cit. pág. 362, al afirmar que el colectivo de posibles "*adoptandos*" se identifica, al menos por regla general, con el de los menores que se encuentran bajo la tutela de una entidad pública, ya sea en régimen de acogimiento familiar o en un hogar funcional, siempre que no exista para ellos la posibilidad de ser reinsertados en sus propias familias. Las demás adopciones, concluye este autor, tienen un carácter excepcional si no tanto en la letra de la ley sí en el espíritu de la construcción que se ha ido articulando a lo largo de estos últimos lustros. Por su parte, **Alonso Crespo, Evelia**: Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. Formularios. Anexos. Las Rozas (Madrid), 2004, Ed. La Ley Actualidad, págs. 34-35, apunta que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores, conocida como la Ley de Adopción, al impregnar la actual naturaleza de la adopción de aspectos de carácter predominantemente público, acoge una remozada filosofía de la adopción, que se erige en instrumento de protección de menores desvalidos. También, **González León, Carmen**: El abandono de menores en el Código civil. Barcelona, 1995, Ed. José María Bosch Editor, pág. 22, defiende que en los casos en que el fracaso de la familia natural es grave y definitivo, la adopción es el mecanismo de asistencia más apropiado para el menor, porque garantiza su integración en una nueva familia y crea una relación de filiación equivalente en efectos a la filiación por naturaleza.

⁹¹⁰ Muchos autores consideran tremendamente desafortunado que bajo el epígrafe del Título VII del Libro I del Código civil, intitulado "De las relaciones paterno-filiales" - artículos 154 a 180 - se contengan no única y exclusivamente las relaciones jurídicas entre progenitores e hijos, sino que también se desarrolle el sistema público de protección a la infancia y la adolescencia.

situación de vulnerabilidad. El resultado de esta hipótesis nos puede proporcionar una evidencia prácticamente indubitada que corroboraría el argumento proclive a pensar que el Parlamento catalán ostentaba regulación en el ámbito civil, cierto es que embrionaria, en materia de protección a la infancia y la adolescencia en el momento en que fue aprobada la Constitución española de 1978. Este hecho, unido a la técnica de las materias conexas utilizada para interpretar la fórmula "conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan", propia del artículo 149.1.8 de la Constitución española, vendrían a justificar la asunción por parte de la Generalitat de Cataluña de competencias exclusivas en este sector del ordenamiento jurídico.

En el derecho civil catalán tradicional, la adopción se ordenó por las previsiones del derecho justiniano, que nunca gozaron de una gran aceptación práctica, ya que los presupuestos sociológicos y familiares característicos de la *adoptio* romana difícilmente encontraron su acomodo en la realidad doméstica catalana⁹¹¹. La preocupación por los aspectos sucesorios derivados de la adopción fue una de las constates que marcaron la evolución de esta institución a lo largo de todo el periodo romano, centrado particularmente en delimitar los derechos hereditarios del

⁹¹¹ **Pintó Ruiz, José:** "Comentario al artículo 6º de la Compilación de Cataluña" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXVII. Vol. I (artículos 1 a 5 de la Compilación de Cataluña). Madrid, 1981, Ed. Edersa, pág. 235, afirma que el profundo realismo del pueblo catalán y su consecuente aversión a los artificios e imitaciones que se alejan de la auténtica verdad se ha puesto, una vez más, de manifiesto mediante el relativamente escaso uso que se ha hecho de la adopción en cuanto ésta ha sido concebida como una imitación de la naturaleza. Reitera el autor esta misma idea en la pág. 239, al concluir que la adopción en Cataluña no era una institución practicada frecuentemente, antes al contrario, resultaba poco utilizada por no cuadrar con el sentido realista y biológico que los catalanes tienen de la relación paterno-filial. En igual sentido, **Pella y Forgas, José:** Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil español. Barcelona, 1943, 2ª edición, Ed. Vela, págs. 283-284, manifiesta que la adopción apenas era usada en Cataluña y tan poco estudiada que no se halla alusión a ella en los grandes tratadistas. Apunta, a continuación, que poco inclinados son los catalanes, y esto es general a muchos pueblos extranjeros y en España a los aragoneses, a imitar por un acto civil la paternidad y filiación naturales. Finalmente, sostiene el autor que cesaron las causas que llevaron a los romanos a servirse de esta institución, como eran el conservar el culto familiar, sus aras, sus lares, pero hoy apenas tiene razón de ser y menos en su división de adopción y arrogación.

adoptado sobre el patrimonio existente a la muerte del adoptante⁹¹². Esto explicaría por qué los diferentes proyectos de Apéndice de Derecho civil catalán al Código civil español, al tratar el tema de la adopción, otorgaron una particular relevancia a las cuestiones sucesorias, despreocupándose, en cambio, de ofrecernos lo que podría calificarse como una regulación completa sobre la materia⁹¹³. Se pensaría, sin duda, que los preceptos de la normativa estatal eran perfectamente aplicables en Cataluña, a excepción hecha de los mencionados aspectos hereditarios⁹¹⁴.

Esta coyuntura ha provocado que la normativa civil catalana sobre la adopción haya presentado históricamente unos perfiles no muy bien definidos, provocado en gran medida, por las constantes remisiones de sus preceptos a los mandatos contenidos en el cuerpo legal de un cambiante Código civil estatal⁹¹⁵. Un sector doctrinal ha definido este fenómeno como de dualidad normativa: la Compilación se remite al

⁹¹² Como ya se encargaba de recordarnos **Castro Lucini, Francisco**: "Los derechos sucesorios del hijo adoptivo" en Anuario de Derecho civil, 1962, pág. 617, en los comienzos de la institución de la adopción los efectos sucesorios constituyeron la finalidad primordial, pues dicha institución nació como medio de procurarse un heredero quien careciera de él. De aquí la prohibición de adoptar impuesta al individuo que ya tenía hijos legítimos, puesto que contaba con sucesor, que más que tal prohibición fue, en principio, ausencia del presupuesto o de la situación de hecho que permitía su aplicación.

⁹¹³ Estos materiales se encuentran recogidos en **Mirambell i Abancó, Antoni** y **Salvador Coderch, Pablo**: "Estudi introductori sobre els precedents de la Compilació" en Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris. Textos jurídics catalans, Lleis i costums VI/2. Barcelona, 1995, Ed. Departament de Justícia.

⁹¹⁴ **Puig Ferriol, Lluís** y **Roca Trias, Encarna**: Instituciones de Derecho civil de Cataluña. Barcelona, 1998, 2ª edición, Ed. Bosch, págs. 407-409. Por su parte, **Gete-Alonso y Calera, Mª del Carmen** y **Salvador Coderch, Pablo**: "La adopción en Cataluña, después de la Ley de 4 de julio de 1970" en Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Cataluña. Tomo II. Filiación y adopción. Barcelona, 1974, Ed. Cátedra Duran y Bas. Universidad de Barcelona, pág.122, se preguntan por qué se ha producido en Cataluña ese desequilibrio entre una regulación bastante completa de los efectos sucesorios y una carencia casi total de los personales. La respuesta para ambos juristas se encuentra en el punto de partida de la regulación catalana de la adopción; este punto de partida lo constituyó el Derecho Justiniano y las normas de este ordenamiento sobre capacidad adoptiva, y requisitos de la adopción, entre otras, que eran difícilmente aplicables a esta institución tal como se la considera hoy. Además, hay que sumar a ello la peculiar evolución histórica del derecho sobre la adopción y la escasa apreciación social de ésta durante muchos siglos.

⁹¹⁵ Ya hemos puesto de manifiesto los múltiples cambios que afectaron a la legislación de la adopción desde el texto originario del Código de 1889 hasta la última de sus reformas propiciada por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre.

Código civil español para lo referente a la constitución y efectos personales de la adopción; luego en esta materia rige la disposición estatal. En cambio, la propia Compilación excepciona rotundamente la aplicación del Código civil español en todo lo relativo a los aspectos sucesorios de la misma⁹¹⁶.

El Proyecto de Compilación, teniendo muy presente la regulación de la institución adoptiva en el texto originario del Código civil, habilitaba para adoptar - artículo 14⁹¹⁷ - a todos aquellos que hubieran contraído matrimonio u ostentaran capacidad para así hacerlo, que atesoraran, al menos, dieciocho años más que el adoptado. De igual modo, se reconocía esta posibilidad a los que tuvieran descendientes legítimos, siempre y cuando estos últimos no vieran perjudicados sus derechos legitimarios por la adopción⁹¹⁸.

Entre esta propuesta inicial y la promulgación de la definitiva Compilación, por Ley de 21 de julio de 1960, se interfirió la reforma del Código civil español operada por Ley de 24 de abril de 1958, que afectó de manera sustancial a este ámbito del conocimiento⁹¹⁹. Concretamente, el artículo 14 del Proyecto se convirtió en el

⁹¹⁶ **Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen y Salvador Coderch, Pablo**, op. cit. pág. 121.

⁹¹⁷ El artículo 14 del Proyecto de Compilación del Derecho civil especial de Cataluña trata "De la adopción" en su título III, sin que se aludan a los derechos sucesorios del hijo adoptivo. Sí se hacía, no obstante, en la Sección III del Capítulo V, al tratar de "Los legitimarios y de la determinación de la legítima" - artículos 276 a 278 -.

⁹¹⁸ En palabras de **Soto Nieto, Francisco**: "Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña" en Revista General de Derecho, n.º. 198, 1961, pág. 216, frente a la lectura del artículo 14 del Proyecto cundió el desconcierto, dada la exigüidad de su texto y la inexistencia de toda referencia a otra ordenación integradora.

⁹¹⁹ Para **Soto Nieto, Francisco**, op. cit. pág. 215, las disposiciones nuevas del Código civil que en virtud de la Ley de 24 de abril de 1958 dieron nueva redacción a los artículos 172 a 180 del mismo, tenían plenitud de vigencia en Cataluña, con la excepción de lo "referente a los pactos y derechos sucesorios, que se regirán por lo dispuesto en la Compilación". De la misma opinión es **Gambón, Alex**: "Vigencia de las normas del Derecho foral catalán respecto de la adopción después de la Ley de abril de 1958" en Revista Jurídica de Cataluña, noviembre-diciembre, 1958, pág. 737. También **Castro Lucini, Francisco**: "La adopción en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña" en Anuario de Derecho Civil, 1962, págs. 70-71.

artículo 6 del texto Compilado, según el cual, además de las personas a las que se refería el Código civil, podían adoptar los que tuvieren hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos, manteniéndose la limitación de que esta adopción en ningún caso perjudicara los derechos legitimarios de estos últimos⁹²⁰.

Observamos de igual forma, que la Compilación prescinde de las antiguas clases de adopción y de la terminología arcaica, que distinguía entre adopción - la del hijo de familia -, y arrogación - la del "sui iuris"-, así como entre adopción menos plena - cuando el adoptado no es un descendiente del adoptante - y adopción plena - la realizada a favor del descendiente de un adoptante -⁹²¹.

⁹²⁰ **Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen y Salvador Coderch, Pablo**, op. cit. pág. 122, identifican como el artículo 6 de la Compilación está redactado con las únicas miras de excepcionar la aplicación en Cataluña del artículo 173.2 del Código civil después de la redacción que la Ley de 24 de abril de 1958 dio a este precepto. Aquella norma - artículo 6 - está en la Compilación como un reflejo negativo de ésta - artículo 173.2 del Código civil - y ello provocó que su tenor literal fuera algo oscuro y aparentemente insuficiente. Esta misma argumentación es sostenida por **Soto Nieto, Francisco**, op. cit. pág. 214, al considerar que el artículo 6 de la Compilación, parco y nada definidor, tiene más bien un propósito ampliativo del artículo 173 del Código civil, autorizando la posibilidad de adoptar a quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales reconocidos, más advirtiendo que esta adopción no perjudicará los derechos legitimarios de estos. En igual sentido se pronuncia **Castro Lucini, Francisco**, op. cit. págs. 72-73.

⁹²¹ Siguiendo a **Álvaro D'Ors**: Elementos de Derecho Privado Romano. Pamplona, 1960, pág. 164, podemos significar que se distinguieron en Roma las siguientes modalidades de adopción: la *arrogatio*, en que un extraño que no se hallaba sujeto a la patria potestad de nadie, entraba en concepto de *filius familias*, a formar parte de otro grupo familiar; sólo podían ser adoptados mediante este expediente los *sui iuris*. Se trataba la arrogación de un asunto de interés público, como era el de hacer desaparecer una familia, ya que un ciudadano con plena capacidad entraba con todos los suyos y todo su patrimonio, bajo la potestad del arrogante sin hijos, y desaparecían unos *sacra privata*. Por los *alieni iuris*, era la *adoptio*, propiamente dicha la que entraba en juego, con diversos efectos según se tratase de la *adoptio plena* o, simplemente, de la *adoptio minus plena*, siguiendo la distinción consagrada por Justiniano. La *adoptio plena* suponía un traspaso de patria potestad, desligándose el adoptado de aquella a la que venía sujeto, para quedar en lo sucesivo vinculado a una potestad ajena, produciéndose el efecto de la *capitis diminutio minima*. En la *adoptio minus plena* el adoptado no perdía la situación familiar de que gozaba en el momento de llevarse a efecto la adopción, no sometiéndose a la patria potestad del adoptante. La adopción plena solamente se daba cuando el prohijamiento era realizado por un ascendiente consanguíneo del adoptado; la adopción menos plena, cuando se llevaba a efecto por un extraño.

No obstante, una nueva revisión de la ordenación de la adopción en el Código civil, efectuada por la Ley de 4 de julio de 1970, afectó nuevamente a la normativa catalana sobre la cuestión, porque según esa nueva regulación del *corpus civile*, la existencia de descendientes del adoptante dejó de ser causa impeditiva; es decir, que se convertía en regla general lo que hasta el momento había venido siendo una singularidad del Derecho civil catalán. Esto motivó que la Ley catalana, de 24 de febrero de 1984, estimara oportuno reformular el artículo 6 de la Compilación, que en la nueva redacción rezaba que "en materia de adopción son de aplicación las disposiciones del Código civil, excepto las referidas a los derechos sucesorios de la adopción plena, que se regirán por lo dispuesto en esta Compilación".

La reforma de la sucesión intestada en Cataluña, por Ley 9/1987, de 25 de mayo⁹²², y probablemente también el anuncio de la inminente nueva regulación de la adopción en el Código civil, que afectaba la subsistencia de la calificada como adopción simple, desembocaron en una nueva transformación del artículo 6 de la Compilación, que en la nueva redacción dada por la Ley 10/1987, de 25 de mayo⁹²³, estableció que "los derechos sucesorios derivados de la adopción se regirán, en todo caso, por ley del Parlamento de Cataluña y por lo que establece esta Compilación".

No hacía referencia la Compilación a la antigua arrogación romana, que en Cataluña se había calificado de *aculliment*, propia del hombre, que solo en el mundo, para buscar el calor de un hogar y de una familia se adoptaba a cambio de su trabajo y de sus ahorros que dejaba al fallecer⁹²⁴.

⁹²² Boletín Oficial del Estado, núm. 151, de 25 de junio de 1987.

⁹²³ Boletín Oficial del Estado, núm. 151, de 25 de junio de 1987.

⁹²⁴ Como afirma **Gassiot Magret, José**: Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. Barcelona, 1980, Ed. Bosch, pág. 16.

Escarmentado el legislador catalán por los innumerables problemas que para su Derecho civil significaron las quizás excesivas alteraciones recaídas sobre la adopción durante el devenir histórico de dicha institución en el seno del Código civil español, se quiso poner punto y final a esta situación, provocada por las remisiones a dicho texto legal, sustituyéndola por una normativa catalana propia sobre la materia. En efecto, siguiendo los dictámenes de la disposición transitoria única de la Ley 10/1987, de 25 de mayo, "mientras el Parlamento de Cataluña no haya legislado en materia de adopción, excepto en aquello que hace referencia a los derechos sucesorios derivados de esta, se aplicarán las disposiciones del Código civil". Se sentaban, pues, las bases sobre una futura legislación catalana sobre la institución.

Este impulso culminó con la aprobación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, que vino definitivamente a poner fin a la dualidad normativa característica de la legislación catalana aplicable hasta ese momento: los tipos de adopción, las reglas de capacidad y las formas de constitución se regían por remisión al Código civil, y los efectos sucesorios por las reglas específicas del Derecho catalán. A partir de ese preciso instante, esta figura legal pasó a quedar regulada de manera íntegra por las disposiciones emanadas del Parlamento de Cataluña.

Tal circunstancia motivó la necesidad de tener que adaptar las prescripciones de la Compilación del Derecho civil de Cataluña a la nueva realidad normativa imperante. Para alcanzar tal objetivo, se aprovecharon las disposiciones adicionales contenidas en la propia Ley 37/1991, de 30 de diciembre, y se adicionaron sendas reformas al redactado de la Compilación. Una primera, la disposición adicional cuarta, sirvió para introducir una nueva rúbrica al Título II del Libro I de la Compilación⁹²⁵, que

⁹²⁵ Título posteriormente derogado por la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

pasó a identificarse bajo el título "De las medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción"; mientras que la disposición adicional quinta, por su parte, dio nueva redacción a su artículo 6, estableciendo en su punto primero que "las medidas de protección de los menores desamparados y la adopción, por lo que respecta a sus reglas de capacidad, formas de constitución y efectos, se rigen por lo dispuesto en la Ley de Cataluña sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción"; y en su punto segundo reiteraba que "los derechos sucesorios derivados de la adopción se regirán por el Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña".

Ambos reajustes o variaciones, vinieron a confirmar la teoría que venimos esgrimiendo desde un principio, y que nos permitirían configurar y definir a la adopción como una medida protectora; tanto por lo que a las prescripciones contenidas en la Compilación se refiere, como por el despliegue que de su régimen jurídico se realizaba en la Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

En definitiva, de las diversas acepciones que tradicionalmente han acompañado a un término tan polisémico como es el de la adopción⁹²⁶: a) como institución - medida de protección de personas menores de edad carentes de parientes o familia que les atiendan adecuadamente, y que consiste en otorgarles unos nuevos progenitores -; b) como relación jurídica, por referencia a los trámites de su constitución y al resultado del auto que la constituye; y c) como una clase de filiación, por contraposición a la filiación biológica o natural; la Compilación catalana optó, al menos en un momento inicial, por configurarla, al igual que hiciera el Código civil español, como una medida eminentemente protectora.

⁹²⁶ Alonso Crespo, Evelia, op. cit. págs. 34-35.

No obstante, con el devenir del tiempo, la regulación civil catalana en esta materia ha ido evolucionado hacia otros derroteros, alejándose progresivamente de esa concepción que la venía identificando como un mero instrumento de intervención social, reservado exclusivamente para aquellos supuestos más graves de desprotección - visión ésta que, al menos estructuralmente, parece mantenerse en el Código civil español -; y, contrariamente, emprender un incesante, a la vez que ininterrumpido, proceso de independencia o autonomía de la figura con respecto del resto de medidas protectoras previstas en sus disposiciones jurídicas especiales.

Este nuevo tratamiento legal atribuido a la adopción en Cataluña encuentra una de sus más claras manifestaciones en el Código de Familia de 1998. Este texto incorporaba entre sus disposiciones - Título V, para ser más exactos - la regulación completa de la filiación adoptiva (artículos 115 a 131)⁹²⁷, extrayéndola o separándola definitivamente de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, en la que había estado reglada hasta ese preciso instante. Ello vino a significar la segregación de la adopción, considerada ya como una forma de filiación, del resto de medidas protectoras enumeradas en el artículo 5 de la citada Ley 37/1991, de 30 de diciembre.

Finalmente, el vigente Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, prosiguiendo la línea iniciada hace más de una década por el Código de Familia, refunde en un único capítulo - el capítulo V del Libro II - tanto la filiación por naturaleza como la adoptiva, figuras que el Código de Familia regulaba en títulos separados. La adopción, por tanto, se continua contemplando como una clase

⁹²⁷ El propio Preámbulo del Código de Familia catalán justifica el hecho de que la adopción se regule en un título separado al relativo a la filiación por naturaleza, en cuestiones de tipo sistemático y porque la existencia, al lado de la familia adoptiva, de la familia por naturaleza introduce un elemento diferenciador que ampara un tratamiento legal independiente.

de filiación, alejada de la visión ofrecida originariamente tanto por la Compilación como por la legislación civil catalana de los años noventa, que la reputaba como simple herramienta de actuación del organismo competente en materia de infancia. Además, el Libro II introduce unas modificaciones sistemáticas de sumo interés conceptual, ya que se ha optado por una regulación conjunta de la adopción y del acogimiento preadoptivo, haciendo prevalecer la apreciación de éste como un periodo de acoplamiento del menor con la que potencialmente debe ser la persona o familia adoptantes⁹²⁸.

Esta percepción que del acogimiento preadoptivo nos ofrece el Libro II del Código civil de Cataluña - artículos 235-34 a 235-38 -, debe concordarse con las prescripciones contenidas en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que mantiene esta clase de acogimiento en el listado de medidas protectoras que acoge en su artículo 120.1, y que posteriormente desarrolla en sus artículos 147 a 150⁹²⁹. Parece, por tanto, que el régimen legal del acogimiento preadoptivo presenta una doble adscripción normativa: una más bien propia del derecho público - donde se prevé el procedimiento administrativo para su determinación y el papel preeminente que en el mismo asume la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia⁹³⁰

⁹²⁸ En cuanto a la formalización del acogimiento preadoptivo, se remite al procedimiento establecido por la legislación de la infancia y la adolescencia.

⁹²⁹ Para un comentario más exhaustivo del sistema de protección a las personas menores de edad en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia vid. **Mayoral Simón, Joan**: El sistema de protección a la infancia y la adolescencia en la Ley 14/2010, de 27 de mayo. Barcelona, 2011, Ed. Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña.

⁹³⁰ Una de las novedades más destacadas que presenta la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, con respecto a la normativa que la precedió, en concreto con la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, radica en la absoluta administrativización del procedimiento para acordar una medida de acogimiento preadoptivo. Con la entrada en vigor de la Ley de infancia catalana, el acogimiento preadoptivo se acuerda por resolución - administrativa - del órgano competente, con independencia de si se cuenta o no con el consentimiento de los progenitores biológicos - artículo 148.1 -. Una vez constituida esta medida protectora, tan solo se admitirá un posible procedimiento judicial de

-; y una perteneciente al ámbito privado, en la que se realza su naturaleza de vínculo o paso previo a la filiación adoptiva.

Puesta de relieve o evidenciada la estrecha correlación entre la adopción y las medidas de protección a la infancia y la adolescencia existente en el momento de la aprobación de la Constitución española de 1978, podemos reafirmarnos en la hipótesis de partida de que esta institución también se configuró inicialmente en Cataluña como un instrumento protector y garante del bienestar infantil y juvenil. De esta forma, y sin necesidad alguna de tener que recurrir a otros antecedentes de corte más consuetudinario, con los consabidos problemas de acreditación que ello comportaría, defendemos la tesis de considerar que la normativa civil catalana ya contenía ciertas menciones relativas al ámbito de la protección de las personas menores de edad en el año 1978. Tal circunstancia vendría a justificar la asunción por parte de la Generalitat de Cataluña de competencias exclusivas en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia en virtud del artículo 149.1.8 de la Constitución española.

A diferencia de lo acontecido tanto en Aragón como en Navarra, la privatización de la actuación de la Administración ha sido mayor en Cataluña. Así, mientras la gran mayoría de autonomías tipificaron la intervención de los poderes públicos en materia de protección de menores en normas administrativas - al amparo de las atribuciones constitucionales derivadas del artículo 148.1.20 de la Constitución española -, en Cataluña, por el contrario, históricamente se ha regulado la materia en

oposición a la misma, si los progenitores ejercitan este derecho dentro del plazo de los dos meses siguientes a la notificación de dicha medida, o bien de los tres meses si en dicha resolución se ha declarado el desamparo. También debe tenerse en cuenta que, si la resolución administrativa que acuerda el acogimiento preadoptivo es confirmada judicialmente, no será preciso otro procedimiento judicial distinto del de jurisdicción voluntaria para constituir la adopción, en el que tampoco será preciso el asentimiento de los progenitores - artículo 148.2 y 3 -.

disposiciones calificadas de civiles, bajo el título habilitante previsto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española.

Ilustrativo de este particular abordaje tradicionalmente ofrecido por el *Parlament* de Cataluña, elemento distintivo de su política legislativa en materia de infancia y adolescencia que, a su vez, lo deslinda de los criterios de intervención adoptados desde otras instancias territoriales autonómicas con idénticas atribuciones normativas en Derecho privado, es el alto grado de invocación del título competencial "*legislación civil*" existente en sus disposiciones positivas internas.

Así, de la misma forma que en determinadas Comunidades Autónomas, como pudieren ser Navarra, Aragón y Galicia, se tuvo que esperar hasta la llegada del nuevo siglo, para que la citada prerrogativa fuera aducida como principio esencial de fundamentación de su producción normativa en materia de atención y cuidado de las personas menores de edad, a finales del año 2005 para el caso navarro - en virtud de la Ley 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia⁹³¹ - e inicios del año 2006 para Aragón y Galicia⁹³²; en Cataluña, en cambio, esta singular forma de proceder se emprendió con cierta antelación al referido periodo temporal, concretamente debemos retrotraernos hasta el año 1991 con la aprobación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción⁹³³, norma ésta que irrumpía en el panorama catalán sólo tres años después de que el legislador estatal

⁹³¹ Vid. en este sentido tanto su Exposición de Motivos, como su disposición final primera.

⁹³² En Aragón mediante la aprobación de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, y en Galicia a través de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

⁹³³ Establece expresamente en su Preámbulo el carácter de "*ley específica, eminentemente civil*", que inspira e informa la completa regulación de la faceta protectora que encierran sus disposiciones.

incorporara al Código civil las instituciones de la tutela administrativa de los menores desamparados, la guarda administrativa y el acogimiento familiar⁹³⁴.

Una vez estudiados los casos, podríamos decir que excepcionales, de Aragón, Cataluña y Navarra, difícilmente puede aceptarse en ninguna otra de las Comunidades Autónomas con atribuciones civiles, la competencia necesaria para poder incidir en la protección de menores desde una perspectiva privatista. En el caso del País Vasco y las Baleares, tanto la Compilación de Vizcaya y Álava⁹³⁵, como la balear⁹³⁶, tan solo recogían una simple mención "al régimen económico familiar" en el momento clave en que fue aprobado el texto de la Constitución española de 1978; la gallega, por su parte, únicamente dedicaba un título a la conocida como "compañía familiar gallega" - en concreto su Título III -; institución ésta que puede definirse como un contrato societario con singularidades familiares y agrarias, perteneciente al Derecho de obligaciones.

Este apunte explicaría el porqué, hasta iniciado el siglo XXI, esta materia vino siendo regulada en Galicia al amparo del título habilitador "*asistencia social*", sin alusión alguna a los componentes civiles implícitos en la cuestión. La propia Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia, se encargaba de puntualizar en su Preámbulo el manifiesto enfoque *ius publicista* que

⁹³⁴ Para resaltar esta idea **Palma del Teso, Ángeles (de)**, op. cit. pág. 432.

⁹³⁵ En la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Álava, el Título VII del Libro I - referente a las disposiciones aplicables en Vizcaya - llevaba por rúbrica "Del régimen de bienes en el matrimonio y de la comunidad foral".

⁹³⁶ Por su parte, en la Compilación del Derecho civil especial de Baleares - Ley 5/1961, de 19 de abril, reformada y adaptada al texto constitucional por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre -, el Título I tanto del primer Libro - referente a las disposiciones aplicables en la Isla de Mallorca - como el tercero - relativo a los preceptos exigibles en las islas de Ibiza y Formentera - se dedica "al régimen económico conyugal". Un estudio más detallado de dichos preceptos lo encontramos en **Cerdà Gimeno, José**: "De nuevo sobre la revisión del Derecho civil de Baleares: en especial del Libro III - Ibiza y Formentera - de la Compilación de Derecho civil de Baleares" en *Actualidad Civil*, núm. 4, enero 1989, págs. 267-290.

se atribuía a su articulado. Trataba con ello de superarse la tradicional incompatibilidad existente entre el derecho familiar - dentro del cual se circunscribían los temas de infancia - y el social⁹³⁷. No obstante lo apuntado, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, ha escenificado un cambio de panorama radical en el paisaje legislativo gallego, ya que ha procedido a regular en disposiciones civiles, el conjunto de actuaciones de las Administraciones Públicas gallegas en el ámbito de la protección de personas menores de edad, así como el régimen legal de las instituciones jurídicas a través de las cuales se articula - artículos 5 a 26 -⁹³⁸.

Otra coyuntura paradigmática, digna de ser tenida en consideración, ha sobrevenido en el País valenciano. En esta Comunidad Autónoma, al no existir Compilación civil o norma equivalente en vigor en el preciso instante en que resultó aprobada la norma suprema española, la cuestión acerca de si cabría o no una legislación civil propia en materia de atención y protección de la infancia y la adolescencia, independiente del Derecho común, se complica de manera exponencial. El Tribunal Constitucional, en sentencia de 28 de septiembre de 1992, vino a arrojar algo de luz sobre el particular, al dejar sentado en este punto que, la referencia que alberga el artículo 149.1.8 de la Constitución española sobre la "*conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales*", alcanza no sólo a aquellos derechos civiles que hubieran sido objeto de compilación al tiempo de entrar en

⁹³⁷ Establece expresamente el mencionado Preámbulo de la Ley gallega 3/1997, de 9 de junio, que "*integrado el Derecho de familia por un conjunto de instituciones inspiradas en una idea principal de privacidad, es lógico que la escasa legislación familiar de carácter público se hubiese limitado a ciertas familias que se salían del patrón normal y precisaban de una especial tutela pública - familias numerosas, monoparentales -, ignorando, por tanto, la dimensión social del derecho aplicable al ámbito familiar. es obvio, sin embargo, que una nueva conciencia social reclama un cambio de óptica que haga posible la consideración de la familia como una de las estructuras básicas de integración social*".

⁹³⁸ Cuestión distinta sería entrar a valorar si Galicia contaba o no con instituciones de Derecho civil propio relativas a la protección de menores conexas con las presentadas en la Ley 2/2006, de 14 de junio, en el momento de entrada en vigor del texto constitucional.

vigor la Constitución, sino que también se extiende a las normas civiles de formación consuetudinaria preexistentes al texto constitucional de 1978.

Aplicando esta doctrina de la Corte constitucional española a la realidad valenciana, y teniendo presente la dificultad implícita que siempre entraña conocer y probar la existencia de este tipo de usos tradicionales, podría llegar a afirmarse categóricamente que Valencia únicamente podría contar con producción parlamentaria en este sector privado del ordenamiento jurídico, si lograra acreditar la vigencia de costumbres históricas que incidieran de forma más o menos directa - a través de la llamada teoría de las materias conexas - en la configuración de instituciones o figuras legales relacionadas con el cuidado y la guarda de las personas menores de edad ⁹³⁹.

Evidentemente, esta conclusión sería extensible y aplicable al resto de Comunidades Autónomas con potestades civiles reconocidas. Ahora bien, en aras de alcanzar un mayor grado de seguridad jurídica, pareciera más lógico que aquéllos territorios que cuentan con Compilaciones civiles propias, acudan a éstas para tratar de solventar

⁹³⁹ El Estatuto de Autonomía valenciano de 2006, no se ha conformado sólo con recopilar, codificar y desarrollar el derecho consuetudinario o recuperar antiguas instituciones derivadas del cultivo de la tierra, de su riego o de la venta de sus productos, sino que ha apostado en firme por el desarrollo del derecho civil valenciano. En ese sentido el artículo 49.1.2 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, establece la competencia exclusiva de la Generalitat sobre la "conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano". En idéntica línea su disposición transitoria tercera sostiene que "la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza al amparo de la Constitución española". Para **Comas Caraballo, Daniel**: "El Derecho civil valenciano y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía" en Revista de Derecho civil valenciano, núm. 3, enero-marzo 2008, págs. 2-3, destaca que la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, se considera como el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de desarrollar en el futuro un Código civil valenciano, que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen. Bastante más crítico con dicha posibilidad se muestra **Blasco Gascó, Francisco de Paula**: "El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de régimen económico matrimonial valenciano" en Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, julio-diciembre 2008, págs. 45-68. Finalmente, **Muñoz Machado, Santiago**: Derecho Público de las Comunidades Autónomas I. Madrid, 2007, Segunda edición, Ed. Iustel, págs. 863-864, ve al Estatuto de Autonomía valenciano como la mejor expresión de que la referencia constitucional al reconocimiento de los derechos forales "allí donde existan" se ha interpretado sin considerar, en absoluto, su continuidad histórica, ya que se reconocen competencias plenas a la Generalitat valenciana.

tal cuestión, sin necesidad de tener que certificar la presencia o no de costumbres forales al efecto. Más aún, si el texto de las citadas disposiciones civiles prescribe y desarrolla materias "*conexas*" con aspectos relacionados con la atención y tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo suficiente en este caso con alegar dicho nexo de conexión para afirmar las atribuciones autonómicas existentes sobre la materia. Finalmente cabe afirmar, que los territorios autonómicos donde a pesar de contar con Compilaciones civiles, éstas no integran prescripción alguna sobre el particular, resulta difícil pensar y defender que fuera del mencionado cuerpo normativo va a encontrarse el enlace o acomodo suficiente como para lograr justificar la pertinente competencia legal⁹⁴⁰.

5. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

La difusa distribución competencial existente en materia de protección a la infancia y la adolescencia, a la que venimos haciendo referencia, ha generado la interacción de normas, instituciones y figuras de muy diversa índole y variada naturaleza. Algunas de ellas incardinadas dentro de los lindes particulares del Derecho civil - tanto el estatal como los autonómicos- y otras, de un marcado carácter administrativo. Así, la sola presencia e intervención del ente público encargado de velar por la guarda y el cuidado de los menores en situación de desamparo, regulada en disposiciones de carácter civil, suscita ciertas dudas sobre la condición privada o pública de su actuación. Lo mismo acontece, cuando determinadas figuras de clara adscripción privada encuentran su acomodo en disposiciones que se autocalifican como administrativas. Puede, por tanto, en este ámbito resultar poco eficaz la

⁹⁴⁰ Mayor del Hoyo, M^a. Victoria, op. cit. pág. 49.

tradicional máxima de ULPiano "*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*⁹⁴¹".

Para poder esbozar una teoría sobre la pertenencia o adscripción de las disposiciones relativas a la atención y protección de los ciudadanos menores de edad a una de las dos grandes ramas en que se subdivide el ordenamiento jurídico, debemos retrotraer nuestro objeto de estudio al análisis pormenorizado de cuáles han sido, durante el acontecer de los tiempos, los principales criterios empleados para la delimitación entre las categorías de Derecho público y Derecho privado.

Una vez realizada esta operación, y tras apuntar los razonamientos esgrimidos por parte de los defensores y detractores de subsumir tales categorías dentro de los principios y fundamentos propios del *ius privatum* o del *ius publicum*, estaremos en condiciones de afirmar que la opción más pertinente es la de adscribir este sector del conocimiento en el seno de una tercera vía, o *tertium genus*, que identificaremos con el Derecho de la persona. Esta rama del ordenamiento jurídico, inscrita dentro de la lógica conceptual civil, se caracteriza justamente por ofrecernos una percepción público-privada de las instituciones que desarrolla. Tal circunstancia nos permitirá acomodar, sin notables dificultades, en su contexto natural de aplicación, todos los aspectos relativos a las personas menores de edad y su régimen público-privado de atención y asistencia.

Finalmente, nos detendremos en el examen de una de las dificultades, de no escasa transcendencia, que provoca la tradicional intervención de los poderes públicos en el ámbito de la protección a la infancia y la adolescencia: la dualidad de jurisdicciones. En este subapartado trataremos de definir cuál es la jurisdicción competente, civil o

⁹⁴¹ D. 1,1,1 y 2.

contencioso-administrativa, en aquellos casos en los que se precise hacer efectiva una resolución de desamparo o una de las medidas acordadas por la autoridad administrativa.

5.1. CRITERIOS DE DELIMITACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

En el presente apartado partiremos de los principios esbozados por DE CASTRO, quien en un intento de distinguir entre ambas esferas normativas, así como de hallar la interrelación existente entre ellas, puso de manifiesto que en el ordenamiento jurídico actúan dos grandes fuerzas centrípetas, la comunidad y la personalidad, ambas dirigidas hacia la consecución de un fin común y en constante colaboración; una y otra, además, siempre están presentes en todas y cada una de las disposiciones, si bien es cierto que una predominará por encima de la otra y relegará a ésta a un segundo término. Presididos, pues, por cada uno de estos principios se constituyen dos subconjuntos bien identificados de mandatos; uno trata de la reglamentación, la estructura, defensa y funcionamiento del Estado - Derecho político -, y el otro de la situación y convivencia de las personas dentro del Estado - Derecho civil -. Su nota diferencial y característica yace en la determinación de cuál de los dos razonamientos que los informan constituye su punto de partida y determina así su tendencia inmediata, delimitando las relaciones jurídicas en que se organiza⁹⁴².

⁹⁴² **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Parte general. Tomo I, segunda edición. Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 91-96, añade que el Derecho realiza su función en dos direcciones fundamentales: para que la persona realice sus fines (sustantivos), lo que presupone (como ser social) la organización y conservación de la comunidad; para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y proteger a la persona. Esta doble función se expresa en dos principios: el de personalidad y el de comunidad, ambos dirigidos al mismo fin común (realización social de la Justicia) y en constante y necesaria colaboración.

Ahondando un tanto en la cuestión, sin llegar a pretender elaborar una teoría general sobre la materia, interesa ahora destacar los diferentes criterios utilizados por la doctrina científica al tratar de fijar la línea divisoria entre ambas disciplinas. Para ello seguiremos a CASTÁN TOBEÑAS, quien en su obra titulada Derecho civil español resume con concisión - acompañándolo de sus respectivas críticas -, las principales tendencias argumentales esgrimidas a lo largo de la historia - antigua y contemporánea - para deslindar entre el *ius publicum* y el *ius privatum*⁹⁴³.

Así, atendiendo al criterio de la naturaleza del fin o interés protegido, el denominado como criterio teleológico, el Derecho público sería aquel directamente referido a la utilidad del Estado; mientras que el Derecho privado se ocuparía de proteger el interés particular⁹⁴⁴. En segundo término, y poniendo ahora el énfasis en la patrimonialidad o no de la expectativa contemplada, se identificaría al Derecho privado con el Derecho patrimonial - encargado de la tutela de los aspectos económicos -, y por exclusión, al Derecho público, con el resto de materias. Por lo que a la forma de protección se refiere, lo característico del Derecho privado radicaría en que su defensa ha de ser impetrada, por el titular lesionado - acción privada -, entretanto que lo peculiar del Derecho público sería que se restablece de oficio, es decir, por virtud de una acción que los órganos del Estado tienen el deber

⁹⁴³ **Castán Tobeñas, José**: Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Madrid, 1984, Ed. Reus S.A., págs. 108-115. También se hacen eco de estos criterios clasificatorios **Lacruz Berdejo, José Luis**: Elementos de Derecho civil, Tomo I. Parte general. Introducción, tercera edición. Madrid, 2002, ed. Dykinson, págs. 17-21; **Díez-Picazo, Luis** y **Gullón, Antonio**: Sistema de Derecho civil, Vol. I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, undécima edición. Madrid, 2003, Ed. Tecnos, págs. 45-47; y **Ferrara, Francesco**: Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Dottrini Generali. Parte I. Il Diritto. I Soggetti. Le Cose. Roma, 1921, Ed. Athenaeum, págs. 71-78.

⁹⁴⁴ Se trata ésta de la teoría más antigua, fundada en los textos del Derecho romano y mantenida persistentemente en la doctrina, con escasas variantes, a través de obras tan significativas como las de Vigelio, Donello, Domat o Savigny.

de promover - acción pública -⁹⁴⁵. Asimismo, de acuerdo con el origen y función de la norma y su derogabilidad o inderogabilidad, serían disposiciones de Derecho público las que limitan la libre voluntad de las personas, y reglas de Derecho privado las que dejan libre juego a ese consentimiento. Las primeras, se fundarían en el principio de dependencia o necesidad; las siguientes, en el principio de autonomía. Aquéllas recibirían su fuerza del Estado que las impone; mientras éstas, de la *voluntas* de los individuos⁹⁴⁶. Finalmente, y a tenor de la condición de los sujetos en la relación jurídica regulada - no tanto por su naturaleza, como por la posición y carácter que presentan -, se discriminaría entre los vínculos legales propios del Derecho público: en que uno de los sujetos, activo o pasivo, o los dos a la vez, son el Estado o una autoridad cualquiera, actuando investidos de *imperium*; y los exclusivos del Derecho privado: en los que ambas partes intervinientes se integran por personas o grupos desprovistos de carácter oficial⁹⁴⁷.

⁹⁴⁵ La teoría de la protección fue formulada por el jurista alemán August Thon. Vid en este sentido, **Thon, August**: Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagi di Teoria Generale del Diritto, traduzione di Alessandro Levi. Pádova, 1951, Ed. CEDAM, págs. 131-137.

⁹⁴⁶ Este criterio diferenciador fue avalado por aquellos estudiosos del Derecho de la primera mitad del siglo XX que, como **Antonio Cicu**, pretendieron adscribir al Derecho público el Derecho familiar, por entender, aparte de otras consideraciones relativas a la intervención de los funcionarios públicos en las cuestiones familiares, que la mayor parte de las reglas del mismo, en particular las que se refieren a los aspectos personales, tienen alcance imperativo.

⁹⁴⁷ **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 78 y 90, diferencia como criterio de clasificación primario entre las doctrinas que afirman la división bipartita del Derecho público y el Derecho privado - tesis dualistas -, las que añaden tipos intermedios - denominadas pluralistas - y las que niegan tal división - teorías negativas -. Por su parte, **Villar y Romero, José María**: "La distinción entre Derecho público y Derecho privado" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 171, enero 1942, págs. 21-39, enumera en su artículo no las teorías formuladas al respecto, sino más bien los grupos que de las mismas pueden extraerse. Así, puede distinguirse entre la teoría del interés - de larga tradición jurídica, basada en los textos romanos y que ha perdurado hasta nuestros días -; teoría de los sujetos; teoría teleológica; teoría de la acción; teoría del *ius cogens* y *ius dispositivum*; teoría del rango superior del Derecho público; teoría del Derecho sustantivo y adjetivo; teoría del Derecho formal y material; teoría de la patrimonialidad; teorías tripartitas - Derecho privado, público y social -; y teorías unitarias.

5.2. EL CRITERIO SUBJETIVO COMO ASPECTO DELIMITADOR DEL *IUS PUBLICUM* Y DEL *IUS PRIVATUM*. LAS DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES

Tomando ahora como criterio de referencia el relativo a la posición que ocupan los individuos en las interacciones que las normas jurídicas establecen o sobre las que se constituyen, que es el que en la actualidad goza de un mayor nivel de aceptación entre los civilistas⁹⁴⁸ - acogido también en múltiples ocasiones por la jurisprudencia⁹⁴⁹ -, se trata, a continuación, de dilucidar si la normativa reguladora de los mecanismos de protección de menores de edad, forma parte del ordenamiento jurídico-civil, es decir, si pertenece al Derecho privado, o bien si corresponde al Derecho público, concretamente al Derecho administrativo⁹⁵⁰. Existen, en este sentido, importantes divergencias entre los autores⁹⁵¹.

⁹⁴⁸ Entre ellos destacan **Bonet Ramón, Francisco**: "Derecho público y Derecho privado" en Revista de Derecho Privado, núm. 39, julio-agosto 1955, pág. 648; **Albaladejo García, Manuel**: Derecho Civil, Tomo I. Introducción y parte general, decimoséptima edición. Madrid, 2006, ed. Edisofer S.L., págs. 34-35; **Lacruz Berdejo, José Luis**, op. cit. págs. 19-20; **Villar y Romero, José María**, op. cit. pág. 55 y en **Villar y Romero, José María**: "La transformación del Derecho privado en el Derecho público" en Revista de Derecho Privado, 1943, pág. 411. En general, los autores italianos, ya sean civilistas, ya se dediquen al estudio del Derecho público, también muestran una especial predilección por este criterio. Un buen ejemplo lo encontramos en **Ferrara, Francesco**, op. cit. págs. 71-78 y en **Coviello, Nicola**: Manuale di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Parte generale. Milán, 1910, Ed. Società Editrice Libreria, págs. 15-16. También en Alemania se impuso este criterio, vid. **Enneccerus, Ludwig**: Derecho civil. Parte general. Vol. I. Introducción. Derecho objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del Derecho. Barcelona, 1934, Ed. Bosch, págs. 132-135.

⁹⁴⁹ Así lo pone de manifiesto **Albaladejo García, Manuel**, op. cit. pág. 20, que cita alguna sentencia del Tribunal Supremo: sentencias de 3 de julio de 1941, de 19 de febrero de 1958, de 16 de marzo de 1964, de 4 de marzo de 1967, de 24 de junio de 1968, de 20 de marzo de 1975 y de 30 de abril de 1976.

⁹⁵⁰ Idéntica cuestión se formula con respecto a la figura de la guarda administrativa **Mayor del Hoyo, M^a. Victoria**, op. cit. pág. 21.

⁹⁵¹ **Delgado Echeverría, Jesús**: "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán" en Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Barcelona, 1980, ed. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, págs. 51-52, se hace eco de cómo la legislación de la Generalitat de Cataluña en materia de Derecho público puede comprimir y alterar el Derecho civil aplicable en Cataluña; añadiendo a continuación, que es un dato sobresaliente de la experiencia jurídica de los últimos decenios como el Derecho público, y más específicamente el administrativo, condiciona, modifica y, en definitiva, transforma el Derecho civil tradicional, sin necesidad de alterar formalmente los preceptos de éste.

Por una parte, ciertos sectores de la doctrina apuntan que la Administración, en este tipo de intervenciones, no actúa investida de "*imperium*" hacia otros sujetos, los niños, niñas y adolescentes, que aparecen en un lugar subordinado, por contra, la relación entre el organismo público y la persona menor de edad se da en un plano de igualdad - similar a la existente entre éste y sus progenitores o tutores -, sin perjuicio, eso sí, de que los procedimientos hayan de ordenarse por normas de carácter administrativo. Advierten estos autores que la actividad de la Administración se produce en el espacio propio de las relaciones jurídico-privadas, ya que se está, en definitiva, ante aspectos personales; se trata de atender, representar, administrar a la persona y bienes del menor de edad - idéntica función a la realizada por la potestad y la tutela ordinaria -, cuestión ésta que pone en tela de juicio la necesaria sumisión al Derecho público⁹⁵².

Por consiguiente, se considera que en las relaciones jurídicas que entabla la Administración a consecuencia de las disposiciones que facultan su intervención en la protección de menores - tutela *ex lege*, guarda administrativa, acogimientos -, no ostenta ésta una posición de preeminencia, de lo que se infiere que se trata de

Naturalmente, concluye que, este fenómeno ha llevado, entre otras cosas, a poner en cuestión la misma funcionalidad de la distinción entre Derecho público y Derecho privado.

⁹⁵² **Arellano Gómez, Francisco Javier**: "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 612, septiembre-octubre 1992, pág. 2104-2105, defiende que la asunción de la tutela *ex lege* por el ente público incide en el campo del Derecho de las personas; por tanto, no son actos administrativos, sino actos de un organismo público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil. De ahí que hayan de decaer las prerrogativas o potestades exorbitantes de la Administración propias de su derecho estatutario o administrativo. Esta misma idea la presenta **Lorca Martínez, José**: "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo" en Actualidad Civil, núm. 24, junio 1989, pág. 1820-1821, al afirmar que la asunción de la tutela *ex lege* por el Ente Público y el ingreso en un centro público de un menor abandonado sometido a patria potestad, incide en el campo del Derecho de las personas - no son actos administrativos sino actos de un Ente Público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil - y no puede entenderse que afecte a ningún derecho fundamental, sino que, al contrario, se busca la vigilancia de sus derechos.

relaciones de Derecho privado⁹⁵³. Añadir, además, que al margen de los aspectos de organización y aplicación de medios personales y materiales, que siguen regulados por las normas jurídico-administrativas, el resto de actuaciones emprendidas por el órgano público competente en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia - desde que inicia su actividad de investigación, pasando por la valoración de los supuestos de hecho y finalizando con la declaración y posterior seguimiento de las situaciones de desamparo -, todas ellas pertenecen, en realidad, a la órbita del Derecho privado⁹⁵⁴.

Si uno de los objetivos del Derecho civil es la creación de un ámbito de responsabilidades donde debe crecer y desarrollarse el ser humano, no puede soslayarse que las situaciones de desamparo y las medidas de protección que de ella se derivan, se dirigen hacia el más pleno y armonioso desarrollo de la persona dentro de una “*vida familiar normal*”⁹⁵⁵. Este enclave no se desvirtúa por la necesaria y prudente influencia pública en las instituciones que albergan una determinada función social o actúan en interés de la colectividad⁹⁵⁶.

⁹⁵³ **Vargas Cabrera, Bartolomé**: "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas" en Anuario de Derecho Civil, abril- junio 1991, Tomo XLIV, fasc. II, págs. 612-613, apunta que por lo que respecta a la Administración no debe olvidarse que a partir de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, toda su actividad de intervención en la tutela, guarda y adopción de menores está plenamente sometida al Derecho privado, sustantivo y procesal. Por ello, concluye que, en las relaciones jurídicas que entabla la Administración pública en este ámbito, no ostenta una posición de preeminencia, como ocurre cuando se trata de disciplinas integradas en el Derecho administrativo. Repite dicha argumentación en **Vargas Cabrera, Bartolomé**: La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Granada, 1994, Ed. Comares, págs. 4-5 y 383.

⁹⁵⁴ El propio Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, tras reconocer que estas instituciones - en particular la figura del acogimiento - se habían regulado por dispersas normas administrativas, se entiende que ya reúnen la sustantividad necesaria para ser dignas de incluirse en el Código civil, con lo que también se logrará unificar prácticas divergentes y difundir su aplicación. Por otra parte, la **Fiscalía General del Estado**, en su Memoria elevada al Gobierno de S.M. en 1989-1990, págs. 239-262, establece que los entes públicos no tienen una posición de privilegio en la protección de menores que se regula en la Ley de 1987.

⁹⁵⁵ **Arellano Gómez, Francisco Javier**, op. cit. pág. 2093.

⁹⁵⁶ Ese interés público – protección a la infancia en situación de riesgo o desamparo - es diferente del oficio o función de Derecho público que a algunos civilistas, como **Antonio Cicu**, sirvieron para negar al Derecho de

El Tribunal Supremo, en una línea argumental consistente y duradera en el tiempo - sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 y sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2004 -, ha venido manteniendo, en relación a una materia que dista enormemente del eje central de nuestro análisis, cual es el derecho de propiedad, una tesis o razonamiento que puede ser perfectamente extrapolable al ámbito o sector del conocimiento que nos ocupa. La jurisprudencia, frente a la recurrente controversia suscitada sobre cuál debe ser el criterio o elemento indicador seleccionado para dirimir el ámbito de actuación del Derecho público y del privado, se pronuncia en el siguiente tenor literal: *"tradicionalmente se ha admitido que el método para atribuir competencia al orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo está constituido por la posición que adopte la Administración en sus relaciones con las demás personas físicas o jurídicas. Cuando aparece como sujeto de derechos y obligaciones en situación de equidad con los particulares, se someterá al Derecho privado y corresponderá la jurisdicción al orden civil. Cuando actúe en el ejercicio de una función pública típicamente administrativa, esto es, como poder público, manifestando su voluntad a través de actos administrativos sujetos al Derecho público, la potestad corresponderá a los Jueces y Tribunales del ámbito contencioso-administrativo. Existen, sin embargo, supuestos en los que, aun actuando la autoridad en el ejercicio de potestades públicas, su actividad tiene por*

familia la categoría de Derecho privado. **Castán Tobeñas, José**, op. cit. págs. 102-103, identifica dos acepciones del adjetivo público. Unas veces, público equivale a *estatal* y otras veces significa *social* o *común*. Y así, normas de Derecho público son las que afectan al Estado - primera connotación - o las que interesan a la sociedad o comunidad humana - segunda acepción, que atiende no tanto al objeto de la norma, sino a su inderogabilidad por la libre iniciativa de los particulares -. Aprovechando esta disyuntiva **Cicu, Antonio**: *Il Diritto de Famiglia. Teoria generale*. Roma, 1914, pág. 106 y **Cicu, Antonio**: *Diritto Civile. Della figliazione*. Bolonia, 1923-1924, Ed. Universidad de Bolonia, págs. 7-11, apuntó que el centro de gravedad no es la idea de derecho subjetivo, sino la del deber jurídico. La estructura interna de la familia detecta la existencia de un interés familiar que no es un interés individual, sino uno superior inserto en una relación de carácter orgánico que justifica la injerencia del Estado en dicho ámbito. Por su parte **Fosar Benlloch, Enrique**: *Estudios de Derecho de familia. Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia*. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 23-24, sigue considerando que el Derecho de familia es Derecho privado, y más concretamente Derecho civil. Y ello, sean cuales fueren las razones por las que algunos civilistas, en los años treinta y principios de los cuarenta del siglo XX, pretendieron, siguiendo las huellas de **Antonio Cicu**, incluir el estudio del Derecho de familia en el ámbito del Derecho público o crearon un híbrido con aquél, mixto de Derecho público y privado, *tertium genus* de uno y otro.

objeto la garantía o definición de relaciones de Derecho privado. En estos casos, por lo general, el ordenamiento jurídico español considera prevalente el carácter objetivo de la materia, defiriendo la cuestión civil planteada a esta jurisdicción". Amén de este claro pronunciamiento, el propio Tribunal Supremo manifiesta y reconoce acto seguido la "falta en nuestro sistema de una definición clara de lo que se considera como cuestión civil".

Pues bien, glosando las principales ideas interpretativas emanadas de estas sentencias y trayéndolas a colación en el sector del conocimiento que nos ocupa, parece entreverse que la jurisprudencia es partidaria de considerar que la resolución administrativa mediante la que se declara la situación de desamparo de un menor y se adoptan las oportunas medidas para su salvaguarda, no es más que un acto administrativo; que goza de todos los caracteres propios de las resoluciones emanadas de los poderes públicos - presunción de validez y, por tanto, eficacia inmediata y la consiguiente ejecutividad ⁻⁹⁵⁷. En consecuencia, la razón que explicaría que finalmente se haya atribuido el control de este tipo de actos administrativos a los Jueces y Tribunales del orden civil, radica en la incidencia que estos tienen en la definición o configuración de relaciones de Derecho privado - se concretaría así la llamada "*cuestión civil*". No se trata, pues, de que la Administración actúe en situación de igualdad con los particulares y, por tanto, sometida al Derecho privado. La Administración procede como poder del Estado investida de prerrogativas. Sin embargo, su intervención afecta al contenido de relaciones de Derecho privado - potestad, tutela, guarda -. Tal posibilidad, sin ir más lejos, es admitida por la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que en su artículo 3 apartado a) nos recuerda que "no corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

⁹⁵⁷ Palma del Teso, Ángeles (de), op. cit. pág. 430.

las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública".

Otro sector doctrinal, sin embargo, ha optado por situarse en posiciones antagónicas a las referenciadas, y contraargumentar frente a los que defienden que la Administración, en sus distintas acepciones, actúa en este sector como si de un particular se tratara, que en realidad nos hallamos ante instituciones propias del ordenamiento público, artificialmente "*civilizadas*" y que, en consecuencia, su inclusión en las disposiciones civiles es meramente formal. No deja de ser cierto, indican los seguidores de esta posición ideológico-técnica, que los poderes públicos actúan legitimados por el dictado de un acto administrativo que ha de reunir todos los requisitos exigidos por la ley, y limitados, desde un punto de vista competencial, por razón del territorio. Aspecto este último, que demostraría con claridad meridiana su adscripción a las prerrogativas del *ius publicum*.

Bajo este prisma, la tutela que ostentan las entidades públicas sobre los menores en situación de desamparo sería una figura propia del Derecho administrativo. Así, la reforma del sistema de protección a la infancia operado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, no supuso una *administrativización* de la tutela, sino que, por el contrario, *civilizó* la figura administrativa de la protección de menores. Esta transformación no se operó por razón de técnica jurídica alguna, ni porque el legislador de la época considerara que el Derecho civil fuera la sede ideal de tales instituciones, sino que los motivos que inspiraron tal decisión fueron pura y simplemente de carácter pragmático: procurar una cierta unificación legislativa en todo el territorio del Estado en una materia en que todas las Comunidades

Autónomas habían asumido competencias⁹⁵⁸. Se defiende así que la citada *civilización* introducida en 1987, respecto de la tradicional intervención de la Administración en el ámbito de la protección de menores, presenta no pocos problemas teóricos y prácticos. La primera de esas dificultades, de no escasa trascendencia, radica en la dualidad de jurisdicciones.

También cabe ofrecer una explicación más histórica del proceso de "publificación" que se ha perpetrado en este sector del ordenamiento jurídico. De conformidad con esta particular visión del asunto, es a partir de la segunda mitad del siglo XX, que la atención de los poderes públicos al menor deja de ser concebida como una simple atención benéfica, concurrente o no con la de otras instituciones de carácter privado, pasando a catalogarse y a ser regulada como una responsabilidad directa e ineludible, como una obligación de las autoridades competentes, correlativa a los derechos de la infancia y la adolescencia sancionados por la Constitución española y por los Tratados internacionales que la protegen⁹⁵⁹. En ese contexto, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, rompió con el modelo privatista de las regulaciones anteriores. La protección de la persona menor de edad se articula, a partir de esos momentos, bajo el principio básico de la "responsabilidad pública" - previsto en el artículo 39 de la Constitución española y en los artículos 3.2 y 20.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño -. Tal circunstancia, significó una superación de los

⁹⁵⁸ **De Pablo Contreras, Pedro**: "Comentarios al artículo 172 del Código civil - Ley 21/1987, de 11 de noviembre -" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.)**: Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Madrid, 1993, Ed. Tecnos, págs. 62-64.

⁹⁵⁹ Está de acuerdo con esa opinión **Carretero Espinosa de los Monteros, Carmen**: "Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras" en Publicaciones de la Asociación e Letrados de la Junta de Andalucía, marzo de 2010, Ed. Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, págs. 1-3.

planteamientos privatistas vigentes hasta entonces y exigió de los poderes públicos algo más que una mera función de arbitraje o intermediación⁹⁶⁰.

Un último argumento esgrimido por este grupo de juristas, defensor acérrimo del carácter público de la normativa protectora de la niñez, se centraría en tratar de catalogar la actividad desarrollada por el órgano competente en materia de defensa y tutela de menores, dentro de una de las tres formas en que tradicionalmente se ha venido ordenando la actuación de los poderes públicos del Estado: policía, fomento y servicio público.

Una lectura inicial de la cuestión nos conduciría a excluir, "a priori", por definición, la posibilidad de encuadrarla dentro de cualquiera de las dos primeras opciones. Efectivamente, el elemento unificador, tanto en la función de policía como en la de fomento, es la destacada presencia y el protagonismo otorgado a la figura del particular: en la primera, utilizando una serie de medidas coercitivas para que éste ajuste su comportamiento a un fin de utilidad pública; en la segunda, protegiendo o promoviendo aquellas actividades adeudadas a los individuos y que dan respuesta a las carencias de la comunidad.

El servicio público, por el contrario, se significa por ser una modalidad de la acción administrativa consistente en la satisfacción directa de las necesidades ciudadanas, mediante la intervención de la propia Administración a través de órganos creados al efecto y con exclusión o en concurrencia con los administrados. Esta sería, por tanto, la descripción administrativa que parece cohonestarse a la perfección con la intervención asignada a las entidades encargadas del bienestar de la infancia y la

⁹⁶⁰ **Calvo García, Manuel:** "Transformaciones del Derecho civil" en **Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho. Área de Derecho civil (Coord.):** Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Verdejo. Vol. II. Barcelona, 1993, Ed. José María Bosch Editor, S.A., pág. 1027.

adolescencia, así como de la normativa diseñada para alcanzar con éxito dicha finalidad⁹⁶¹.

5.3. CONVIVENCIA MATERIAL ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA PERSONA COMO RESPUESTA

Apuntadas las dos grandes líneas del pensamiento moderno sobre el carácter público o privado de las instituciones tuitivas y protectoras de los niños, niñas y adolescentes, podría pensarse, por qué no, en la viabilidad de instaurar una tercera vía o concepción intermedia que, tomando en consideración el carácter público que reviste toda intervención de la Administración en el ámbito de la prestación de un servicio comunitario enmarcado dentro de las políticas sociales y, sin olvidar, el debido respeto al procedimiento administrativo establecido a dichos efectos, tuviera también presente la naturaleza o esencia eminentemente privada de las figuras legales que están siendo objeto de aplicación y sobre las que se erige o fundamenta el actual modelo o sistema de intervención. No debe confundirse materia con modo de regulación y la naturaleza privada o pública del Derecho depende del asunto, o sea, de la cualidad de los intereses y relaciones objeto de la disciplina jurídica, y no del modo de disciplinarlos.

Durante décadas parecía imperiosa la necesidad funcional de parcelar el estudio y el análisis del Derecho, pero esta apremiante exigencia no debiera servir ahora como excusa para justificar ruptura alguna de la primordial unidad del ordenamiento jurídico⁹⁶².

⁹⁶¹ **Garrido Falla, Fernando; Palomar Almeda, Alberto y Losada González, Herminio:** Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Parte general, duodécima edición. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, págs. 149-153, evoca que el servicio público implica una actividad para la satisfacción de necesidades públicas que, por consecuencias de circunstancias históricas determinadas, pasa a manos del Estado con carácter exclusivo o no; en cualquier caso se trata de actividades que sin repugnancia podrían estar en manos de particulares.

⁹⁶² Citado, por **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. pág. 121.

Por razón del postulado de esa pretendida uniformidad, así como por efecto de la meteórica evolución de las circunstancias sociales, que ha provocado - a partir sobre todo de la II Guerra Mundial - la alteración de las estructuras socio-económicas, y también por la acentuada presencia de los poderes públicos en la vida individual y comunitaria de los ciudadanos, e incluso, por qué no decirlo, por la asunción estatal de numerosas técnicas e instrumentos iusprivatistas, la inveterada distinción entre Derecho público y Derecho privado ha entrado en proceso de crisis y decadencia⁹⁶³. Como reflejo de este planteamiento crítico, se pone de relieve que mientras unos autores se refieren a la "publicación" del Derecho privado⁹⁶⁴, lo que se ha calificado como la invasión del Derecho privado por el Derecho público⁹⁶⁵, otros creen, en cambio, percibir una "privatización" del Derecho público. Y no faltan quienes patrocinan el abandono de la misma distinción, por estimarla superada o caduca, o sugieren dotarla de una nueva perspectiva sociológica⁹⁶⁶.

DE CASTRO, máximo valedor de esta propuesta ecléctica, propugna una construcción en la que, frente a las escuelas dualistas - aquéllas que defienden a ultranza la división entre *ius publicum* y *ius privatum* -, quede afirmada la unidad del Derecho, y frente a las doctrinas negativas - mantenedoras a toda costa de la

⁹⁶³ **Lasarte Álvarez, Carlos**, durante una intervención en el I Congreso de Derecho vasco, diciembre de 1982, reseña de Asua-Igartuca, en Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1983, pág. 480, hace mención a la tendencia a abrir los vasos comunicantes existentes entre las artificiosas y formales catalogaciones del Derecho.

⁹⁶⁴ **Arce y Flores Valdés, Joaquín**: El Derecho civil constitucional. Madrid, 1986, Ed. Cuadernos Civitas, págs. 31-32.

⁹⁶⁵ Entiende a este respecto **Garrido Falla, Fernando**: Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte General. Madrid, 13a edición, 2002, Ed. Tecnos, pág. 135, que la invasión del antiguo campo jurídico-privado se ha producido a través de unas determinadas técnicas operativas que, de más a menos, según el grado de intensidad intervencionista, se han denominado: anexión pura y simple; protectorado; limitaciones de policía; e, infiltraciones.

⁹⁶⁶ Considera **Garrido Falla, Fernando**, op. cit. págs. 135-136, que junto al proceso de publicación del Derecho civil se da una simultánea y paralela tendencia de socialización del ordenamiento jurídico-privado.

uniformidad del sistema jurídico -, se sostenga la variedad funcional de las disposiciones legales. Esta dicotomía, le lleva a afirmar, en una opinión que compartimos, que no debe fraccionarse el Derecho positivo en dos campos o esferas separadas, sino que procede clasificar sus reglas en atención a la dirección hacia la que puedan ser orientadas de acuerdo con los dos grandes principios informadores e inspiradores del modelo - comunidad y personalidad -, ambos dirigidos, como ya se apuntó con anterioridad, hacia un fin común y en constante y necesaria colaboración⁹⁶⁷. El Derecho privado no es sólo el derecho del egoísmo individual, sino también el del altruismo social⁹⁶⁸.

En esa línea de pensamiento, es clave evocar y enfatizar la distinción existente entre la naturaleza de la institución en sí misma considerada, y la de los procedimientos que llevan a ella. Así, por ejemplo, la esencia de la tutela *ope legis*, atribuida a los órganos administrativos competentes para aquellos casos verificados de desamparo - situación de hecho que ellos mismos evalúan sirviéndose de sus propios equipos multidisciplinares -, se resuelve atendiendo a unos parámetros o presupuestos regulados por procedimientos estrictamente administrativos, cuestión ésta que no contradice en absoluto el hecho de que el producto final de esa actuación se inscriba en la órbita del Derecho privado. Lo que en ningún caso podrá negarse es el protagonismo concedido a los entes públicos administrativos en cuanto sujetos de derecho que personifican los intereses generales de la comunidad - en este caso los de la infancia y la adolescencia desprotegida o en situación de riesgo -.

⁹⁶⁷ **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 91-96. También **Castán Tobeñas, José**, op. cit. pág. 102, sustenta que los intereses del colectivo y los intereses de los particulares no son términos irreductibles. Al Estado interesa la situación de los individuos, que, generalmente, redundan también en beneficio de la comunidad, y a la inversa, lo que atañe a la *pública utilitas* afecta a cada hombre en singular.

⁹⁶⁸ **Ferrara, Francesco**, op. cit. pág. 79.

A este respecto, los administrativistas reconocen que los poderes públicos detentan la facultad de poder concluir actividades, que si bien desde una perspectiva meramente interna, por lo que a su formación y constitución se refiere, se hayan sometidas al Derecho público, en cambio, están llamadas a desarrollar una función externa materialmente sujeta al Derecho privado. El supuesto más característico que ejemplifica esta eventualidad, es el de la celebración de un contrato de carácter privado por parte de los organismos públicos, posibilidad reconocida de manera expresa en nuestro Derecho por los artículos 20 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público⁹⁶⁹ y 2.b) de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa. En este tipo de negocios jurídicos, antes de llegar al convenio definitivo hay que superar una fase, llamémosla preparatoria, encomendada al Derecho administrativo, sin perjuicio de que el producto final obtenido se rija por las reglas y principios propios del Derecho privado. En definitiva, se trata de trazar una meridiana separación entre la articulación interna y externa de un complejo de normas e instrucciones, si bien públicas, incidentes sobre una relación fundamentalmente privada. Tal y como se encarga de recordarnos la doctrina administrativa, esta sería la calificada como teoría de los actos administrativos separables⁹⁷⁰, que entendemos perfectamente aplicable al contexto material objeto de nuestro estudio.

⁹⁶⁹ Redacción según Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.

⁹⁷⁰ Vid en este sentido **García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás, Ramón**: Curso de Derecho administrativo, Vol. I., decimotercera edición. Madrid, 2006, Ed. Thomson. Civitas, pág. 431, quienes afirman que la actuación de las Administraciones en el ámbito jurídico-privado debe ir precedida o acompañada de resoluciones, e, incluso procedimientos complejos, inequívocamente jurídico-públicos; es la doctrina llamada de los actos administrativos separables, reconocida de manera expresa en nuestro Derecho, tanto legalmente como jurisprudencialmente. En una línea similar **Muñoz Machado, Santiago**, op. cit. pág. 856, refiriéndose a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre la materia, destaca que éstas pueden adoptar normas de Derecho público que incidan en algunos derechos privados tradicionalmente incluidos en la legislación civil.

Partiendo de esta última percepción público-privada de la normativa reguladora de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia, a la que nos adscribimos de manera incondicional, personificada en la teoría intermedia de DE CASTRO, y dejando temporalmente al margen la periclitada distinción entre Derecho público y Derecho privado, ya originariamente conceptualizada como de oscura y polémica⁹⁷¹, consideramos que todas las cuestiones que giran en torno a los mecanismos y dispositivos legales arbitrados por nuestro sistema jurídico para velar por el normal y adecuado desarrollo de las personas menores de edad - sean de carácter privado o público - encuentran su razón de ser y, por ende, deben ser técnica y metodológicamente ubicadas dentro de una rama autónoma y sustantiva de la normativa civil, cual es el Derecho de la persona⁹⁷².

Si se admite que la función esencial, por no calificarla de única o exclusiva, desempeñada por los instrumentos de cuidado y amparo de los individuos que, por razón de su edad, se encuentran en fase de crecimiento y formación, es la de garantizar el libre e integral desarrollo de su personalidad, es decir, dotarles de las herramientas jurídicas necesarias que aseguren su atención personal y patrimonial - a través de la figura de la representación legal y de la administración de su patrimonio - durante toda su etapa de minoridad, no resta mejor opción que la de subsumir el núcleo básico de su regulación en las reglas y parámetros propios de las disposiciones emanadas del denominado como Derecho de la persona, ello con total

⁹⁷¹ Para **Perlingieri, Pietro**: "Por un Derecho civil constitucional español" en Anuario de Derecho Civil, Vol. 36, nº. 1, 1983, pág. 54, ya los romanos tenían dificultades en delimitar dicha distinción.

⁹⁷² En este sentido, por tanto, disentimos de la opinión de **Vargas Cabrera, Bartolomé**, op. cit. págs. 4-5 y 383, que ubica esta materia dentro del Derecho de familia. Sí compartimos, en cambio, la posición de **Lorca Martínez, José**: "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo" en Actualidad Civil, 1989-2, págs. 1820-1821, que apunta que la asunción de tutela *ex lege* por el ente público y el ingreso en un centro público de un menor abandonado sometido a patria potestad, incide en el campo del Derecho a la persona - no se trata de actos administrativos, sino acciones de un ente público adoptados de un modo supletorio y sometidos al Derecho civil -.

independencia de las posibles remisiones, por lo que a su estructura y puesta en funcionamiento se refiere, a normas de carácter administrativo.

Entre las muchas singularidades que este ámbito del Derecho privado presenta en comparación con los restantes sectores del ordenamiento jurídico, quizá sea la más notable y llamativa, una paradójica situación de inflación valorativa que puede caracterizarse como propia de un estatuto jurídico de gran importancia, unánimemente reconocido, pero de contenido realmente mínimo, en parte anacrónico y en el resto disperso y descodificado⁹⁷³, configurado siempre por oposición o exclusión respecto de las relaciones económicas y familiares, hasta el extremo de llegar a ser calificada como una "área deprimida del Derecho civil"⁹⁷⁴.

Precisamente, la situación del Derecho de la persona en el proscenio del Derecho privado y su conexión directa con la Teoría general del Derecho han colocado a esta normativa en una situación ambivalente e híbrida por lo que a su naturaleza pública o privada se refiere⁹⁷⁵, de modo que, "nos situamos en esa zona del sistema donde Derecho público y Derecho privado encuentran su punto de más radical convergencia"⁹⁷⁶.

⁹⁷³ **Ramos Chaparro, Enrique**: La persona y su capacidad civil. Madrid, 1995, Ed. Tecnos, pág. 157.

⁹⁷⁴ Por **Sacco, Rodolfo**: "Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo)", en Rivista di Diritto Civile, n.º. XXI, Parte III, 1975, pág. 343.

⁹⁷⁵ **Alonso Pérez, Mariano**: "Reflexiones sobre el valor y el concepto de la persona en el Derecho civil de España" en Anuario de Derecho Civil, Vol. 36, n.º. 4, 1983, pág. 1121. Por su parte, **Arce y Flores Valdés, Joaquín**, op. cit. pág. 29, hace referencia a la contribución constitucional a la interrelación e interpenetración del Derecho público y el Derecho privado.

⁹⁷⁶ **Gordillo Cañas, Antonio**: Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 14.

Es tradicional, además, señalar el carácter imperativo de las normas referentes a la persona, la extraterritorialidad de su régimen jurídico, así como otras notas características del mismo que lo distinguen del grueso de la normativa privada y de sus reglas generales de aplicación⁹⁷⁷. De lo anterior, no obstante, no suele deducirse más que una especialidad, una restricción del principio de la autonomía privada de la voluntad en aras del interés o del orden público, mas no su naturaleza propiamente administrativa desde una concepción global de la materia.

En otro orden de cosas, tampoco debe obviarse ni menospreciarse el servicio prestado por la noción abstracta de persona a la teoría iuspublicista moderna y contemporánea, a través del doble expediente de la personificación y la publicación. Puede afirmarse, por tanto, que el actual Derecho público no puede explicarse ni aplicarse sin las categorías formalistas de la personalidad, y que recíprocamente el Derecho privado de la persona tampoco puede serlo sin las categorías iuspublicistas del orden público y la imperatividad absoluta. A ello cabe añadirle el hecho de que la constitucionalización de muchos derechos de la personalidad como "fundamentales", junto con las libertades públicas, borra la frontera público-privada en el núcleo mismo del régimen jurídico de la persona.

En conclusión, es ésta la rama del ordenamiento donde más claramente se identifica y pone de manifiesto la crisis existente en la secular distinción del Derecho entre *ius publicum* y *ius privatum*, a la que anteriormente hacíamos referencia y, tal vez, no afrontar de plano esta dificultad sea una de las causas fundamentales de los múltiples y estériles debates que todavía hoy se suscitan alrededor de cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la normativa reguladora de las instituciones protectoras de la infancia y la adolescencia.

⁹⁷⁷ Como serían sus especialidades procesales: intervención necesaria del Ministerio Fiscal, actuación de oficio o eficacia *erga omnes* de la cosa juzgada, por citar algunas.

En el ámbito más estrictamente civil, la primacía de esta visión interdisciplinar, inherente al propio concepto de persona, debe conducir a la superación de la concepción rigurosamente privatista de las disposiciones reguladoras del régimen jurídico de los instrumentos de atención y protección de las personas menores de edad, que se reconoce, en la actualidad, como insuficiente, y asumir la interferencia o yuxtaposición del Derecho público. Se da aquí, por tanto, lo que podría calificarse como un *tertium genus*. El Derecho de la persona, en esencia, no es ni público ni privado, ni tampoco, propiamente, las dos cosas a la vez. Se da, por contra, una interconexión entre ambas nociones, si bien la preponderancia del principio de personalidad consigue unificar el régimen de forma que éste no quede como el punto de equilibrio entre dos fuerzas contrapuestas - individuo y comunidad -, sino como la garantía del desarrollo pleno de la personalidad en todos sus aspectos, incluido el social o comunitario.

En efecto, los sectores del ordenamiento que se ocupan de regular las situaciones de *status*, aunque históricamente formen parte del Derecho civil, vienen considerándose desde antaño, como cada vez más próximos al Derecho público⁹⁷⁸, y es en este ámbito donde los principios de personalidad y comunidad encuentran su primer punto de bifurcación y, por ello, pertenecen aún al Derecho de la persona y participan de la apuntada naturaleza *sui generis* del mismo⁹⁷⁹.

⁹⁷⁸ Un claro ejemplo podríamos encontrarlo en materia de nacionalidad, donde la consideración "publicista" ganó terreno con la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que dio redacción al punto 5 del artículo 22 del Código civil español, atribuyendo competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa. No altera esa remisión la última reforma introducida en este ámbito por la Ley 36/2002, de 8 de octubre.

⁹⁷⁹ En esta misma línea, **Ramos Chaparro, Enrique**, op. cit. pág. 167, apunta que el principio de comunidad predomina más en el *status civitatis*, que procura a la persona una protección basada en vínculos políticos, mientras que el de personalidad prevalece actualmente en el *status familiae* que, sobre todo, mediante la filiación liga a la persona con su comunidad natural de origen, generando consecuencias protectoras de todo orden y, también, a través del matrimonio, regula las relaciones personales más íntimas, instaurando un estatuto igualitario en el que el interés supraindividual de la familia da origen a peculiares deberes y derechos en el marco de una relación claramente jurídico-privada, cualquiera que sea el criterio de distinción que se utilice.

Manteniéndonos en los campos estrictamente privatistas, generados por los caracteres fundamentales de la persona-sujeto - capacidad y derechos inherentes al individuo -, la influencia del principio de comunidad y del Derecho público continúa implicándose con la *singulorum utilitas*, en el sentido de que existe un evidente y prioritario interés general en la protección integral de la persona como garantía de realización del mismo orden público. Esta innovadora visión exige la actuación de los órganos de la administración en pro de la defensa y promoción de los valores superiores del individuo, para hacerlos, tal y como fija la Constitución, "reales y efectivos" - artículo 9.2 -; de ahí que pertenezca igualmente al Derecho de la persona, aunque no sea estrictamente Derecho privado, el desarrollo de ciertos derechos fundamentales que no se consideran comúnmente como de la personalidad - el derecho a la educación, por citar un ejemplo - o de muchos principios rectores de la política social que derivan del paradigma antropológico personalista, como los consagrados en los artículos 39.4 - niños -, 48 - juventud - o 49 - disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos -, todos ellos de la Constitución española. Esta legislación, así como todas sus derivaciones orgánicas y normativas, al estar al servicio de la institución de la persona y derivar de ella, conciernen, en definitiva, a su mismo régimen jurídico general, de forma que la adscripción de este "*Derecho administrativo de la persona*"⁹⁸⁰ al Derecho público se debe también a una razón extrínseca, meramente histórica, asociada al desarrollo de la teoría y la praxis del Estado social y democrático de Derecho.

El anterior es el espíritu que parece dimanar del Libro II, relativo a la persona y la familia, del Código civil de Cataluña. En un intento de proseguir el camino ya iniciado por la Ley catalana 11/1996, de 29 de julio, de modificación de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, el vigente Código

⁹⁸⁰ Arce y Flores Valdés, Joaquín, op. cit. págs. 69-84.

catalán propugna abiertamente la necesidad de reforzar el ámbito de la autonomía de la persona.

Además, la distinción trazada entre persona física y familia contenida - refiriéndose al Libro II del Código civil de Cataluña - en el artículo tres de la Ley catalana 29/2002, de 30 de diciembre, que aprueba la Primera Ley del Código civil de Cataluña, ha permitido enfatizar el protagonismo que ha de atribuírseles a las instituciones tutelares, otorgándoles un tratamiento autónomo e independiente que las aleja, en parte, de la simple consideración y tratamiento como meros sucedáneos de las relaciones familiares. Es en ese mismo contexto, en el que el capítulo VIII del Título primero del Libro II del Código civil de Cataluña incorpora a la norma, los aspectos civiles de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, y tiene en cuenta el nuevo modelo de atención y protección de la infancia y la adolescencia instaurado por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la Infancia y la Adolescencia.

Por primera vez en nuestro entorno jurídico, la norma civil más emblemática emanada del Parlamento de Cataluña ha integrado, junto con las demás instituciones de protección a la persona, la regulación básica concerniente a la atención y cuidado de los menores en situación de desamparo, remitiendo a la legislación especial sobre la materia, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, todo lo relativo a los indicadores del desamparo, las medidas de protección y sus modificaciones, el procedimiento de su adopción y revisión, así como el régimen de recursos y sus causas de extinción. Con ello se pone fin a la tradicional discriminación existente en nuestro ordenamiento civil, consistente en mantener en una ley especial, fuera de la codificación vigente, el régimen jurídico aplicable a las personas menores de edad en situación de desamparo, es decir, aquellos respecto a los que no cabe constituir una tutela

ordinaria, porque en su círculo cercano no hay sujetos que se puedan hacer cargo de ellos.

5.4. LA DUALIDAD DE JURISDICCIONES: MENCIÓN ESPECÍFICA A LAS AUTORIZACIONES DE ENTRADA EN DOMICILIO CON EL FIN DE EJECUTAR LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD

La determinación de cuál es la jurisdicción competente en los casos en que se precise hacer efectiva una resolución de desamparo o una de las medidas acordadas por la autoridad administrativa ha generado, en la práctica, un cierto grado de polémica - no resuelta todavía en determinadas Comunidades Autónomas -, que ha llevado a las instancias judiciales a tener que pronunciarse sobre este asunto⁹⁸¹.

En este contexto, la cuestión que se nos plantea gira en torno a si la autorización de entrada en un domicilio particular para ejecutar una resolución proveniente de un organismo público no sometida al derecho administrativo, tal y como acontece en este ámbito de la protección de menores en que la Administración opera supeditada al derecho privado y el control de sus decisiones corresponde al orden civil⁹⁸², concierne a la jurisdicción contenciosa o más bien al ámbito competente desde un punto de vista sustantivo o material. La duda surge desde el preciso instante en que tan solo la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa hace referencia de manera expresa a los supuestos de autorización de entrada para ejecutar actos administrativos, no así las normas reguladoras de los restantes órdenes

⁹⁸¹ **Herrero Perezagua, Juan Francisco**: Tutela cautelar del menor en el proceso civil. Barcelona, 1997, Ed. CEDECS, págs. 84-85.

⁹⁸² En este sentido se pronuncian: la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/90; la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de conflictos, de 9 de julio de 1997; y la sentencia del Tribunal Supremo, Sala contencioso-administrativa, de 14 de marzo de 2006.

jurisdiccionales, a pesar de que los poderes públicos actúen en ocasiones en el contexto material propio de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente el civil o el social.

Pareciera pues, "a priori", que los Juzgados de lo contencioso-administrativo tuvieran, en todo caso, claramente asignada la atribución objetiva para conocer de las autorizaciones de entrada en domicilio con el fin de proceder a la ejecución forzosa de las resoluciones dictadas en causas relativas a la atención y de cuidado de menores⁹⁸³.

En efecto, el artículo 91.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial - en redacción dada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio⁹⁸⁴ - y el artículo 8.6 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹⁸⁵, atribuyen a los Juzgados de lo contencioso-administrativo: "el conocimiento de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública".

⁹⁸³ El Tribunal Constitucional ha declarado en reiteradas ocasiones, sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero y Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1992, de 14 de mayo, entre otras, que la Administración precisa de autorización judicial para entrar en un domicilio al efecto de ejecutar una resolución administrativa. Así, el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio - artículo 18.2 de la Constitución española - se erige en un límite a la autotutela ejecutiva o privilegio de ejecutividad de los actos administrativos.

⁹⁸⁴ Establece este precepto que: "Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento del titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración".

⁹⁸⁵ En redacción dada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Ciertamente, también hay numerosos precedentes que avalan la competencia de este *usus fori*. Así ocurre, en el caso del auto dictado el 30 de enero de 2001 por la Sala contenciosa-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que efectivamente atribuye al Juzgado provincial de su mismo ámbito de actuación, la competencia respecto de la autorización de entrada para ejecutar una resolución de desamparo de menores⁹⁸⁶. En idéntico sentido, se pronunciaron las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla-La Mancha, en sentencias de 2 de julio de 2001⁹⁸⁷ y de 26 de enero de 2009⁹⁸⁸; de La Rioja, en sentencia de 12 de mayo de 2009⁹⁸⁹; de Madrid, en sentencias de 22 de mayo⁹⁹⁰ y 27 de septiembre de 2001⁹⁹¹; y de Andalucía - Granada -, en sentencia de 25 de septiembre de 2000, manifestándose, en este último caso, "que autorizar la penetración en el domicilio de los implicados, no significa prejuzgar la acción de la Administración en cuanto a la declaración de desamparo se refiere, ámbito propio de los Juzgados de Familia"⁹⁹².

⁹⁸⁶ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, de 30 de enero de 2001 - RJCA\2001\337 -.

⁹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección primera, 50/2001, de 2 de julio - JUR\2001\287058 -.

⁹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección primera, 34/2009, de 26 de enero - JUR\2009\276747 -.

⁹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección primera, 153/2009, de 12 de mayo - JUR\2009\282957 -. Esta resolución pone de relieve que en estos casos el control que corresponde hacer al Juez es el de "garante del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, lo cual significa que no es el Juez de la legalidad y de la ejecutividad del acto de la Administración, sino el Juez de la legalidad de la entrada en domicilio".

⁹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección octava, 565/2001, de 22 de mayo - JUR\2001\226119 -.

⁹⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección novena, 34/2001, de 27 de septiembre - JUR\2002\13466 -.

⁹⁹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección primera, 1309/2000, de 25 de septiembre - RJCA\2000\1493 -.

De igual modo parecen inclinarse por esta misma solución, aunque de manera más indirecta, al abordar un recurso en la materia sin cuestionarse la competencia objetiva para conocer de la misma, las Salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en sentencia de 14 de septiembre de 2009⁹⁹³; y de Murcia, en sentencias de 18 de marzo de 2005⁹⁹⁴ y de 18 de marzo de 2008⁹⁹⁵; así como la Audiencia Provincial de Badajoz, en resolución dictada en un proceso de oposición civil a medidas de protección de menores, de 21 de enero de 2003⁹⁹⁶.

Según esta doctrina jurisprudencial, el Juzgado de lo contencioso-administrativo - único llamado a entender, siguiendo esta interpretación, de este tipo de asuntos -, al autorizar esta suerte de entrada domiciliar resta, además, obligado a fijar la forma en que dicha acción deba ser efectuada. Los poderes públicos han de intervenir de un modo proporcionado, valorando los diferentes intereses en conflicto, y teniendo siempre presente el principio del *favor minoris*. Por ello, deberán adoptarse las cautelas y precauciones necesarias para no causarle ningún tipo de perjuicio y evitar, al mismo tiempo, comprometer la reputación de los moradores, respetando en todo caso, sus secretos e intimidad⁹⁹⁷.

⁹⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección primera, 611/2009, de 14 de septiembre - JUR\2009\471351 -.

⁹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, 196/2005, de 18 de marzo - JUR\2007\6170 -.

⁹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, 276/2008, de 18 de marzo - JUR\2008\296682 -.

⁹⁹⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección tercera, 19/2003, de 21 de enero - JUR\2003\131621 -.

⁹⁹⁷ Muy gráfico en este sentido es el auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, de 30 de enero de 2001 - RJCA\2001\337 -, en el que se ratificaba el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 5 de Oviedo, por el que se autorizó la entrada de dos personas designadas al efecto por el Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familia y Adolescencia de la Consejería de Asuntos Sociales y de cinco agentes del Cuerpo Nacional de Policía, como máximo, en el domicilio, y en su caso en los espacios dependientes del mismo, al

La misión de las autoridades judiciales de lo contencioso-administrativo no es, en definitiva, la de controlar la conformidad o disconformidad a derecho del acto que se pretende ejecutar, sino simplemente examinar si se han observado, en la vía de ejecución forzosa, los requisitos formales que como garantía de los administrados recoge la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y demás normas complementarias. De igual modo, les compete verificar la adecuación y la proporcionalidad de la medida adoptada, en nuestro caso la entrada en la requerida vivienda, para dar efectividad a la actuación administrativa⁹⁹⁸. En consecuencia, les concierne verificar las apariencias formales de legalidad del acto, es decir, que éste haya sido dictado por el órgano competente y notificado de manera adecuada, que esté fundado en derecho y que no se haya producido indefensión alguna de las partes. Por tanto, la existencia de una cuestión prejudicial civil que decida en el fondo la legalidad de la actuación administrativa, no ostenta eficacia enervante de la autorización de entrada concedida por el auto de la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁹⁹.

objeto de proceder a la recogida de un menor, en ejecución de una resolución de desamparo por la que se asumió la tutela del menor, estableciendo que la entrada debía efectuarse en horas diurnas, en el plazo máximo de dos semanas, pudiendo repetirse la misma en dos ocasiones más de no ser hallado el menor en la primera.

⁹⁹⁸ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, 828/2007, de 14 de septiembre - JUR\2008\15686 -, nos ofrece un buen resumen de los aspectos que debe tener en cuenta el Juzgado de lo contencioso-administrativo a la hora de autorizar la entrada en un domicilio para hacer efectiva una resolución de desamparo. Establece dicha resolución "el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 de la Constitución española que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto. Junto a estas exigencias, también han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración".

⁹⁹⁹ Vid. el auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección segunda, de 30 de enero de 2001 - RJCA\2001\337-. En el mismo sentido, vid. la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección octava), 556/2001, de 22 de mayo - JUR\2001\226119 -.

A pesar de esta línea argumental presentada, seguida mayoritariamente en el foro judicial español, en Cataluña todavía no ha quedado definitivamente zanjada la polémica acerca de cuál es la jurisdicción competente para conceder la autorización de entrada en un domicilio, a los efectos de proceder a ejecutar la resolución por la que la Administración que tiene asumida la tutela de un menor de edad aplica una medida de protección. Cataluña es la única zona del territorio del Estado en la que se plantea actualmente tal controversia. Ello, se ha entendido que es fruto de que precisamente en esta Comunidad es donde más fuerte e intenso ha sido el proceso de "civilización" de la figura de la tutela administrativa *ex lege* - desamparo -, quedando lógicamente difuminados sus indudables perfiles "administrativos"¹⁰⁰⁰. La asunción por parte de la Generalitat de Cataluña de competencias en materia de protección a la infancia y la adolescencia al amparo del título atributivo "legislación civil" del artículo 149.1.8 de la Constitución española, al contrario de lo sucedido en el resto de territorios autonómicos que optaron por la vía del 148.1.20 de la Constitución española, "asistencia social", nos explicaría el porqué del posicionamiento adoptado por gran parte de los Jueces y Tribunales que operan en esta circunscripción del Estado.

En efecto, en esta Comunidad Autónoma los órganos jurisdiccionales civiles han proclamado su competencia objetiva para conocer de tales autorizaciones de entrada. Este sería el caso, por ejemplo, del auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de diciembre de 1999. Los argumentos jurídicos esgrimidos en esta resolución son los enumerados a continuación: 1) En el artículo 18 de la Constitución española se proclama la inviolabilidad del domicilio y se dispone que no podrá realizarse ninguna entrada sin consentimiento del titular o resolución judicial al efecto. Sin embargo, "el citado precepto no precisa la naturaleza del Tribunal que haya de

¹⁰⁰⁰ Así lo sostiene **Palma del Teso, Ángeles (de)**: op. cit. págs. 439-440.

acordar tal autorización, con lo que es evidente que no determina el orden jurisdiccional competente". 2) Acto seguido, la Audiencia Provincial de Barcelona alude al auto del Tribunal Constitucional 272/85, conforme al cual la autoridad judicial penal no ostenta el monopolio de las autorizaciones de entrada en los domicilios. En la misma dirección, se pronuncia la sentencia del propio Tribunal Constitucional 59/1995, en la que se declara que "el artículo 18.2 de la Constitución española exige tan solo una autorización judicial, sin preocuparse de precisar cuál ha de ser el Juez competente para darla ni el procedimiento a seguir". 3) La Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, había suprimido el artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuía a los Juzgados de Instrucción la autorización de entrada en domicilio para proceder a la ejecución forzosa de los actos de la Administración¹⁰⁰¹. 4) Lo anterior, lleva a la Audiencia Provincial de Barcelona a atribuir a los Juzgados del ámbito civil la competencia para autorizar la entrada en un domicilio cuando ello proceda para la ejecución forzosa de las resoluciones administrativas de desamparo, con fundamento en el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que establecía que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para entender de todas sus incidencias. Ello significa, en suma, que a los Juzgados civiles les corresponderá entender de cuantas cuestiones de carácter subordinado o incidental se deriven o relacionen con la misma, al suponer el orden lógico del procedimiento una conexión indudable entre el acto administrativo resolutorio y el ordenamiento jurídico civil.

¹⁰⁰¹ Parecía pasar por alto esta resolución de la Audiencia Provincial de Barcelona, que si bien es cierto que la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial había suprimido el apartado 2 del artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, al mismo tiempo daba nueva redacción al artículo 91 de la citada norma que, en su apartado segundo, atribuía a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización de entrada en los domicilios cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración. A más abundar, en la misma fecha fue aprobada la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que de forma expresa atribuye, en su artículo 8.6, a los Juzgados de este orden jurisdiccional el conocimiento de esta cuestión.

Con posterioridad, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de julio de 2001 llegó a una análoga conclusión, y "se considera a los Juzgados de Familia competentes para autorizar la entrada en domicilio particular para proceder a la ejecución forzosa de una resolución de la administración autonómica en materia de protección de menores". Los argumentos manejados coinciden plenamente con los invocados por el auto anteriormente reproducido. Tan sólo se suma a este último supuesto, un nuevo razonamiento extraído de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil - Ley 1/2000, de 7 de enero -. Así, al otorgar la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en su Capítulo V del Libro IV, competencia a los Juzgados de Primera Instancia para conocer de la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, también entiende esta resolución que "ha de estimarse que serán igualmente competentes los Juzgados de Primera Instancia para conocer de los incidentes que se planteen en la ejecución de tales resoluciones administrativas".

Idénticas reflexiones esgrime la Audiencia Provincial de Barcelona en el auto de 29 de diciembre de 2004¹⁰⁰², reiterando la tesis - "pacífica" según sus palabras - de que los Juzgados de Primera Instancia - o de Familia allá donde existan - son los competentes para conocer de las autorizaciones solicitadas por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia para entrar en el domicilio de particulares en el ejercicio de las prerrogativas que les son propias¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoctava, 333/2004, de 29 de diciembre - JUR\2005\33623 -.

¹⁰⁰³ Muy crítica con esta línea jurisprudencia seguida por la Audiencia Provincial de Barcelona se muestra **Palma del Teso, Ángeles (de)**: op. cit. págs.440-441, que considera que en nuestro ordenamiento jurídico resulta clara la competencia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo para entender de las autorizaciones para entrada en domicilio cuando proceda para la ejecución forzosa de un acto dictado por una Administración Pública - artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa y artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial -.

Desde nuestro punto de vista, la postura mantenida por la Audiencia Provincial de Barcelona es perfectamente asumible¹⁰⁰⁴. Así, aun reconociendo que se trata de una posición absolutamente minoritaria en nuestro contexto jurídico, y aceptando que nos hallamos ante una resolución adoptada por una administración pública - aspecto éste último que parecería aproximarnos a la conclusión de que con ello se da debido cumplimiento al presupuesto de partida comprendido en el artículo 8.6 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -, ello no significa necesaria y automáticamente que la cuestión quede definitivamente alejada del ámbito de conocimiento del Derecho privado, tanto por lo que al orden procesal como material se refiere¹⁰⁰⁵.

La declaración de un menor en situación de desamparo y la asunción de las funciones tutelares por parte de los organismos públicos no deja de ser una decisión sometida al derecho civil, a pesar de ser dictada por una Administración pública, que opera sujeta a sus principios característicos y que el control sobre sus decisiones, tanto en la forma como en el fondo¹⁰⁰⁶, corresponde a su propia jurisdicción¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁴ De esta misma opinión es **Lorca Martínez, José**, op. cit. págs. 1819-1820. Este autor, al identificar los casos en que la entidad pública no haya podido hacerse cargo de un menor en situación de abandono por negativa de los padres o representantes legales a entregarlo, entiende que la propia entidad pública por mediación de su representación jurídica, o el Ministerio Fiscal actuando en interés del menor con la representación que le es propia, deberán instar al Juzgado de Familia, allí donde lo hubiere, o en su defecto, al Juzgado de Primera Instancia, que se acuerde judicialmente el otorgamiento de la tutela automática a favor del ente público a fin de obtener la entrega del menor, por lo que se podrán adoptar las medidas procesales oportunas, incluyendo, en su caso, que se autorice al funcionario de policía judicial la entrada en el domicilio de los progenitores o representantes legales. También vid. **Herrero Perezagua, Juan Francisco**, op. cit. págs. 84-85.

¹⁰⁰⁵ Vid. **Memoria del Fiscal General del Estado 1989-1990**: "Problemas sobre protección y adopción de menores", en *Tapia* n.º. 55, diciembre de 1990, págs. 74-75.

¹⁰⁰⁶ Esta argumentación podemos encontrarla en el Auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo 12 de Barcelona, de 2 de junio de 2009 - JUR\2010\151587 -. En la misma este órgano jurisdiccional se declara incompetente para conocer la petición de autorización judicial en domicilio para ejecutar una resolución administrativa de desamparo dictada por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia de la Generalitat de Cataluña.

¹⁰⁰⁷ Sostiene **Iglesias Redondo, Julio Ignacio**: "Tratamiento procesal de la impugnación de la resolución de la administración que declara la situación de desamparo (A propósito de la STC 298/1993, de 18 de octubre)"

En efecto, el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial - redactado según la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial - delimita el ámbito material del orden contencioso-administrativo, refiriéndolo en lo que aquí nos interesa, a las actuaciones de las Administraciones públicas que además estén sujetas al derecho administrativo, planteamiento que se reproduce en el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La interpretación que cabe darle a la delimitación jurisdiccional así efectuada, sobre la base de la concurrencia simultánea de ambos preceptos, se proyecta sobre toda la actividad de los Juzgados y Tribunales de lo contencioso-administrativo, sin que sean admisibles apreciaciones que prorroguen sus competencias más allá de lo preestablecido. Por otro lado, el sentido del artículo 91.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su correlativo artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es el de fijar la competencia de uno de los niveles de la jurisdicción contenciosa, de forma que tales disposiciones responden a una lógica de reparto interno pero no a un método de distribución entre jurisdicciones.

Desde una perspectiva sustantiva, podemos afirmar que si bien el control legal de admisibilidad de una resolución administrativa, que debe ser ejecutada mediante acceso a vivienda ajena, es un control extremadamente limitado; no es menos cierto que determinado nivel de fiscalización, al menos periférico, sí debería recaer sobre la misma; de tal forma que la irrupción en morada ajena relacionada con una declaración administrativa que sustantivamente aparezca como claramente errónea o desproporcionada no debería ser autorizada. Por ello, es razonable que sea la

en Dereito, Vol. IV, nº. 1, 1995, pág. 297, que la resolución de la Administración que declara la situación de desamparo es uno de aquellos actos dictados en el ámbito de lo que convencionalmente se conoce con la denominación de Administración del derecho privado, siendo el carácter civil de la materia lo que explica su atribución a la jurisdicción civil ordinaria, aún tratándose de actos de la Administración. También de la misma opinión **Herrero Perezagua, Juan Francisco**, op. cit. pág. 84.

jurisdicción encargada de enjuiciar sobre el fondo del asunto la que asuma también la responsabilidad de validar el acceso a vivienda particular o adopte cualquier otra diligencia para hacer efectiva la disposición emanada de los poderes públicos. Esta decisión, aun limitándose a un juicio aproximado y preliminar, comporta tener que ponderar los derechos e intereses en conflicto, lo que requiere el mejor conocimiento de la causa posible, razón de ser ésta que únicamente ostentan los Juzgados y Tribunales especializados en el "quid" de la cuestión.

Además, en todos aquellos supuestos en los que exista un proceso jurisdiccional referido al objeto de la autorización de entrada, esto es, una oposición judicial a la declaración de desamparo dictada por el organismo público competente, ésta deja de tener autonomía procesal propia y se configura como un simple incidente en el proceso principal, de forma que la competencia sobre el mismo arrastra a la responsabilidad sobre aquella en los términos previstos en el artículo 61 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Surge pues, en estas circunstancias, una nueva demostración de carácter procesal que apunta a la evidencia de que son los Juzgados de primera instancia los encargados de dilucidar estas cuestiones¹⁰⁰⁸.

A través de la interpretación de la remisión que efectúa el artículo 112.1 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia a las reglas apuntadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial - al prever el auxilio judicial que puede instar la Dirección General de Atención a la

¹⁰⁰⁸ Un razonamiento similar fue el adoptado por la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, el 10 de septiembre de 2004 (JUR\2004\264584), al entender que "parece lógico que sean los tribunales del orden jurisdiccional civil quienes no sólo deben adoptar las decisiones definitivas sobre la situación de desamparo de los menores, por ser de su competencia, sino que también su competencia alcanza a poder adoptar durante la tramitación del correspondiente procedimiento civil las distintas medidas que fueran convenientes y necesarias en orden a la protección de los menores. Por ello de concederse la autorización de entrada solicitada, no ofrece ninguna duda que *de facto* el orden jurisdiccional contencioso administrativo estaría interfiriendo en el desarrollo del proceso civil en el que se enjuicia la oposición de los padres de los menores a la resolución administrativa recurrida".

Infancia y la Adolescencia para proceder a la ejecución de las medidas protectoras acordadas -, podría entenderse que el orden jurisdiccional competente, como regla general, no sería otro que el contencioso-administrativo, con la única salvedad de que ya estuviera iniciado un procedimiento civil de oposición al desamparo o a las medidas adoptadas en salvaguarda del menor, caso en el que le correspondería excepcionalmente al Juez civil conocer del tema y decidir sobre su ejecución¹⁰⁰⁹.

Una nueva controversia ha surgido en Cataluña durante los últimos años, que viene a sumarse a la todavía irresuelta cuestión de la jurisdicción competente para autorizar la entrada domiciliar en ejecución de declaración administrativa de desamparo. Esta reciente disputa, emana de aquellos supuestos en los que el organismo público competente en materia de protección a la infancia y la adolescencia - la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia en el caso catalán - emite una resolución en la que se decreta el archivo del procedimiento iniciado para prestar la atención inmediata a un menor extranjero no acompañado¹⁰¹⁰, alegando que el interesado no es menor de edad, *conditio sine qua non* para poder beneficiarse de las medidas de protección previstas tanto en la normativa de extranjería¹⁰¹¹ como en la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia¹⁰¹². Ante esta tesitura y frente a la posibilidad de

¹⁰⁰⁹ Así lo sostiene **Mayoral Simón, Joan**, op. cit. pág. 95.

¹⁰¹⁰ Se entiende por menor extranjero no acompañado, de acuerdo con la definición que de tal concepto nos ofrece el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma operada por Ley Orgánica 2/2009, al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del él, así como cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación.

¹⁰¹¹ Artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social - en redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre - y artículo 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su Reglamento de desarrollo.

¹⁰¹² Artículos 109.6 y 110.2.

promover el correspondiente recurso judicial impugnando la mentada resolución administrativa, se nos plantea nuevamente el interrogante de deslindar cuál es la jurisdicción competente para entender del litigio¹⁰¹³.

La Audiencia Provincial de Barcelona se ha pronunciado sobre el asunto en reiterados autos de fecha 4 de octubre¹⁰¹⁴, 7 de octubre¹⁰¹⁵ y 22 de diciembre¹⁰¹⁶ de 2010; así como en uno posterior de 10 de febrero de 2011¹⁰¹⁷, en los que se declara abiertamente que nos hallamos ante un supuesto de impugnación de una resolución dictada al amparo de un procedimiento administrativo de protección de menores, que constituye el presupuesto de los artículos 748.6, 779 y 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la disposición adicional primera inciso tercero de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y que, en consecuencia, debe considerarse como competente la jurisdicción civil¹⁰¹⁸.

¹⁰¹³ Sin ir más lejos, el Juzgado de Primera Instancia número 51 de Barcelona, en autos de 14 y 22 de junio de 2010, se declaró incompetente para entender del asunto, indicando que la competencia objetiva para revolver la demanda correspondía a los órganos contencioso-administrativos. En idéntico sentido se ha pronunciado de manera reiterada el Juzgado de Primera Instancia número dieciocho de Barcelona, en autos de 13 de abril y 3 de mayo de 2010.

¹⁰¹⁴ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoctava, 233/2010, de 4 de octubre - JUR\2010\385064 -.

¹⁰¹⁵ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoctava, 241/2010, de 7 de octubre - JUR\2010\384547 -.

¹⁰¹⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoctava, 315/2010, de 22 de diciembre - AC\2011\758 -.

¹⁰¹⁷ Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoctava, 36/2011, de 10 de febrero - ACE\2011\392 -.

¹⁰¹⁸ En los casos señalados, ello supuso que la Audiencia Provincial admitiera el recurso de apelación planteado, entendiéndose que el Juzgado de Primera Instancia debía proceder a la admisión de la demanda por los trámites establecidos en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencias de 20 de mayo y 3 de junio de 2010, reputando que el acto impugnado es una resolución administrativa dictada en un expediente de protección a la infancia y la adolescencia y el hecho de que el dictamen sea precisamente la decisión de poner fin al régimen de atención y cuidado no comporta la modificación del régimen competencial, pues la facultad de tutela o de guarda y, en su caso, la denegación de las mismas, no derivan de la legislación administrativa, sino de las leyes civiles.

**CAPÍTULO VI. MÉTODOS DE DETERMINACIÓN DE
LA CAPACIDAD DE OBRAR. LA EDAD COMO
ELEMENTO CLAVE**

1. MÉTODOS TRADICIONALES DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

La edad de una persona, entendida como el período de tiempo transcurrido desde el nacimiento hasta el instante en que se la considere, es para ALBALADEJO una causa de carácter general y universal, a la que se hallan sujetas todas las personas¹⁰¹⁹. Dicha variable, junto con el desarrollo físico e intelectual de las mismas, se reputa como uno de los elementos determinantes de la capacidad de obrar de los individuos, entendida ésta como la *facultas agendi*, en virtud de la cual el sujeto tiene poder para concluir actos válidos y eficaces en la esfera del Derecho¹⁰²⁰. La *capacitas* representa, en definitiva, el paso de la potencialidad a la actuación, y de la mera existencia del derecho a su realización mediante el comportamiento humano¹⁰²¹.

¹⁰¹⁹ **Albaladejo García, Manuel**: Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Madrid, 2004, Ed. Edisofer, pág. 250. Idéntica conceptualización nos aportan **Coderch Manau, Secundino y Coderch Mir, Salvador**: Tratado de la menor edad. Barcelona, 1977, Ed. Librería de Agustín Bosch, pág. 7; **Moreno Quesada, Bernardo, Bustos Valdivia, Ceferino y Trujillo Calzado, María Isabel**: Derecho civil patrimonial. Granada, 3ª edición, 1997, pág. 86; y **López San Luís, Rocío**: La capacidad contractual del menor. Madrid, 2001, Ed. Dykinson, pág. 42.

¹⁰²⁰ En ese sentido, se expresa **Aramburo Machado, Mariano**: La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España. Madrid, 2ª edición, 1931, pág. 78, quien afirma que la capacidad jurídica es inherente a la naturaleza humana, y, como tal, propiedad esencial del hombre, independiente por completo de su voluntad y de sus determinaciones; la facultad de obrar supone cierto grado de razón actual, requisito indispensable para la libertad, y, por tanto, para la naturaleza jurídica de las determinaciones voluntarias. Es la capacidad jurídica la esencia, mientras que la facultad de obrar constituye la potencia.

¹⁰²¹ **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 23, se refiere a la capacidad jurídica del individuo como una posición estática del mismo, al que se considera como portador potencial de todos los valores - derechos y obligaciones - de un sistema normativo concreto -, mientras que la capacidad de obrar, expresa una idea dinámica del sujeto. En línea similar se pronuncian **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**: Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Vol. I. Parte general: sujeto y objeto del Derecho. Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 276, al contemplar la capacidad de obrar como una actitud dinámica del sujeto, que realiza una serie de actos jurídicos para adquirir y ejercitar derechos y asumir las correspondientes obligaciones; **Gordillo Cañas, Antonio**: Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, págs. 20-21 y 34, quien describe la capacidad jurídica como un reflejo del momento estático de la personalidad y su exigencia abstracta de ser sujeto de cualquier tipo de derechos. Por contra, la capacidad de obrar es la expresión dinámica de la personalidad: la posibilidad de actuación libre y responsable; y **Sánchez-Calero, Francisco Javier**: "La capacidad del menor no emancipado" en Libro-

Al analizar las vicisitudes legales que se suscitan en torno a la cuestión de la edad, y ante la dificultad de fijar con exactitud el momento en que todo ser humano accede a la plenitud de sus facultades, el instante real en que su cerebro adquiere el desarrollo necesario para poder afirmar, sin temor a error, que se está en condiciones de apreciar, valorar y medir con acierto el signo y la conveniencia de sus intervenciones, al legislador tradicionalmente siempre se le han presentado dos posibles alternativas o vías de solución: o bien señalar el término de la minoridad en todos los ciudadanos partiendo de lo que, en general, la experiencia tiene demostrado, es decir, conectar el reconocimiento de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y genéricos, comunes para todas las personas - el calificado por algunos autores como sistema de las reglas generales -; o, por el contrario, establecer en cada caso, atendiendo a las cualidades particulares que concurren en cada sujeto y situación *de facto*, el preciso instante en que aparece con competencias para el ejercicio de los derechos y la asunción de las responsabilidades que integran su capacidad de obrar¹⁰²². Se reconocen, pues, dos fórmulas extremas posibles: la uniformidad - también conocido por algunos autores como el modelo biológico - y el casuismo - calificado por la doctrina como procedimiento del razonamiento¹⁰²³ -.

Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Volumen III. Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería, págs. 1683 y 1685, que insiste en la idea de que la capacidad jurídica pone de relieve el momento estático de la personalidad, mientras que la capacidad de obrar, por el contrario el dinámico.

¹⁰²² **De Diego, Felipe Clemente**: Instituciones de Derecho civil español. Tomo I. Introducción. Parte general. Propiedad. Derechos reales. Madrid, 1959, Ed. Artes gráficas Julio San Martín, pág. 206, enuncia que a la determinación concreta de la capacidad por razón de edad puede irse o por el sistema de las reglas generales, o por el de los juicios periciales en cada caso. En idéntico sentido se pronuncia **Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos**: "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil" en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1992, págs. 1.406 y 1.415.

¹⁰²³ **Ramos Bascuñana, Rafael**: Capacidad de los menores para contratar y obligarse. Madrid, 1907, Ed. Hijos de Reus, págs. 14-15. Por su parte, **Martins, Rosa**: Menoridade, (in)capacidades e cuidado parental. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora, págs. 13-42, analiza los distintos sistemas de tránsito de la minoría a la mayoría de edad a la luz del derecho portugués.

Por lo que al primero de los sistemas se refiere, podemos subsumir en dos los principales aspectos favorables inherentes a esta metodología de la homogeneidad, monopolizada, ciertamente, por el estatuto principal asumido por la *aetas*. En teoría, se trata de un procedimiento o mecanismo que ofrece la prerrogativa de armonizarse, casi a la perfección, con los principios sentados por nuestro ordenamiento jurídico al definir la personalidad civil y responde, al unísono, a las enseñanzas propias de la filosofía del Derecho, al descansar su esencia en la consideración de que la persona, por su naturaleza, es capaz de derecho desde el mismo instante en que alcanza el suficiente desarrollo físico e intelectual, estado en que debe reconocérsele la habilidad para desplegar todas sus potencialidades. Desde un punto de vista práctico, también presenta la virtualidad de evitar las múltiples y relevantes contrariedades que resultarían si la determinación de la capacidad se dejara confiada a la apreciación de los Tribunales o de cualquier otra autoridad pública, pues, en tales circunstancias, siempre sería precisa, sin excepción alguna, una controversia y una resolución que le pusieran fin¹⁰²⁴.

La doctrina civilista contemporánea, aún admitiendo mayoritariamente que este modelo arroja un elevado número de ventajas, lejos de reputarlo como infalible o definitivo, es decir, exento de todo tipo de inconvenientes, reconoce, *a sensu contrario*, la eventual existencia de ciertas trabas o dificultades derivadas de su puesta en acción. Deficiencias éstas que, como no puede ser de otro modo, acarrearán como resultado que la técnica alternativa - la identificada como casuística - se vea fortalecida. Parece lógico pensar que todo déficit imputable o atribuible a una determinada manera de proceder, se traduce o convierte en méritos del sistema que, en última instancia, se vislumbra como antagónico.

¹⁰²⁴ Estas mismas desventajas son apuntadas por **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. págs. 276-277, quienes tras reconocer que esta formulación podría considerarse en abstracto como la más adecuada, en la práctica originaría considerables inconvenientes, que repercutirían sobre todo en la seguridad del tráfico.

Una de las principales dificultades que exhibe el que hemos tildado como modelo uniforme, acaso la de mayor significación y trascendencia, radica en el perjuicio que puede llegar a ocasionar a aquellos individuos que, teniendo manifiesta e indiscutible aptitud para entrar en el íntegro desarrollo de su capacidad civil, antes del momento temporal prefijado por la ley, se ven reducidos a la inacción fruto del rigorismo y la generalidad que la regla en cuestión presenta; entretanto, como contrapartida, se comete una enorme injusticia concediendo la plenitud de la capacidad a aquellos otros sujetos que, habiendo llegado a la edad oficial, carecen, por su paulatino, lento e insuficiente proceso de crecimiento personal e intelectual, de las condiciones mínimas necesarias para gobernarse por sí mismos con entera y absoluta libertad¹⁰²⁵. A ello intenta hacer frente el legislador adoptando toda una serie de precauciones que procuran la desaparición de las mentadas contrariedades, o cuanto menos, su sustancial disminución. También admite este método notables excepciones que privan a la regla general del tono severo que, a primera vista, parece mostrarnos¹⁰²⁶.

Por otra parte, desde una perspectiva lógico-abstracta, y fijando ahora nuestra atención en la propuesta casuística de determinación del momento en que debe reputarse a un sujeto como responsable de sus actos, ésta se caracteriza por señalar, con un mayor nivel de precisión y exactitud, el concreto instante en que el individuo

¹⁰²⁵ **De Diego, Felipe Clemente**, op. cit. pág. 206, también nos apunta una serie de ventajas e inconvenientes de este sistema de las reglas generales. Lo primero es posible por estar sometido el desarrollo del hombre a leyes que la ciencia investiga y conoce, y, además, es preferible porque no entorpece la vida civil con el examen minucioso de las circunstancias individuales, ni está expuesto a equivocaciones y falsedades. Tiene, en cambio, la desventaja de que no aprecia las diferencias individuales - precocidad o retardo en el desarrollo -, lo que puede dar lugar a que los precoces con buen desarrollo estén impedidos de desplegar la capacidad que corresponde a su reflexión o a que los retrasados ejerzan una capacidad que no les pertenece por su escasa reflexión.

¹⁰²⁶ **Aramburo Machado, Mariano**, op. cit. págs. 105-109, considera preferente el primer sistema, que es el adoptado por la mayor parte de las legislaciones, el cual señala por medio de reglas generales las edades que dan aptitud para el ejercicio de determinados derechos, haciendo compatible al mismo tiempo la regla general con las excepciones que el individuo puede presentar.

es idóneo para actuar con total autonomía e independencia. Amén de lo apuntado, tras un minucioso examen de las cualidades que adornan a la persona, y a tenor del grado de progreso y evolución que atesora, puede la norma reconocerle plena capacidad, antes quizás de que la obtuviera con arreglo al primero de los criterios expuestos, para concluir por sí una determinada actuación, sea ésta de carácter personal o patrimonial.

Acorde con esta línea argumental, y defendiendo la idea de tomar el desarrollo físico de la persona como dato fundamental para juzgar su nivel de crecimiento moral, mental y espiritual, el primitivo Derecho romano otorgó al *puber* la completa capacidad para gozar y disfrutar de todos y cada uno de los derechos civiles. Dada la rudeza inmanente a la que, tradicionalmente, se asocia este tipo de reglamentación, no sorprende, en absoluto, que para probar la pubertad se acudiera a la *indagatio corporis* - al examen corporal del individuo -¹⁰²⁷. Ahora bien, el recurso a esta técnica de naturaleza psicobiológica, como único mecanismo de delimitación de la verdadera *capacitas* de los *cives*, no resolvió, por completo, los problemas planteados en el tráfico jurídico de la época, haciéndose sentir la necesidad de una regla más concisa y estable a la que, en todo caso, poder recurrir para establecer la mayoría de edad.

Así, por ejemplo, se suscitaron ciertos interrogantes en materia sucesoria; uno de ellos, sin ir más lejos, era el relativo a la validez del testamento otorgado por un sujeto durante su minoridad. En este supuesto, por razones obvias, era materialmente imposible retrotraer el tiempo y acudir al mentado recurso de la *indagatio corporis* para, de esta suerte, valorar si en el momento exacto de la emisión de su declaración

¹⁰²⁷ Por pudor no se sometía a esta práctica a las mujeres, estableciéndose como regla general que la edad de doce años daba a la mujer capacidad para casarse, testar y salir de la *tutela pupilaris* para entrar en la *tutela mulieribus*.

de voluntad *mortis causa*, la persona menor de edad contaba o no con *testamenti factio* activa.

Ante esta tesitura, y tras arduos enfrentamientos entre la escuela de los proculeyanos y los sabinianos, el emperador Justiniano para dar respuesta definitiva a las controversias generadas en torno a la cuestión, fijó en los catorce años la edad de la nubilidad masculina¹⁰²⁸. Pronto arreciaron las críticas frente a tal decisión, por entender que el momento cronológico elegido era demasiado exiguo como para justificar, de acertada, la utilización de las facultades que sobre el patrimonio adquirirían los púberes. El aumento de las relaciones sociales y el acrecentamiento de la riqueza descubrieron los peligros que encerraba aquella prematura plenitud de capacidad atribuida al menor, y aunque la *restitutio in integrum* contribuyó, en parte, a remediar los males originados por la inexperiencia e inhabilidad presumida a los jóvenes, y a pesar de que la *Ley Plaetoria* - 190 a. C. - había penado severamente a aquellos que se valieran de su poca destreza y les perjudicaran en sus intereses, contratando con ellos, todavía se requería una medida más enérgica que pusiese a salvo sus expectativas. Para dar cumplimiento a esta finalidad, Marco Aurelio dictó una constitución por la que se dio entrada al régimen jurídico de la curatela de los menores, institución de Derecho privado de gran eficacia protectora, por cuanto que su consecuencia fundamental era la de dejar sin validez legal los actos que el menor ejecutase sin la debida asistencia. Por último, cabe apuntar que esta manera de proceder, propia del Derecho romano clásico, quedó completamente denostada

¹⁰²⁸ El asunto dividió en empeñada contienda a las escuelas de Labeón y Capitón. Sostenían los proculeyanos la necesidad de una regla fija, mientras los sabinianos mantenían la conveniencia del examen corporal: *qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est cum qui generare potest* (Instituciones Jurídicas de Gayo, glosa I, 196). El Jurisconsulto Prisco adoptó los dos criterios y defendía el sistema mixto de la regla y de la *indagatio corporis*. En este sentido vid. **Savigny, Friedrich Karl von**: Sistema del Derecho Romano actual. Vol. II. Madrid, 1878-1879, Ed. F. Góngora, pág. 175 y **Arias Ramos, José**: Derecho Romano. Madrid, 1994, decimoctava edición, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas, pág. 71.

desde el mismo instante en que se estipuló la mayoría edad en los veinticinco años - *ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituntur*¹⁰²⁹ -.

Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. *Barcelona, 1985, Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.*

Esta cláusula general de los veinticinco años, regla ordinaria que vino a objetivar el criterio de atribución de capacidad de obrar, albergaba, sin embargo, una clara excepción: la *venia aetatis* - precedente inmediato de la actual emancipación -¹⁰³⁰. El emperador la concedía a las personas que, por su reflexión y buen juicio, fueran merecedoras de tan digno favor. La edad mínima requerida para obtener dicha merced era la de veinte años para el varón y dieciocho para la mujer¹⁰³¹. Esta figura legal, acogida con posterioridad por nuestro ordenamiento jurídico¹⁰³², es definida por nuestros autores como la gracia conferida por el poder público a los menores de edad, otorgándoles consideración legal relativa de mayores de edad, excepto para la

¹⁰²⁹ Rúbrica del **D. 4, 6**.

¹⁰³⁰ **Brocà i Montagut, Guillem M.**: Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. Barcelona, 1985, Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, págs. 573-574.

¹⁰³¹ **Lete del Río, José Manuel**: "Comentario a los artículos 320-323 del Código civil español" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo IV. Madrid, 1978, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 387.

¹⁰³² Con el carácter de gracia, pero respondiendo a unas circunstancias personales, fue regulada la "venia de edad" en la Ley de 14 de abril y Real Orden de 19 de abril, ambas de 1838, sobre *gracias al sacar*, la cual determinaba que tenían que existir motivos justos y razonables, debiendo de instruirse un expediente judicial. Dichos motivos justos y razonables se concretaban en el hecho de que el menor tuviera condiciones de sensatez, cordura y discreción. Los efectos que producía en el menor eran que éste adquiriera la consideración legal de mayor, no necesitando *curador ad bona*, y perdiendo el derecho a la *restitutio in integrum*. La limitaciones que se le imponían son las de no poder por sí solo gravar o enajenar bienes inmuebles, transaccionar sus derechos, ni comparecer en juicio.

enajenación y gravamen de bienes, la transacción de derechos y la comparecencia en juicios¹⁰³³.

Sopesando, pues, los pros y contras que identifican tanto al método de la uniformidad como al del casuismo¹⁰³⁴, los ordenamientos jurídicos contemporáneos se han inclinado, de manera casi unánime, por el inicialmente propuesto. La seguridad jurídica y la ecuanimidad que nos brinda el mecanismo de fijar una edad determinada - que irá oscilando en atención al contexto social, jurídico y temporal en el que nos encontremos -, como elemento o vector indicativo de la suficiente madurez en la actuación autónoma de los individuos, ha terminado por imponerse, frente al criterio ideal y utópico de examinar, indagar y establecer la capacidad natural atendiendo a las circunstancias que rodean a cada caso concreto¹⁰³⁵.

Esta última idea, que no deja de ser la todavía imperante en nuestro contexto legal queda resumida a la perfección en la siguiente reflexión: "el paso de una cualidad, la

¹⁰³³ **Sánchez Román, Felipe**: Estudios de Derecho civil común y foral. Tomo II. Parte general. Madrid, 1889-1990, Ed. Sucesores de Rivadeneyra, pág. 193, apunta la distinción entre la "venia de edad" general y la especial. La primera se otorgaba por disposición de la ley, en general, sin distinción de personas, a todas aquellas comprendidas dentro de un supuesto, previamente fijado por la misma; por ejemplo, los casados mayores de dieciocho años, a quienes, sin examinar sus cualidades personales, y sí sólo atendiendo al matrimonio contraído, la ley les facultó, por general privilegio, para administrar sus bienes y los de su mujer; y la segunda se otorgaba específicamente a un menor de edad determinado, mediante la justificación de sus condiciones de sensatez, cordura y discreción, instruyendo al efecto un expediente judicial, y por virtud de gracia al sacar, previo pago de los derechos de Arancel.

¹⁰³⁴ **Vidiella y Jassá, Santiago**: La capacidad jurídica restringida por "la edad". Suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces. Zaragoza, 1903, Ed. Establecimiento tipográfico de Emilio Casañal, págs. 21 y 22, entiende que la aplicación radical de los sistemas extremos, presenta múltiples inconvenientes, y sobre el fondo de tal contradicción resalta una de las excelencias del Derecho aragonés: haber encontrado un medio entre ambas tendencias.

¹⁰³⁵ Reconoce **Sánchez-Calero, Francisco-Javier**, op. cit. pág. 1685, que si bien es cierto que el fundamento último en que se basa la capacidad de obrar de una persona es la inteligencia y la voluntad, es decir, la capacidad natural de entender y querer, y que, por tanto, la validez de sus actos deberían depender de la particular comprobación de su aptitud para poder realizarlos; como resultaría materialmente imposible fijarlo caso por caso, es práctica común en los ordenamientos jurídicos conectar el reconocimiento de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y generales para todos los individuos, como es haber alcanzado determinada edad.

aptitud para conducir razonablemente sus asuntos, a una cantidad, un número determinado de años transcurridos desde el nacimiento, ignora ciertamente algunos matices, pero es una aproximación la mayor parte de las veces suficiente, y su simplicidad le confiere una incontestable superioridad práctica"¹⁰³⁶.

Por su parte, ciertos sectores de la doctrina justifican esta elección, es decir, la anteposición de la categoría *edad* - que no deja de ser una ficción carente de espontaneidad - a la de *capacidad*, en el notable grado de desarrollo y perfeccionamiento que ha ido alcanzando la técnica jurídica con el devenir de los tiempos. Ello explicaría, el por qué de la dificultad de poder hallar esta formulación en las primeras fases, predominantemente consuetudinarias, de los diferentes cuerpos normativos. Contrariamente, durante los períodos preliminares por los que atraviesa todo ordenamiento jurídico se atiende, más bien, a circunstancias individualizadas e indiciarias de esta singladura de la vida: el aspecto, la madurez física o cualquier otra eventualidad que se adapte a la realidad vital de cada individuo¹⁰³⁷.

Desde una perspectiva más economicista, otros autores se inclinan más por considerar que es el cambio del vivir social, al exigir reglas fijas que den seguridad al tráfico y permitan decisiones rápidas, el verdadero hilo conductor que ha provocado que en todas las civilizaciones se acabe por imponer el criterio de agregar, a una señalada edad, la conjetura de que con ella se alcanzan unas

¹⁰³⁶ **Goubeaux, Gilles**: "Les personnes" en **Ghestin Jacques (Dir.)**: Traité de Droit civil. Paris, 1977, Ed. L.G.D.J., pág. 321.

¹⁰³⁷ **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La edad en Derecho aragonés" en Libro Homenaje a la Memoria de Don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954, Ed. Estudios de Derecho aragonés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 345-346.

determinadas condiciones psicofísicas, con total independencia del verdadero desarrollo corporal o mental de la persona¹⁰³⁸.

Añade BERCOVITZ, siguiendo esa misma línea argumental, que una sociedad compleja como la occidental, caracterizada por una amplia diversificación de actividades entre los ciudadanos pertenecientes a unas y a otras clases sociales, unida al mito burgués de la igualdad de todos los hombres y a las necesidades del curso económico capitalista, desembocaron en la adopción de una mayoría de edad unificada. Esta cifra estándar, concluye este autor, se fija lógicamente pensando en un modelo de sujeto, aquél al que el estrato social dominante estima conveniente capacitar para todos los actos de la vida civil¹⁰³⁹.

Parecido razonamiento es el ofrecido por LETE DEL RÍO, quien nos sugiere que en una comunidad desarrollada es prácticamente inviable establecer, caso por caso, si cada uno de los sujetos que la integran tiene o no las cualidades mínimas suficientes para llevar a cabo una concreta actuación, optando los Códigos y demás estipulaciones habilitadas al efecto por precisar un momento temporal, a partir del cual presumir que todos sus ciudadanos han alcanzado la madurez intelectual¹⁰⁴⁰.

Por lo que al Derecho civil español se refiere, tanto el aplicable en los territorios que se rigen por el Código civil estatal, en esta materia, como el generado por los diferentes Parlamentos autonómicos con competencias sobre el asunto, a pesar de su

¹⁰³⁸ **De Castro y Bravo, Federico:** Derecho civil de España. Parte General. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 150.

¹⁰³⁹ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo:** Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Editorial Montecorvo, págs. 12-13.

¹⁰⁴⁰ **Lete del Río, José Manuel:** "Comentario a los artículos 320-323 del Código civil español" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo IV. Madrid, 1978, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 408.

clara opción por la primera de las formulaciones, carecen, sin embargo, a diferencia de lo acaecido en otros sistemas normativos, de una clasificación general, escalonada y sistematizada de las diferentes edades en curso. Junto al eje central de los dieciocho años, se prevé una serie de momentos cronológicos que identifican capacidades o situaciones particulares, de origen histórico diverso, deudoras de distintas sensibilidades y, en no pocas ocasiones, sin conexión alguna entre sí, pero que no dejan de ser reminiscencia de alguna de las etapas tipo del desarrollo humano¹⁰⁴¹.

Esta dispersión, falta de cohesión interna y, lo que es más llamativo, esa carencia de tratamiento homogéneo del estatuto de la minoridad, caracterizan, a la vez que limitan, la metodología de la intervención adoptada por nuestro legislador en todo lo concerniente al individuo y su debida atribución de facultades¹⁰⁴². Parece como si el legislador, al aludir al menor en los distintos textos legales, no dispusiera de un centro de gravedad conceptual sobre el que construir, de forma coherente, todo el tratamiento normativo referido a esta figura y su capacidad de actuación autónoma, lo que dificulta de manera considerable su estudio y la lógica de las posiciones jurisprudenciales¹⁰⁴³. Ello explicaría por qué una menor puede, por ejemplo, contraer

¹⁰⁴¹ **Valverde y Valverde, Calixto**: Tratado de Derecho civil español- Tomo I. Parte general. Valladolid, 1909, Ed. Casa Editorial Cuesta, pág. 258.

¹⁰⁴² También se hace eco de estas dificultades **Navarro Michel, Mónica**: "Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos" en Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2009, pág. 48. La autora pone de manifiesto la fragmentación de la regulación de los aspectos relacionados con la capacidad del menor.

¹⁰⁴³ **Orozco Pardo, Guillermo**: "Intimidad, privacidad, *extimidad* y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?" en **Boix Reig, Javier (Dir.)**: La protección jurídica de la intimidad. Madrid, 2010, Ed. Iustel, pág. 382. Por su parte **Tolivar Alas, Leopoldo**: "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores" en Revista de Administración Pública, núm. 124, enero-abril 1991, págs. 38-39, ratifica esta percepción afirmando que, a veces, el redactor, por ejemplo, de una norma penal se olvida de que, formalmente, es el mismo autor de las leyes civiles o administrativas, produciéndose situaciones de incomunicación entre ordenamientos que, amén de contrariar el principio de unidad del sistema, ponen de manifiesto múltiples carencias formativas de quienes formulan, enmiendan o aprueban las reglas imperativas de la convivencia social.

matrimonio, con dispensa judicial, a partir de los catorce años - artículo 48 del Código civil -, mientras que, sin embargo, tiene absolutamente vetada la posibilidad de elaborar un documento de voluntades anticipadas - el mal llamado "testamento vital" - hasta que no haya alcanzado la mayoría de edad - artículo 8.1 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica y artículo 11.1 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 -. Asimismo, a la edad de catorce años también se reconoce al individuo la *testamenti factio activa* - artículos 663 del Código civil estatal y 421-4 del Código civil de Cataluña -, pero, en cambio, debe esperar hasta la edad de los dieciséis años para poder solicitar la emancipación por concesión judicial - artículos 320 del Código civil y 211-10 del Código civil de Cataluña - o para decidir personalmente interrumpir voluntariamente su estado de gestación - artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -. No es menos sorprendente, como tendremos la oportunidad de analizar con detalle, que los efectos del casamiento de un menor de edad en el Derecho aragonés signifiquen el advenimiento de ese sujeto a la mayoría, mientras que en el resto del territorio estatal únicamente sean causa de emancipación; o que el régimen jurídico aplicable a los menores aragoneses a partir de su decimocuarto aniversario, sea más favorable, por lo que a la administración de su patrimonio se refiere, que las previsiones contenidas tanto en el Código civil español como en el resto de legislaciones autonómicas.

Esta situación de desconexión no pasó desapercibida para el Comité de los Derechos del Niño, en el momento de examinar el informe presentado por el Estado español en virtud del artículo 44 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Este organismo internacional, en sus Observaciones finales,

insta a España a modificar su legislación con el objetivo de armonizar la gran variedad de edades mínimas existentes en materia civil - nos atreveríamos a añadir que tal afirmación sería extensible al resto de ramas del Derecho -, más aún si se tiene en consideración el dilatado y vasto acervo normativo procedente de las distintas comunidades autónomas¹⁰⁴⁴.

Una vez presentadas las diferentes formulaciones o procedimientos de fijación de la capacidad de obrar de las personas y constatado que el Derecho - al menos en un contexto cultural y jurídico próximo - se ha mostrado proclive a la adopción de un criterio externo, de fácil comprobación, que permita una considerable simplificación del funcionamiento de la vida jurídica, como es el de ligar a la edad del individuo tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen legal específico de actuación; abordamos, a continuación, el proceso histórico de transformación seguido por el Derecho español para fijar el instante temporal preciso en que un individuo deviene en plenitud de condiciones para gobernar su propia existencia.

En él se constatará el preponderante papel protagonizado por la tradición romanista, en particular desde el resurgimiento de sus instituciones a través de Las Partidas, así como su posterior evolución hacia fórmulas caracterizadas por un mayor nivel de autosuficiencia, tendentes a reducir o limitar la edad o edades en que legalmente se considera a las personas, desde un punto de vista civil, como sujetos autónomos. Estas oscilaciones cronológicas han encontrado su debida justificación en múltiples y circunstanciales motivaciones de carácter político, legal, cultural y psicológico.

¹⁰⁴⁴ **Comité de los Derechos del Niño**, CRC/C/15/Add. 185, de 13 de junio de 2002, pág. 5.

2. LA MAYORÍA DE EDAD. EVOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La fijación del momento en que haya de alcanzarse la mayoría de edad ha suscitado en España análogas controversias a las originadas en el resto de países de nuestro entorno, entre los partidarios de postergar, adelantar o bien sugerir criterios alternativos, al instante temporal seleccionado para efectuar, sin más, la plena atribución de competencias en favor de las personas menores de edad. Esta operación, atendiendo al temperamento propio de cada autor y a la idiosincrasia presente en cada contexto cultural, se ha revestido de múltiples y complejos argumentos, asentados, en su gran mayoría, sobre los principios de prudencia y confianza. Tal circunstancia, no obstante, no debe conducirnos a obviar que tras esos razonamientos también se esconde, y así debemos ponerlo de manifiesto, la incertidumbre característica de una decisión arbitraria por definición.

Desde esta perspectiva de observación, la mayoría de edad representa, indudablemente, un criterio estándar de certidumbre jurídica radicado sobre una presunción *iuris tantum* de existencia de plena capacidad de obrar, que tan sólo puede desvirtuarse por medio de una resolución judicial constitutiva del estado civil de incapacitación.

Esta conjetura o regla general de intervención, también puede extender su ámbito de aplicación al espacio de interacción personal propio de los menores de edad emancipados. El artículo 323 del Código civil - al igual que dispone el artículo 211-7.1 del Código civil de Cataluña - tras habilitar al menor emancipado para regir su persona y bienes como si de un mayor se tratara, enumera, acto seguido, una correlación o listado de restricciones a su capacidad ceñidas única y exclusivamente al sector patrimonial - artículo 211-12 del Código civil de Cataluña -. De resultas de

ello, se infiere, *a sensu contrario*, que el emancipado ostenta, en su esfera más íntima e individual de actuación, equivalente capacidad a la reconocida al mayor de edad. En otras palabras, la presunción *iuris tantum* adscrita a la mayoría, adquiere plena vigencia con respecto a las actuaciones personales prescritas para estos sujetos, eximiéndose, por ministerio de la ley, de su prueba.

Históricamente, tal y como constata DE CASTRO¹⁰⁴⁵, el elemento consustancial e inherente al quehacer del legislador nacional en esta materia, se significó por la carencia absoluta de un principio o regla estable de comportamiento y proceder, ya que, desde antaño, se osciló, como si de un péndulo se tratara, entre los veinte años del Fuero Juzgo y los veinticinco del Derecho romano.

Esta ausencia de un parámetro orientador unificado se continuó manteniendo en nuestro Ordenamiento jurídico a lo largo de todo el proceso codificador. El Proyecto de Código civil de 1821, sin ir más lejos, optó por adoptar una postura intermedia entre los aludidos modelos romano y germánico, no sin antes demostrar ciertas preferencias hacia la última de estas soluciones. En cambio, escasos treinta años después, el Proyecto de Código civil de 1851, a pesar de tomar como edad de referencia los veinte años, se reveló declaradamente de tendencia romanista. Esta circunstancia, provocó, como se encargan de recordarnos algunos autores de nuestra doctrina, una corriente de opinión no excesivamente favorable al ilustre proyecto de 1851¹⁰⁴⁶, que se tradujo en la adopción por parte de la Ley de 20 de junio de 1862,

¹⁰⁴⁵ De Castro y Bravo, Federico, op. cit. pág. 164.

¹⁰⁴⁶ Se muestra crítico con las previsiones del Proyecto de 1851, de reducir la mayoría de edad hasta los veinte años, De Cárdenas, Francisco: De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil. Madrid, 1952, ed. Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, págs. 18-19, al manifestar que ésta le parece una novedad innecesaria y poco conveniente. No tiene ello más precedente que el del Fuero Juzgo que también señalaba el mismo término a la minoría. De los Códigos modernos, prosigue el autor, no conocemos ninguno que la fije en plazo tan breve: el francés (art. 388), el de las Dos Sicilias (art. 311) y el de Cerdeña (art. 244), la declaran a los veintiuno; el del Cantón de Vaud (art. 211) y el de Holanda (art. 385), a los

relativa al consentimiento paterno, de la fórmula transaccional de los veintitrés años - artículo 1º -, regla ésta que triunfó en la Base 8ª de la Ley de Bases de 1888, y, finalmente, fue la que terminó por imponerse en el artículo 320 del Código civil, en su versión inicial.

Incurso ya en el siglo XX, la Ley sobre la mayoría de edad de 1943, separándose de la tradición española y notoriamente influenciada por el *Code Napoléon* de 1804¹⁰⁴⁷, impuso, tanto en las demarcaciones de Derecho común como en los territorios forales, la edad de los veintiún años. Por último, con el advenimiento de la democracia en el Estado español, se obró la constitucionalización de la edad de adquisición de la mayoría - artículo 12 de la Constitución española -, que ocasionó, *ipso facto*, la preceptiva adaptación de la legislación civil a esta nueva realidad *ius publicista*.

Veamos pues, con mayor grado de concisión y detenimiento, este singular proceso de transformación que, partiendo de los anales de la tradición histórica española ha de conducirnos hasta la situación actual; momento trascendental donde desde diferentes sectores del ordenamiento jurídico está empezando a cuestionarse la necesidad de avanzar hacia un nuevo modelo, calificado de mixto o ecléctico, caracterizado por combinar el criterio objetivo de la *edad* con el elemento subjetivo

veintitrés años; el de Austria (art. 21) y el de Prusia (art. 25), a los veinticuatro años, y el de Baviera (art. 2), a los veinticinco años. Finalmente, señala que debiendo ser la mayoría el término de la patria potestad y de la tutela, conviene fijarla en una edad en que ya los hijos no necesiten generalmente de la autoridad protectora y coercitiva del padre o del tutor. También se pronuncia en ese mismo sentido, **Valverde y Valverde, Calixto**, op. cit. pág. 266, quien afirma, refiriéndose al Código civil de 1889, que verdad es, que esta edad de veintitrés años no tiene precedente legal en la legislación castellana, pero quizá hubiera sido perjudicial, el haberla señalado a los veinte años - como era la intención del Proyecto de 1851 - como algún escritor defiende de conformidad a lo mandado en el Fuero Juzgo.

¹⁰⁴⁷ **Sánchez Román, Felipe**: La Codificación civil en España. En sus dos períodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil. Pamplona, 2002, Ed. Analecta ediciones, pág. 24, hace especial referencia a la influencia del Código civil francés, en materia de mayoría de edad.

representativo de la *capacidad natural*. A tal eventualidad responden, tanto las últimas reformas efectuadas al articulado del Código civil de 1889¹⁰⁴⁸, como las diferentes disposiciones, en materia de derecho de la persona, promulgadas por los diversos parlamentos autonómicos, entre las que se enmarcan la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, y 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.

2.1. EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL: DEL INFLUJO DEL DERECHO ROMANO A LAS PARTICULARIDADES DEL DERECHO GERMÁNICO

El concepto moderno de la mayoría de edad, que se maneja en la normativa española en la actualidad, deriva de la conjunción de los sistemas romano y germánico, una vez transformados y adaptados éstos, a las exigencias sociales de nuestra época. Para corroborar tal afirmación, qué mejor que proceder a una breve exégesis de los diferentes antecedentes que han ido conformado, de manera paulatina, el régimen legal aplicable a las personas menores de edad en nuestro entorno sociojurídico más próximo.

Durante la etapa previa a la codificación, notoriamente dominada por la tradición romanista, primó el criterio de que la capacidad de obrar del individuo, su autonomía personal y patrimonial, se determinaba en atención a dos vectores o parámetros esenciales de valoración: la existencia de la capacidad natural, es decir, la presencia de la aptitud necesaria para entender y querer; y la consideración

¹⁰⁴⁸ Como señala **Sánchez-Calero, Francisco-Javier**, op. cit. pág. 1686, las leyes de reforma del Código civil, a partir de 1981, tratan de identificar, cada vez con mayor claridad, la capacidad de obrar con la capacidad natural.

jurídica de un sujeto como ser dependiente - *alieni iuris*¹⁰⁴⁹ - o independiente - *sui iuris*¹⁰⁵⁰ -.

Esta circunstancia, se constata con claridad meridiana en la categorización que recibieron los ciudadanos, en atención a la edad que ostentaran, en las leyes vigentes anteriores a la promulgación del Código civil de 1889 - las Partidas, la Novísima Recopilación, la Ley de Matrimonio Civil de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 -. Tales denominaciones son evidencia de un signo inequívoco de la fuerte ascendencia romana que las inspiraba. Así, los individuos se clasificaban en *mayores* y *menores*, según contasen o no con veinticinco años de edad. Éstos se subdividían, a su vez, en *impúberes* y *púberes*, los primeros eran los menores de doce o catorce años, según fuesen hembras o varones, y los segundos los que estaban por encima de esas edades. Los *impúberes*, por su parte, se organizaban en *infantes* y *simplemente impúberes*, según estuvieran dentro de los siete años o pasasen de esa cifra. Y, finalmente, los *simplemente impúberes* se dividían en *próximos a la infancia* y *próximos a la pubertad*, según alcanzaran o no los diez años y medio - varones - o los nueve años y medio - hembras -.

Si bien es cierto que la influencia del *Corpus Iuris Civilis* y su recepción en nuestro ordenamiento jurídico simbolizan, efectivamente, uno de los elementos clave que ha de ayudarnos a comprender el fluctuante curso tomado por nuestro derecho en este sector material del conocimiento, no puede soslayarse el papel profesado por el Derecho germánico en el devenir de estas instituciones, dejando incluso, en algunos

¹⁰⁴⁹ Los *alieni iuris*, que estaban bajo la potestad del *pater*, aunque fuesen de edad avanzada y padres de numerosa prole, eran jurídicamente *fili familias* sin capacidad plena. La edad no tenía, por tanto, ninguna trascendencia sobre la patria potestad.

¹⁰⁵⁰ Sostienen **Coderch Manau, Secundino y Coderch Mir, Salvador**, op. cit. pág. 9, que desde su nacimiento hasta la edad de catorce años en el varón, y de doce, en la hembra, el individuo se halla en el que se conoce como período de impubertad, durante el cual su incapacidad para los actos civiles es absoluta, pero desde aquella respectiva edad, entra ya en el período denominado de pubertad.

casos, una impronta de carácter significativo. Sin ir más lejos, en el Fuero Juzgo, norma de claro abolengo visigodo, que en buena lid mantiene su vigencia en el derecho civil aragonés, se marcaba de manera concisa la distinción entre dos edades: la de la pubertad, catorce años, en la que se puede salir de la guarda, hacer mandas y promesas¹⁰⁵¹, e incluso ser testigo¹⁰⁵²; y la *perfecta aetas*, cifrada en los veinte años, en la que se admite la guarda de los hermanos¹⁰⁵³ y la posibilidad de reclamar al padre la herencia de la madre¹⁰⁵⁴. Además, junto a ambas, operaba como causa general de emancipación del poder paterno, que el hijo o la hija contrajeran nupcias¹⁰⁵⁵.

Posteriormente, en Castilla, en concreto en el Fuero Real - 1255 - se siguen encontrando restos de las costumbres germánicas: la edad de los catorce años como momento clave de ingreso de los sujetos a un nivel superior de autogobierno

¹⁰⁵¹ **Fuero Juzgo, Libro II, Título V, Ley 10^a**, relativa a *"De los escriptos que fazen los ninnos quales deven valer"*, señala la edad de catorce años para hacer mandas o promesas y la de diez años para el testamento o donación en peligro de muerte; pero con valor limitado al caso de morir de esa enfermedad. Dice así: *"Los ninnos que son menores de XIV annos, si quisieren fazer manda de sus cosas ó otro prometimiento, ó por escripto, ó por testimonias, non le puedan fazer, fueras ende si fuere por enfermedad ó por miedo de muerte. E si por ventura esta coyta ovieren de X annos adelante, puede cada uno de ellos mandar de sus cosas lo que quisiere. E si despues combrar de la enfermead, quanto mandaron no deve valer, fueran ende si por ventura tornaren en enfermedat, é lo otorgaren de cabo, ó si ovieren depues complidos XIV annos. E los ninnos ó los vicios que son fechos locos, é que non an nenguna sanidad en nenguna ora, nin pueden ser testimonias, ni maguer fagan manda, non deve valer. Mas si en alguna ora ovieren sanidad, lo que fizieren en aquel tiempo de sus cosas deve seer estabescido"*.

¹⁰⁵² **Fuero Juzgo, Libro II, Título IV, Ley 12^a** referente a *"Fasta quanto tiempo puede el omne seer testimonio"*, que se pronuncia en el siguiente tenor: *"El ninno ó la ninna pues que ovieren complidos XIV annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto"*.

¹⁰⁵³ **Fuero Juzgo, Libro IV, Título III, Ley 3^a**, *"Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere é si se non casare, assi que de las cosas de los fijos faga un escripto. E si la madre se quisiere casar, é alguno de los fijos fuere de edad de XX annos hasta XXX, este deve aver los otros hermanos é las sus cosas en guarda, é non las dexar ennaienar ni perder á ellos ni á otri"*.

¹⁰⁵⁴ **Fuero Juzgo, Libro IV, Título II, Ley 13^a** donde se regula *"Que los fijos deven fincar en poder del padre después de la muerte de la madre"*.

¹⁰⁵⁵ **Fuero Juzgo, Libro IV, Título II, Ley 13^a** donde se menciona *"E quando el fijo ó la fija del padre se quisiere casar, el padre luego de su parte de la buena de su madre, é retenga pota si la tercia parte daquello quel diere..."*.

personal y patrimonial¹⁰⁵⁶; el acceso a la libertad individual una vez asentida la salida de la casa paterna¹⁰⁵⁷; y el mantenimiento de la edad de los veinte años para poder ser tutor¹⁰⁵⁸. No obstante, al mismo tiempo, la influencia romana empezaba a hacerse sentir con fuerza en el propio texto del Fuero Real; por ejemplo, con la admisión, en diversas circunstancias, de la restitución en favor del menor¹⁰⁵⁹.

Esos influjos romanistas iniciales tuvieron que aguardar hasta el Código Alfonsino - 1256-1265 -, para decantar, definitivamente, la balanza a favor de la romanización, oficializando los veinticinco años como edad o momento de tránsito a la mayoría de edad. También Cataluña y Navarra, por vigencia del *ius commune*, establecieron esta misma regla para fijar el momento en que el individuo adquiere la plena autonomía legal¹⁰⁶⁰, si bien es cierto, por lo que al caso catalán se refiere, que ciertas disposiciones de carácter consuetudinario introducían algunos matices a lo apuntado¹⁰⁶¹. En Aragón, en cambio, y de manera excepcional, los veinte años continuaron siendo la pauta ordinaria a seguir¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁶ **Fuero Real, Libro I, Título XI, Ley 7ª.**

¹⁰⁵⁷ **Fuero Real, Libro I, Título XI, Ley 8ª.** Se distingue como esencial que el hijo esté en poder del padre o madre - no importando que sea de edad cumplida - y el que los hijos saliesen del poder del padre o de la madre o estando con ellos fueren casados y tuvieren su casa de partida, y recauden sus cosas por sí.

¹⁰⁵⁸ **Fuero Real, Libro III, Título VII, Ley 1ª.**

¹⁰⁵⁹ En concreto encontramos mención expresa a dicha institución en el ámbito de la prescripción - **Fuero Real, Libro II, Título XI, Ley 3ª** -; y se hace aplicación de ella, respecto al padre - **Fuero Real, Libro I, Título XI, Ley 8ª** -, y respecto a los tutores - **Fuero Real, Libro III, Título VII, Ley 10ª** -.

¹⁰⁶⁰ En el caso de Cataluña, **Durán y Bas, Manuel**: Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña: escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real Decreto, de 2 de febrero de 1880. Barcelona, 1883, Ed. Imprenta de la Casa de Caridad, pág. 144, nos describe como en las Constituciones 1ª y 2ª, Título II, Libro II, Vol. 1º de Cataluña; "todo menor de veinticinco años, de cualquiera condición que sea, que tenga padre, y no sea, ni haya sido casado, aunque fuese emancipado, no pueda otorgar contrato alguno obligatorio, y si de hecho se otorgase sea habido por nulo y no se pueda juzgar por él, excepto que fuese hecho con expreso consentimiento y firma de su padre".

¹⁰⁶¹ Tal y como subraya **Oliver, Bienvenido**: Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña. Madrid, 1867, Ed. Librería española, pág. 381, en sus comentarios al Código de Tortosa, son mayores de edad las personas de ambos sexos que han cumplido los veinticinco años. Aun cuando sólo adquieren la plenitud de los derechos civiles los mayores de edad, las *Costums* la conceden a los que sin haber llegado a ésta han

2.2. DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851 AL CÓDIGO CIVIL DE 1889. EL VERDADERO CAMBIO DE SISTEMA

Será alcanzado el siglo XIX, durante el proceso codificador, y en concreto en el Proyecto de 1851, tildado de afrancesado y fuertemente influido por el *Corpus Iuris Civilis*, cuando definitivamente se fijen las coordenadas inspiradoras del nuevo sistema de la minoría de edad. El Proyecto de Código civil de 1851 opta, decididamente, por medir la capacidad de las personas atendiendo únicamente a la edad límite programada por la ley, rompiendo con ello, en cierta medida, con la disciplina instituida desde las Partidas¹⁰⁶³.

Este Proyecto de 1851 describe, en primer lugar, la situación de minoridad con carácter general, sin distinción alguna entre hijos de familia y pupilos - artículo 276 -, considerándose en tal situación "a todas aquellas personas sin distinción de sexo que no hayan cumplido los veinte años", trayendo a colación, de una parte, el sistema del Fuero Juzgo o *Liber Iudiciorum*, y de otra, el Derecho tradicional

cumplido veinte años siendo varones y dieciocho siendo hembras. Para ello es preciso que manifiesten su voluntad de administrar sus bienes sin intervención del curador, y que obtengan del Tribunal la correspondiente autorización. En consecuencia, está dispuesto que cuantos actos celebren en cualesquiera asuntos o negocios, así judiciales como extrajudiciales, sean válidos y subsistentes; y que en ningún tiempo podrán solicitar la rescisión de los mismos por haber sufrido algún perjuicio, en virtud del beneficio de la restitución *in integrum* ni de otro alguno, del cual quedan privadas. También, **Aunós Pérez, Antonio**: El Derecho catalán en el siglo XIII. Barcelona, 1926, Ed. Helios, págs. 202-203, refiriéndose a las *Consuetudines ilderdenses*, nos recuerda que respecto a la mayoría de edad, establecen las *Consuetudines* la de veinticinco años, pero el menor de esta edad que haya cumplido los catorce, goza de todos los derechos propios de la mayor edad, privándole del beneficio de la *restitutio in integrum*.

¹⁰⁶² Un análisis exhaustivo de la cuestión de la edad como elemento capacitador en el Derecho aragonés desde los Fueros y Observancias hasta la Ley del 1943, lo encontramos en **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La edad en Derecho aragonés" en Libro Homenaje a la Memoria de Don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954, Ed. Estudios de Derecho aragonés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, págs. 345-391, así como en **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación del Derecho Civil de Aragón" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 465, marzo-abril 1968, págs. 319-326.

¹⁰⁶³ **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 312, corroboran la idea de que el Proyecto de 1851 acoge el criterio de establecer una distinción básica en orden a los estados civiles por razón de la edad, distinguiendo entre el mayor y el menor de edad.

aragonés y, finalmente, los artículos cuarto y quinto del entonces vigente Código de Sainz de Andino¹⁰⁶⁴; en segundo término, prescribe uno de los efectos esenciales aparejados a la mayoría de edad, cual es la extinción de la patria potestad - artículo 160.4º -; y, finalmente, suprime la distinción de trato entre los individuos, por el simple hecho, de ser considerados como *sui iuris* o *alieni iuris*.

Pues bien, es precisamente en este último inciso, sobre el que se sustenta el anunciado cambio de paradigma, ya que la estratificación de la capacidad de la persona pasó a depender exclusivamente del criterio objetivo de la edad, con absoluta independencia de la relación de subordinación existente entre los hijos y la autoridad parental. También, por vez primera, se dio entrada a la categoría civil del menor emancipado.

Destacar, por último, que el citado Proyecto mantuvo activa, si bien no era ésta la terminología empleada, la vieja distinción entre las nociones de púberes e impúberes. Así, los mayores de doce y catorce años, a tenor del sexo, podían contraer matrimonio - artículo 48 - y estipular válidamente capitulaciones matrimoniales - artículo 1.241 -; ostentaban, además, el derecho de *testamenti factio* activa - artículo 600 -; y podían, en igual medida, ser testigos en el otorgamiento de disposiciones de última voluntad - artículo 589 -. No se admitió, sin embargo, la diferenciación de los impúberes en próximos a la infancia o a la pubertad, en un intento de simplificar el sistema y dotarlo de una conveniente unidad. Apuntar, finalmente, que se establecía la tutela para los menores - artículo 171 -, se otorgaba

¹⁰⁶⁴ **Lasarte Álvarez, Carlos**: "Comentario del artículo 12 de la Constitución española" en **Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.)**: Comentarios de la Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23. Madrid, 2006, Ed. Edersa, pág. 178.

al tutor la representación de su pupilo - artículo 218 -, y se conservaba el beneficio de la *restitutio in integrum*¹⁰⁶⁵.

El esquema del Proyecto de Código civil de 1851, junto con el de 1882¹⁰⁶⁶, se erigieron en el modelo o pauta a secundar por el Código civil español de 1889¹⁰⁶⁷. En consecuencia, la redacción originaria del Códice elimina, a pesar de admitir alguna contada excepción, cualquier tipo de alusión o referencia que vincule, directa o indirectamente, las diferentes edades por las que transita una persona a lo largo de su vida con la denostada idea de la pubertad. Asimismo, se identifica o categoriza la minoría de edad como una de las causas que conllevan o provocan una restricción en la personalidad del individuo - en este sentido se manifestaba el hoy derogado artículo 32.2 del Código civil -. También, al igual que ya hiciera el proyecto de Código civil de 1851, se abandona la dicotomía entre el sujeto *sui iuris* y el *alieni iuris*, restando el menor de edad no emancipado, por su situación de dependencia y subordinación, sometido a la representación legal de sus padres o, en su caso, de su tutor. Y, finalmente, se elimina la *actio de restituto in integrum* como mecanismo o instrumento protector del menor de edad en el ámbito de la contratación,

¹⁰⁶⁵ **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**: La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona. Madrid, 1985, Ed. Cuadernos Civitas, págs. 21-22, considera que los caracteres principales del Proyecto de 1851 son: 1) Describe la situación de minoría de edad con carácter general, sin distinguir entre el hijo de familia y el pupilo; 2) parte de la base de que la mayoría de edad siempre extingue la patria potestad - ya no es vitalicia -; 3) y suprime la distinción entre el *sui iuris* y el *alieni iuris*.

¹⁰⁶⁶ Todos los documentos que concluyeron con la aprobación del Código Civil español de 1889 se encuentran recopilados en **Lasso Gaité, Juan Francisco**: Crónica de la Codificación española. Tomo IV. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. II. Madrid, 1970, Ed. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia.

¹⁰⁶⁷ Tampoco puede olvidarse el Proyecto de Libro I de 1869, donde su artículo 208, concretaba la mayoría de edad en los veintiún años. Ello basado, según el Preámbulo de esta norma, en "la precocidad que se nota en el siglo XIX; la frecuencia con que vemos en los primeros años inmediatamente posteriores a haber cumplido los veinte las operaciones serias en que la juventud se ocupa, así en el orden especulativo como en el material; ese creciente interés con que ya por entonces se miran los asuntos públicos inclina ordinariamente a los legisladores en todos los pueblos modernos a anticipar la mayor edad, que se fija en el Proyecto que se presenta a los veintiún años por cumplimiento de los cuales en el hombre y la mujer concluye la patria potestad".

sustituyéndolo por la acción de anulabilidad, que viene a significar la introducción en este ámbito de la idea del acto claudicante.

Tal y como nos recuerda GETE-ALONSO, mientras que en los Proyectos de Código civil de 1821¹⁰⁶⁸ - artículo 112 - y de 1836¹⁰⁶⁹ - artículo 548 -, aún se mantenía la figura de la actio de restitutio en beneficio del menor; a partir de 1851 se reemplazó ésta por la de nulidad - artículo 1.184 -, relegando la restitución a los supuestos de lesión sufrida por el menor en la contratación realizada en su nombre por el tutor. Esta situación, tal y como hemos señalado, se mantuvo en el definitivo redactado del Código civil, en el que la *restauración a la condición original* fue reemplazada por la acción de impugnación - artículo 1.301 -; y, frente a la actuación del tutor o representante legal, se preceptuó una especial acción de carácter rescisorio - artículo 1.291.1º -¹⁰⁷⁰.

El texto articulado de 1889, como sucediere en la inmensa mayoría de los Códigos europeos de la época y como ya había avanzado en España el Proyecto de Código civil de 1851¹⁰⁷¹, no fundamenta la capacidad de obrar de las personas en atención a su aptitud intelectual y volitiva - facultad de entender y querer - sino que la delimita en función de un criterio estrictamente cronológico. Se quiere, con ello, evitar la

¹⁰⁶⁸ El Proyecto de 1821, sin mencionar directamente a la mayoría de edad, fijó los veinticinco años como momento a partir del cual se extingue la patria potestad - artículo 378.4 -.

¹⁰⁶⁹ También el Proyecto de 1836 siguió el mismo criterio que el de 1821 por lo que a la mayoría se refiere, estableciendo expresamente en su Exposición de Motivos que "la mayoría de edad se ha fijado en los veinticinco años para uno y otro sexo". Continúa el discurso justificando tal medida, frente al criterio seguido en otras legislaciones extranjeras que rebajan la edad a los veintiún años, en el Derecho histórico y en la admisión del matrimonio como causa de emancipación, y en la misma emancipación.

¹⁰⁷⁰ **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**, op. cit. pág. 23.

¹⁰⁷¹ **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 24 señala que el Código civil español estima que el desarrollo de la razón y voluntad humana o capacidad natural, que habilita a la persona para realizar actos con eficacia jurídica, se adquiere con la mayoría de edad, a los dieciocho años. Hace coincidir capacidad natural con capacidad de obrar.

realización de continuos juicios subjetivos de valor para descifrar el verdadero nivel de desarrollo y la capacidad de autogobierno que presentan los sujetos en la ejecución concreta de cada uno de los negocios jurídicos en los que participan. Esta situación, alerta el legislador decimonónico, hubiera podido desembocar en considerables inconvenientes, que repercutirían esencial y primordialmente en la seguridad del tráfico.

Atendiendo a esta filosofía, el Código civil fijó la mayoría de edad en los veintitrés años¹⁰⁷², reduciéndola respecto de los veinticinco vigentes hasta ese momento. Incorporó, además, supeditada a tal prescripción, una absurda restricción - basada en la idea del recato femenino - aplicable a las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años¹⁰⁷³, que fue suprimida, *a posteriori*, por la Ley de 22 de julio de 1972¹⁰⁷⁴. Este límite temporal de los veintitrés años estipulado por nuestro codificador no contaba con precedente normativo alguno en la historia legislativa española¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² En el Anteproyecto de Código civil (1882 - 1888), siguiendo al *Code Napoléon*, preceptuaba el artículo 286 que "la mayor edad principia a los veintiún años cumplidos". No obstante, al llegar a la redacción definitiva del Código - y según parece por vía transaccional de último momento e inspiración en el artículo 286 del Código del Cantón de Vaud -, el artículo 320 estableció la mayoría de edad en veintitrés años.

¹⁰⁷³ **De Castro y Bravo, Federico**: "La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil" en Anuario de Derecho Civil, 1972, pág. 937, pone de relieve que esta restricción que se imponía a la hija de familia de veintiún años cumplidos y menor de veinticinco, prevista en el párrafo segundo del artículo 321 del Código civil español, encuentra su origen en el artículo 277 del Proyecto de 1951, sin que exista antecedente más alguno ni en la legislación española de la época ni en los Fueros antiguos. Tampoco, añade el autor, puede mencionarse ni copiarse disposición del Código civil francés ni de otra ley extranjera, que contenga tal regla. A pesar de ello, **García Goyena, Florencio**: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Vol. I. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial, pág. 266, al comentar el contenido del artículo 277 de su Proyecto, utiliza como única justificación de la novedad propuesta la de que tal limitación tiene por objeto el decoro público y el personal de las hijas de familia. Así, ninguna hija bien educada y que tenga en algo su reputación, la joya más preciosa del sexo bello y débil, dará lugar a que se haga uso de esta limitación, pero conviene proveer para los casos posibles.

¹⁰⁷⁴ **De Castro y Bravo, Federico**: op. cit. pág. 937, se hace eco de la desaparición por medio de esta Ley de la que viene a denominar una de las disposiciones más llamativas y pintorescas del Código civil español.

¹⁰⁷⁵ En cambio el Código de Comercio fijó, para el ejercicio habitual del comercio, la edad de veintiún años. En palabras de **Hurtado Muñoz, Vicente**: "La Ley de 13 de diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4º del Código de Comercio" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm.

Parece, en definitiva, que el Código civil se inclinó, inexplicablemente en opinión de algunos autores, por acoger una fórmula de consenso situada entre los veinticinco años, propios de la más pura tradición Justiniana - materializada en La Partida VI, XIX, 2 -; y las previsiones contenidas en el Derecho histórico patrio - el Fuero Juzgo y el Fuero Real -¹⁰⁷⁶. Aún corroborando y adscribiéndonos íntegramente a las reflexiones aportadas en este punto por la mayoría de la doctrina, no compartimos, sin embargo, la adjetivación de *inexplicable* que cierto sector le atribuyó a la elección de la edad de los veintitrés años, puesto que, tal y como hemos venido advirtiendo a lo largo del presente capítulo, las oscilaciones entre los criterios romano y germánico fueron una constante durante el devenir de la historia del derecho de España, viniendo a ser la redacción del artículo 320 del Código civil fiel reflejo o punto de encuentro de esas idas y venidas.

Esa materialización, en los veintitrés años, de la mayoría de edad provocó un verdadero alud de reproches y objeciones al entenderse que tal elección no suponía precisamente todo un acierto. De las múltiples razones esgrimidas para sustentar tales críticas extraemos, a continuación, las que entendemos representaron una más clara afrenta a la apuesta normativa emprendida por la Comisión codificadora¹⁰⁷⁷:

- a) El legislador se había apartado de la orientación del derecho comparado. Así, en el siglo XIX, los principales Códigos europeos - de Francia, Italia y

224, enero 1947, pág. 23, esta diferencia entre la mayoría de edad civil y la mercantil resultó sumamente perturbadora; fuente y origen de inacabables cuestiones y problemas.

¹⁰⁷⁶ **Cerro, Eduardo**: "La mayoría de edad de los españoles", en Revista de Derecho Privado, marzo 1979, pág. 257.

¹⁰⁷⁷ Seguimos en este apartado a **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, págs. 55-56. Asimismo, el propio autor reitera esta argumentación en **Lete del Río, José Manuel**: "Comentario a los artículos 320-323 del Código civil español" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo IV. Madrid, 1978, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 410.

Portugal, entre otros - formalizaron la mayoría de edad en veintiún años. Hay incluso algunos sistemas, más atrevidos, que la adelantaron; por ejemplo, el de Suiza a la veintena o el de la Unión Soviética a los dieciocho años¹⁰⁷⁸.

- b) Esta edad no tenía aplicación más que en los territorios donde regía el derecho común. En las demarcaciones de derecho especial, tras la entrada en vigor del Código civil y hasta la Ley de 13 de diciembre de 1943 - que vino a unificar el sistema -, regía para alcanzar la mayoría una pluralidad de edades¹⁰⁷⁹. En Aragón, los veinte años cumplidos o haber contraído matrimonio¹⁰⁸⁰; en Baleares y Vizcaya, los veintitrés años, pues regulaba esta materia el Código civil; en Cataluña, los veinticinco años, por vigencia como supletorio del Derecho romano; y en Navarra, los veinticinco años, también por aplicación subsidiaria del *ius commune* o supuesta costumbre contra fuero.

Las aludidas discrepancias existentes entre unas y otras legislaciones civiles respondían al parentesco de procedencia de cada una de ellas: romano o germánico. Allá donde imperaba la tradición jurídica romana, basada en que

¹⁰⁷⁸ Comparte esta crítica **Aramburo Machado, Mariano**, op. cit. págs. 111-112.

¹⁰⁷⁹ A esa falta de coherencia interna del ordenamiento jurídico español también hace referencia **López San Luís, Rocío**, op. cit. pág. 89, al poner de relieve las notables diferencias entre la normativa del Código civil y la aplicable en aquellos territorios en que los Derechos forales, por tradición, gozan de un especial arraigo. De la misma opinión es **Lasarte Álvarez, Carlos**: "Comentario del artículo 12 de la Constitución española" en **Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.)**: Comentarios de la Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23. Madrid, 2006, Ed. Edersa, pág. 174, quien en referencia al tema habla del fragmentado mapa jurídico de la Península Ibérica.

¹⁰⁸⁰ El Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón, aprobado por Real Decreto Ley de 7 de diciembre de 1925- vigente desde el 2 de enero de 1926 hasta la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1967, de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre la Compilación de Derecho civil de Aragón - , bajo el epígrafe "De la mayor edad", se contenían los artículos 10 a 13 del texto. El primero de ellos establecía: "Son mayores de edad: 1º. Los que han cumplido veinte años; 2º. Los menores de veinte años desde el momento en que contraen matrimonio".

la mayoría de edad representa la plenitud de derechos, la edad se fijó en los veinticinco años - Navarra, Cataluña -. Mientras que, allí donde, por el contrario, se sintió la acción del Derecho germánico, caracterizado por el escalonamiento de facultades jurídicas y la retención de derechos, se abrió paso el criterio de una mayoría de edad más reducida, como vino a ser el caso de Aragón¹⁰⁸¹.

En este último supuesto, y utilizando los argumentos esgrimidos por parte de la doctrina civil aragonesa para justificar la adquisición más temprana de la mayoría de edad en Aragón, se afirma que el Derecho aragonés se caracterizó por presentar una férrea reacción frente al poder absorbente y jerárquico del señor de la comunidad romana. Así, en el modelo familiar aragonés no tiene cabida la disyuntiva entre el poder del jefe, por una parte, y la capacidad limitadísima del resto de sus miembros de otra. No precisó, por tanto, su ordenamiento jurídico, de la anulación de la personalidad de los integrantes del núcleo familiar en favor de la persona de su líder para que aquella se mantuviera firme y robusta¹⁰⁸².

- c) El Código de Comercio, por su parte, estipulaba una edad inferior para el ejercicio habitual del comercio. De esta forma, según el artículo 4º de este cuerpo normativo, la capacidad legal necesaria para el ejercicio habitual del

¹⁰⁸¹ Además, tal como documenta **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. pág. 157, en la tradición germánica el hecho más importante era la salida del hijo de la casa paterna, el establecimiento de un propio hogar, en especial por el matrimonio. Debemos tener también presentes a **Palá Mediano, Francisco y Martín-Ballester y Castea, Luís**: "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés" en Ponencia del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Segunda Semana de Derecho aragonés. Zaragoza, 1943, Ed. Librería General, pág. 9, quienes dejan claro que la falta de recepción del Derecho romano en Aragón durante la Edad Media, cuando el Derecho Justiniano se infiltró y aún se apoderó de la casi totalidad de las legislaciones europeas en el fenómeno más típico de sugestión que conoce la historia, fue causa de que el Derecho histórico aragonés siguiera derroteros diferentes.

¹⁰⁸² **Palá Mediano, Francisco y Martín-Ballester y Castea, Luís**, op. cit. págs. 18-19.

comercio se obtenía por la concurrencia de tres requisitos: a) haber cumplido la edad de veintiún años; b) no estar sujeto a la potestad del padre o de la madre, ni a la autoridad marital; y c) tener la libre disposición de sus bienes¹⁰⁸³. No terminaba, por tanto, de comprenderse el por qué del trato discriminatorio ofrecido por estas dos disposiciones normativas privadas.

A raíz de la polémica suscitada por la entrada en vigor del Código civil español de 1889, el legislador no tardó en sentir la imperiosa necesidad de, por una parte, dar respuesta efectiva y tratar de subsanar los errores y defectos reseñados; y, de otra, uniformar, costare lo que costare, el heterogéneo sistema de edades. Un estado centralista y autocrático como el franquista no podía permitirse, bajo ningún concepto, un trato desigual a la juventud atendiendo, simplemente, a un dato tan aleatorio como los del lugar de nacimiento o residencia habitual. A todo ello vino a dar respuesta la Ley de 13 de diciembre de 1943¹⁰⁸⁴.

Un claro antecedente a esta norma especial de 1943 que, sin embargo, pasó absolutamente desapercibido, lo representa la Ley del Parlamento de Cataluña, de 8 de enero de 1934, cuyo artículo primero señalaba que los catalanes alcanzaban la mayoría de edad a los veintiún años¹⁰⁸⁵. Esta disposición emanada del Parlamento de Cataluña fue derogada, al igual que el resto de la producción normativa dimanante de las Cortes republicanas, por la Ley franquista de 8 de septiembre de 1939. En este sentido, PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL, muestran su sorpresa por el sospechoso olvido que el Preámbulo de la Ley de 1943 presenta respecto de los

¹⁰⁸³ **Hurtado Muñoz, Vicente**, op. cit. págs. 24-27, explica al detalle cada una de estas exigencias.

¹⁰⁸⁴ Boletín de 15 de diciembre de 1943.

¹⁰⁸⁵ **Badosa Coll, Ferran**: "La persona física" en **Badosa Coll, Ferran (Dir)**: Manual de Dret Civil Català. Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, pág. 142, se hace eco de que la Generalitat republicana estableció la mayoría de edad en los veintiún años - artículo 1 de la Ley de 8 de enero de 1934, de mayoría y habilitación de edad - y en los dieciocho - Decreto de 13 de noviembre de 1936 -.

precedentes históricos españoles que ya habían establecido el tránsito a la mayor edad a los veintiún años, en particular con la referida ley catalana¹⁰⁸⁶.

2.3. LA LEY DE 13 DE DICIEMBRE DE 1943. EL INTENTO DE UNIFICACIÓN DEL MODELO

Tres han sido reconocidos como los aspectos característicos y esenciales definidores de esta Ley: en primer término, la reducción de la mayoría de edad a los veintiún años, disponiendo su artículo uno que "a los efectos civiles, la mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos"¹⁰⁸⁷; asimismo, instaura la computación *civilitas*, que incluye completo el día del nacimiento¹⁰⁸⁸, zanjando con ello una ardua polémica doctrinal vigente en aquellos momentos¹⁰⁸⁹; y, lo que es más importante, declaró su aplicación a todo el territorio nacional¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁶ **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 314.

¹⁰⁸⁷ **Hurtado Muñoz, Vicente**, op. cit. págs. 29-30, apunta que por causa y gracia de la Ley de 1943, el artículo 4º del Código de Comercio ha de entenderse como si estuviera redactado así: "Tendrán capacidad para el ejercicio habitual del comercio las personas que tengan la libre disposición de sus bienes".

¹⁰⁸⁸ **Serrano Alberca, José Manuel**: "Comentario al artículo 12 de la Constitución española" en **Garrido Falla, Fernando (Dir.)**: Comentarios a la Constitución. Tercera edición. Madrid, 2001, Ed. Civitas, pág. 222. Sobre esta materia **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**: Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Editorial Montecorvo, pág. 10, nos recuerda que tres son las alternativas fundamentales a la hora de fijar la edad de una persona. Se puede tener en cuenta el momento en que se produjo el nacimiento, o prescindir de ella excluyendo o incluyendo por completo el día del alumbramiento. **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 53, distingue también ambos sistemas, identificando al primero como de computación natural y al segundo como de computación civil.

¹⁰⁸⁹ **Battle Vázquez, Manuel**: "Estudio sobre la regla de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil" en Revista de Derecho Privado, 1933, pág. 79, realiza un estudio pormenorizado de los diferentes criterios existentes en cuanto a la computación de los plazos, llegando a la conclusión de que existen dos alternativas tradicionales: el *cómputo natural*, en el cual los plazos se miden de momento a momento, y el *cómputo civil*, en que los plazos deben computarse por días enteros. La mayoría de la doctrina se inclinó inicialmente por el cómputo natural, considerando razón decisiva la de que el artículo 48 núm. 3 de la Ley del Registro Civil de 1870 obligare a consignar en la inscripción del nacimiento la hora del mismo. Por su parte, **Castán Tobeñas, José**: Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Vol. II. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. Madrid, 1982, Decimotercera edición, Ed. Reus S.A., pág. 176, señala que la nueva Ley acaba con las dudas, aceptando plenamente el criterio de Savigny, quien argumentaba que el cómputo por días enteros - computación *civiliter* - es el adoptado por la normativa en otros casos - el de la prescripción ó el de las obligaciones a plazo - , y evita las dificultades prácticas que puede suscitar la computación por fracciones de

En relación con este último inciso, compartimos con CASTAN la idea de que la verdadera finalidad de esta disposición no fue otra, sino la de tratar de unificar los diversos sectores del Derecho privado español, o sea, de una parte, el Derecho civil y el mercantil, y de otra, el llamado Derecho común y las legislaciones civiles especiales¹⁰⁹¹.

A ello obedece que esta norma se desplegara, no únicamente sobre la circunscripción propia del Derecho común, sino que también extendiera su ámbito

día. También se pronuncian **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 316, para recordar que el criterio de la computación civil era ya el adoptado por la Ley del Parlamento de Cataluña, de 8 de enero de 1934.

Sobre el cómputo de los plazos en el Derecho romano pueden apreciarse los siguientes textos del Digesto (traducción de **Ors Pérez-Peix, Álvaro d' et al.**: El Digesto de Justiniano. Pamplona, 1972, Ed. Aranzadi):

D. 4, 4, 3, 3: "...pero hay que ver si también consideramos a uno menor de veinte y cinco años de edad en el día de su cumpleaños, antes de la hora en que nació, de forma que si entonces resultara perjudicado debe concedérsele la restitución. Y no habiendo cumplido los años, hay que decir que sí, de modo que se compute el tiempo de momento a momento. Por consiguiente, si nació en día bisiesto, escribe Celso que nada importa que fuese - según el calendario de César - el primero o el segundo veinte y cuatro de febrero, porque ese día doble se cuenta como uno solo, y se intercala como veinticuatro de febrero".

D. 8, 2, 12: "Según la costumbre romana, el día comienza a media noche y concluye a la media noche siguiente. Así pues, todo lo actuado en estas veinticuatro horas, es decir, en dos mitades de noche y en el día intermedio, es lo mismo que si se hubiera hecho en cualquier hora del día (Pal. 13 Sap.)".

D. 40, 1: "Se admite que pueda manumitir como mayor de veinte años el que nació el primer día del año si hace la manumisión después de la media noche de la víspera, pues no es que se permita a los mayores de veinte años que manumitan a un esclavo, sino que se prohíbe hacerlo al menor de edad, y deja de serlo el que llega al último día del año vigésimo de su vida (Ulp. 6 Sab.)".

D. 50, 16, 134: "Se llama *de un año* no desde que nace el hijo sino desde el día trescientos setenta y cinco; esto sí, desde que se inicia ese día, no desde que se termina, pues nuestro cómputo civil de los años no es de momento a momento sino por días (Ulp. 2 ad leg. Iul. et Pap.)".

¹⁰⁹⁰ El único precedente patrio de la edad de los veintiún años fue la Ley catalana de mayoría y habilitación de edad, de 8 de enero de 1834, en cuyo artículo primero se preveía que: "Son mayores edad: 1) Los que han cumplido veintiún años; 2) los que habiendo cumplido dieciocho contraen matrimonio".

¹⁰⁹¹ **Castán Tobeñas, José**, op. cit. pág. 174. Así, en el momento de entrada en vigor de esta norma se entendía que había en España las siguientes edades para la mayoría: en Aragón, los veinte años cumplidos o haber contraído matrimonio; en Baleares, por no existir disposición foral en contra, los veintitrés años del Código civil; en Cataluña, los veinticinco años, conforme al Derecho romano supletorio; en Vizcaya, los veintitrés años, por aplicarse el Código civil a falta de precepto foral especial; en Navarra, los veinticinco años, por aplicación supletoria del Derecho romano y supuesta costumbre contra fuero.

de influencia sobre aquellos territorios en que era de aplicación el calificado, por entonces, como Derecho foral. Por consiguiente, a partir del 1 de enero de 1944 - fecha de su entrada en vigor - el sistema se uniformó y todas las personas que cumplieran o hubiesen cumplido veintiún años alcanzarían la plena capacidad civil¹⁰⁹²; con la única salvedad del Derecho civil aragonés, ya que al respetarse la subsistencia de lo dispuesto en el número 2º del artículo 10 de su Apéndice de 1925 - artículo 3º de la Ley de 1943 -, se continuó aceptando la posibilidad de adquirir la mayoría de edad antes de los veintiún años si se contraía matrimonio - catorce años conforme a la regulación del Código civil -¹⁰⁹³. Esta misma particularidad o

¹⁰⁹² En discurso pronunciado por el Ministro de Justicia de la época, Sr. Eduardo Aunós Pérez, relativo al Proyecto de ley sobre fijación de la mayoría de edad civil, publicado en el **Diario ABC, del viernes 13 de diciembre de 1943**, se manifestó del siguiente tenor para justificar la programada unificación legal: "ciego es quien no advierte que llega para todos una de esas horas cruciales en las cuales sólo puede salvar a los pueblos una decida y eficaz concentración de poder y un propósito indeclinable de coordinar aquellos principios de derecho que son esenciales para el mejor desenvolvimiento de la vida nacional. No tratamos de imponer una técnica jurídica al desenvolvimiento normal de nuestro pueblo. Estimamos por el contrario, que la corriente encaminada a la unificación posible, como en este caso de la mayoría de edad, debe sernos impuesta por la realidad ambiente. Nadie sería capaz de negar las ventajas de la codificación, pero ésta no podrá obtenerse cumplidamente sino a base de interpretar los nuevos hechos y las nuevas realidades de todo orden, integrándolos en nuevas formas jurídicas aplicables sin restricción alguna. Las diversidades de criterio advertidas en nuestra legislación entre el Derecho común y el foral carecen actualmente de justificación, en cuanto la reglamentación dada en este punto por las legislaciones forales significa un tributo excesivo al pasado y suscita múltiples dudas y dificultades". Posteriormente, la propia **Exposición de Motivos de la Ley de 13 de diciembre de 1943**, utilizó la siguiente argumentación para fundamentar la reforma introducida: "El Estado Nacional, surgido al conjunto de una Cruzada digna de parangonarse con las más altas gestas humana, fue desde sus horas aurales de gestación dolorosa y heroica una empresa de vigorosos arrestos, cuajada de ímpetu juvenil. En la guerra, la juventud se erigió sobre las ruinas de un ayer lleno de claudicaciones tenebrosas, y en la paz es esa misma juventud la que le da arrollador y ágil dinamismo. Por ser así, y convencidos de hallar en los jóvenes de España el más inquebrantable sustento, le corresponde declarar ahora su advenimiento al pleno disfrute de los derechos civiles, anticipando el límite de edad que otros regímenes, perniciosos y falsamente avanzados, habrían retrasado sin razón alguna fundamental. Creemos que la juventud española al obtener en virtud de esta Ley a los veintiún años la mayoría de edad se sentirá estimulada en sus aspiraciones de servir a la Patria con total entrega de su desbordante vitalidad a los altos ideales religiosos, políticos y sociales que a nuestro Estado inspira". **Delgado Echeverría, Jesús**: El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, pág. 78, califica estos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley de 23 de diciembre de 1943, como un ejemplo difícilmente superable de la literatura jurídica fascista. No se quedan atrás, en sus críticas al lenguaje de la época, **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 314.

¹⁰⁹³ A pesar de dicha posibilidad, el propio artículo 3º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 *in fine*, tras declarar la subsistencia del núm. 2 del artículo 10 del Apéndice aragonés de 1925, aclara que las referencias contenidas en dicho texto legal a los veinte años, se entiendan referidas a los veintiuno. Respetando, no obstante, el estado jurídico de las personas que de conformidad con el apartado uno del artículo 10 del Real Decreto Ley de 7 de diciembre de 1925, hubieran adquirido la mayoría de edad a los veinte años, antes de la

excepción se ha seguido conservando intacta tiempo después, tanto en el texto de la Compilación aragonesa - artículo 4º - como en 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, pues, a tenor de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), "es mayor de edad el que ha contraído matrimonio"¹⁰⁹⁴, cualquiera que sea la edad de los cónyuges, sin las limitaciones que, para esta forma de emancipación, establece el Código civil¹⁰⁹⁵.

Una de las peculiaridades más subrayadas de la Ley de 1943, radica en el hecho de que su contenido no se incorporó inmediatamente al texto del Código civil, por lo que su artículo 320 - en su versión originaria -, a pesar de encontrarse revocado *de facto* en este inciso, continuaba rezando que "la mayor edad empieza a los veintitrés años cumplidos"¹⁰⁹⁶. Hubo que esperar hasta la Ley 31/1972, de 22 de julio, sobre

entrada en vigor de la Ley de 1943 - párrafo 2º del artículo 4º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 -. La mayoría de la doctrina alabó el acierto que tuvo la Ley de 1943 al respetar, en cuanto pudieran estar vigentes, las disposiciones forales referentes al régimen de la minoridad. Entre ellos destacar a **Castán Tobeñas, José**: Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. Vol. II. Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. Madrid, 1982, Decimotercera edición, Ed. Reus S.A., pág. 174. En idéntica línea se encuadra inicialmente **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La edad en Derecho aragonés" en Libro Homenaje a la Memoria de Don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954, Ed. Estudios de Derecho aragonés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pág. 381. No obstante, este mismo autor, en un artículo posterior, **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación del Derecho Civil de Aragón" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 465, marzo-abril 1968, págs. 324-325, es más crítico con la Ley del 43, al afirmar que dicha norma constituyó una ofensa grave para Aragón y su ordenamiento. Por su parte, **Delgado Echeverría, Jesús**: El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, págs. 78-79, documenta el revuelo que generó en las recién nacidas Cortes la aprobación de la Ley del 1943, donde el entonces Capitán General de Aragón manifestó su voto en contra al Proyecto de Ley: probablemente el primero en escucharse en ellas.

¹⁰⁹⁴ Esta norma hace suyas las previsiones contenidas en la ya derogada Ley 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la Persona, en concreto, en su artículo 1.1.b).

¹⁰⁹⁵ Tal y como se encarga de recordarnos **Cerro, Eduardo**, op. cit. págs. 261-262, tan solo la Compilación de Derecho civil de Aragón, aprobada por Ley de 8 de abril de 1967 - Boletín Oficial del Estado, núm. 86, de 11 de abril de 1967-, tocaba temas relacionados con la mayoría de edad, en sus artículos 6, 27 y 99 apartado 1º.

¹⁰⁹⁶ Advertían **López López, Jerónimo y Melón Infante, Carlos**: Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar. Madrid, 1967, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pág. 152, que la Ley de 13 de diciembre de 1943 no es una ley modificativa del texto del Código civil, aunque por una generalizada

modificación de los artículos 320 y 321 del Código civil, para que la redacción del citado precepto fuera alterada¹⁰⁹⁷.

Una vez más, al igual que sucediere con anterioridad en el año 1943, nuestro Ordenamiento jurídico perdió una magnífica oportunidad, con esta Ley de 1972, de situarse al nivel de las legislaciones europeas más avanzadas en la materia, pues el límite de los veintiún años había sido ahora rebajado de manera generalizada a los dieciocho. En esta línea, se situaba la Resolución 29/1972 del Comité de Ministros del Consejo de Europa - aprobada en su reunión de 19 de septiembre de 1972 - sobre "adelantamiento de la edad de la plena capacidad jurídica", que trataba de responder a una tendencia ya manifestada en las legislaciones del viejo continente y, a su vez, aspiraba a acelerar y reforzar dicho movimiento, universalizándolo¹⁰⁹⁸. Así lo hicieron, por ejemplo, en Inglaterra - Ley de 25 de julio de 1969 -, Francia - Ley de 5 de julio de 1974¹⁰⁹⁹ -, Alemania - Ley de 31 de julio de 1974 - e Italia - Ley de 8

corruptela suele darse como alterado este precepto en las ediciones del Código publicadas a partir de la citada Ley.

¹⁰⁹⁷ Boletín Oficial del Estado, núm. 176, de 24 de julio de 1972. Para un comentario más detallado del contenido de esta norma vid. **De Castro y Bravo, Federico**: "La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil" en Anuario de Derecho Civil, 1972, págs. 937- 945.

¹⁰⁹⁸ A las sesiones en que se elaboró esta Resolución, España asistió con el estatuto de observadora, representada, entre otros por José María Castán Vázquez. Así, **Castán Vázquez, José María**: "La Resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica" en Revista de Derecho Privado, enero 1973, pág. 6, valora que este documento europeo fue elaborado con un laudable sentido de prudencia. De entrada, asumió la forma de una "resolución" y no, como otros documentos del Consejo de Europa, la de una "convención"; no contiene disposiciones obligatorias, sino tan sólo, meras recomendaciones sin propósito coercitivo alguno. Pero, además, prosigue dicho autor, aún dentro del terreno de las simples recomendaciones, la Resolución procuró que el texto estuviera muy matizado y dejara siempre amplio margen de libertad a los Estados, según las circunstancias de cada país: por ello se contentaba con aconsejar el descenso de la mayoría de edad por debajo de los veintiuno; y si sugería el establecerla concretamente en los dieciocho, lo hacía para el caso solamente de que los Estados lo estimaran oportuno.

¹⁰⁹⁹ **Teyssié, Bernard**: Droit civil. Les personnes. París, 1981, Ed. Litec, págs. 122-123, apunta que la Ley n.º 74-631, de 5 de julio de 1974, que redujo la mayoría de edad a los dieciocho años, fue fruto de una promesa electoral efectuada por M. Giscard d'Estaing en el curso de la campaña presidencial de 1974. Por su parte, **Weill, Alex y Terré, François**: Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités. París, 1978, Ed. Dalloz, págs. 685-687, nos indican que el artículo 488 del Código civil francés fijó la mayoría de edad en veintiún años. La reducción a los dieciocho se operó por la Ley de 5 de julio de 1974, para, con ello, generar un sentimiento de responsabilidad a los jóvenes.

de marzo de 1978 -. En apoyo de estas recomendaciones se subrayaba la mejor instrucción recibida por los jóvenes, en virtud de una escolarización obligatoria más larga y la mayor y mejor información de que disponen: así como el afán de que su más temprana autonomía favoreciera el sentido de la responsabilidad de los mismos¹¹⁰⁰.

Ahora bien, lo que nuestra doctrina, en realidad, empezó a cuestionarse no fue tanto el retraso acumulado por parte del modelo español, en comparación con otras realidades de nuestro entorno, sino más bien la incoherencia interna que presentaba el propio sistema nacional¹¹⁰¹. Todas estas dudas emergieron nuevamente durante los debates de elaboración de la Constitución de 1978. Con el texto constitucional se trató de dar cumplida respuesta a todos y cada uno de los interrogantes planteados y se abordó, por primera vez, desde una perspectiva eminentemente *ius publicista*, el tema de la reducción del límite de la mayoría de edad, proclamando en su artículo 12 que "los españoles son mayores de edad a los dieciocho años"¹¹⁰².

¹¹⁰⁰ **García Garnica, M^a del Carmen**: El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen). Pamplona, 2004, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 24.

¹¹⁰¹ **Lete del Río, José María**: Derecho de la persona. Madrid, 1986, Ed. Tecnos, pág. 56, cifra esas incongruencias internas en el hecho de que mientras la mayoría de edad se establecía en los veintiún años cumplidos, esa misma persona, a partir de los dieciocho era plenamente responsable en el campo penal y, además, se le reconocía capacidad laboral. Idéntico ejercicio es el realizado por **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**, op. cit. págs. 20-22, centrándose dicho autor en la falta de equilibrio existente entre el proceso de instrucción mínima de los jóvenes - que se extendía hasta los dieciséis años - y el reconocimiento de la plena capacidad de obrar. Otro ejemplo sería el que proporcionaba la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944, que otorgaba capacidad para contratar la prestación de sus servicios a los mayores de dieciocho años. También, apunta el autor, que si se atendía al Código penal se producía un desajuste similar. Resultaba que el menor de veintiún años no tenía plena capacidad, puesto que se le consideraba insuficientemente formado y, consecuentemente, necesitado de protección. Sin embargo, la responsabilidad penal existe a partir de los dieciséis años.

¹¹⁰² Las vicisitudes que superó el precepto durante el proceso de su elaboración constitucional fueron las siguientes: 1) Anteproyecto, artículo 11.2: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años"; 2) Informe de la Ponencia y Dictamen de la Comisión del Congreso, artículo 11.2: "Los españoles adquieren la plenitud de *derechos políticos* cumplidos los dieciocho años"; 3) Pleno del Congreso, artículo 11.2: "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años"; 4) Finalmente, el Senado desgaja el párrafo del artículo 11 y le da la numeración, que sería definitiva, del artículo 12, si bien sin modificar su tenor literal.

2.4. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LOS REALES DECRETOS-LEY DE 1978. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA MAYORÍA DE EDAD

Históricamente, como avanzábamos en el epígrafe anterior, la cuestión de la mayor edad no había sido objeto de constitucionalización, salvo en lo que hacía referencia a la mayoría de edad del rey¹¹⁰³, y eran las distintas ramas del Derecho, en particular la jurisdicción civil¹¹⁰⁴, las encargadas de resolver el asunto¹¹⁰⁵. Ello explica porqué una cláusula del estilo del artículo 12 carece de precedentes expuestos tanto en el Derecho secular español como en el constitucionalismo comparado¹¹⁰⁶. También hay

¹¹⁰³ En cuanto a la mayoría de edad del rey, ésta, en nuestros textos constitucionales, ha oscilado entre los dieciocho años - Estatuto de Bayona de 1808, artículo 8; Constitución de Cádiz de 1812, artículo 185; Constitución de 1869, artículo 82 -, dieciséis años - artículo 66 de la Constitución de 1876 - y catorce años - Constitución de 1837, artículo 56; Constitución de 1856, no promulgada, artículo 60 -. Actualmente, la Constitución española de 1978 no sienta una regla diferente para el Rey a los efectos de determinar cuándo es mayor de edad. Por tanto, lo será según las reglas generales.

¹¹⁰⁴ **Lasarte Álvarez, Carlos**, op. cit. pág. 171, nos recuerda que desde la Constitución de Cádiz hasta nuestros días ninguno de los textos constitucionales patrios ha considerado como materia propia de los mismos la fijación de la mayoría de edad que, en cuanto regla general ha sido siempre uno de los datos inherentes al denominado estado civil de las personas y, por consiguiente, encomendado a la regulación del Código civil. Por su parte, **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**, op. cit. pág. 152 y 158, destaca dos notas identificativas de la evolución que esta materia ha sufrido en España: su generalidad - se aplica a todo el territorio nacional - y su constitucionalización. También **González Porras, José Manuel**: "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil. Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil", en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, 1984, págs. 457-458, nos recuerda que el artículo 12 de la Constitución española tuvo la originalidad de constitucionalizar una materia tradicionalmente no de competencia del Derecho civil, hasta el punto de comentarse que su inclusión en la Constitución fue más bien una cuestión política que de otra naturaleza.

¹¹⁰⁵ Para Antonio Sotillo Martí, representante del Grupo parlamentario socialista durante los debates constituyentes sostenidos en el Congreso de los Diputados, los motivos que justificaron la constitucionalización del tema de la mayoría de edad se basaron fundamentalmente "en el sentimiento que ocupa los corazones de muchos miles y miles de jóvenes de nuestro país que tienen un afán extraordinario por incorporarse definitivamente a toda la vida ciudadana de nuestro pueblo. Entendemos que dicho sentimiento debe ser recogido por estas Cortes Constituyentes, debe ser incorporado a un texto como es el constitucional, porque ellos necesitan que nosotros, representantes del pueblo, nos acerquemos en estos momentos a esa realidad, la contemplemos, le demos una regulación jurídica e incorporemos en nuestra norma fundamental esa reivindicación largamente defendida por nuestra juventud". Vid. en este sentido el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, págs. 2.400-2401.

¹¹⁰⁶ Esta idea la encontramos expresada en **Serrano Alberca, José Manuel**, op. cit. pág. 221. En igual sentido se pronuncia **Alzaga Villaamil, Óscar**: Comentario sistemático a la Constitución española de 1978. Madrid, 1978, Ed. Ediciones del Foro, pág. 163. También, **Amores Conradi, Miguel Ángel**: "Comentario al artículo 12 de la Constitución española" en **Casas Baamonde, María Eulalia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.)**: Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario. Toledo, 2009, Ed. Fundación

que advertir que la inclusión de un enunciado de estas características en la Carta Magna implica que, de ahora en adelante, el límite cronológico que marca el salto de la condición de menor de edad a mayor de edad no podrá ser alterado, ni en un sentido ni en otro, mediante una simple ley ordinaria.

Entrando ahora en el análisis detallado y profundo del redactado del artículo 12 de la Constitución española, lo que, en primer término, pareciera esconder, en palabras de LASARTE ÁLVAREZ, un claro y tajante precepto constitucional al que aplicar el brocardo *in claris non fit interpretatio*, termina por ocultar, sin embargo, en su trasfondo, un rico debate sobre su alcance y verdadero significado¹¹⁰⁷.

La controversia suscitada alrededor de esta disposición constitucional se centró, básicamente, en determinar si la mayoría de edad, a los dieciocho años, debía fijarse a todos los efectos, o simplemente a nivel político¹¹⁰⁸.

Durante las discusiones sostenidas en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso de los Diputados, los representantes de los Grupos parlamentarios socialista, con Vicente Antonio Sotillo Martí a la cabeza¹¹⁰⁹, y de la Minoría Catalana, con Miquel Roca i Junyent como máximo estandarte¹¹¹⁰,

Wolters Kluwer, págs. 222-223, expresa que mayoría y minoría de edad ha sido materia extraconstitucional, como sigue siéndolo en buen número de países de nuestro entorno.

¹¹⁰⁷ Lasarte Álvarez, Carlos, op. cit. pág. 174.

¹¹⁰⁸ Serrano Alberca, José Manuel, op. cit. págs. 222-223.

¹¹⁰⁹ Antonio Sotillo Martí solicitó la vuelta al tenor literal del número 2 del artículo 11 del Anteproyecto, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, de 5 de enero de 1978; es decir, un texto en el que claramente se afirmaba que la mayoría de edad de los españoles se adquiriría a los dieciocho años - presumiéndose, pues, a todos los efectos -. El discurso completo del Sr. Sotillo puede encontrarse en el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, págs. 2.400- 2402.

¹¹¹⁰ Por su parte, el Sr. Roca se adhirió a la enmienda presentada por el Grupo socialista resaltando la misma incoherencia que ya había puesto de manifiesto pocos minutos antes el Sr. Sotillo, es decir, la falta de congruencia entre la posibilidad de que ciertos ciudadanos, a partir de los dieciocho años, pudieran asumir la

mantuvieron la postura tendente a que la mayoría de edad debía reconocerse en toda su extensión y amplitud a los dieciocho años, argumentando que, en caso distinto, se generaría la incongruencia de poder ostentar un cargo público estando sometido a la patria potestad y dependiendo, a efectos patrimoniales, de otra persona, sin olvidar, más allá de estos razonamientos técnico-jurídicos, la necesidad de reconocer la plena incorporación de las nuevas generaciones a la vida pública ciudadana.

Contrariamente, el representante del Grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático, Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, se opuso a la anterior tesis sosteniendo que las posibles incoherencias que pudieran derivarse del establecimiento de la mayoría de edad a los dieciocho años, sólo a efectos políticos, podrían ser corregidas por vía de la legislación ordinaria¹¹¹¹, aludiendo, también, a que de aceptar la postura de los grupos socialista y catalán se eliminaría de un plumazo el deber asistencial que corresponde a los padres durante la minoría de edad de los hijos, salvo el derecho de alimentos entre parientes en casos extremos¹¹¹².

responsabilidad de la vida colectiva del país, y que, en cambio, fueran incapaces de asumir la responsabilidad sobre sus propios actos. Finaliza su exposición el Sr. Roca ridiculizando la situación esperpéntica a la que se podría llegar si el texto del artículo 12 no era modificado: "El nuevo Alcalde de Madrid podrá tener diecinueve años; podrá autorizar un presupuesto de 30.000 millones de pesetas y emitir deuda municipal, por ejemplo, por importe de 10.000 millones de pesetas; pero si tiene que ir al día siguiente a comprar, no digo una finca rústica, sino un simple vehículo, necesitará la autorización de su padre". Vid. en este sentido el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, pág. 2.404.

¹¹¹¹ El Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón contestó a las argumentaciones vertidas por el Grupo parlamentario socialista afirmando que las incoherencias o inconcordancias apuntadas por éstos eran corregibles una vez que existiera el texto constitucional por vía de legislación ordinaria. Reconoce que sería anómala la posibilidad de un concejal fuese corregido por su padre o por su madre, y en ese caso el legislador ordinario debería reformar el correspondiente precepto del Código civil, siguiendo en este punto las pautas de una experiencia como la portuguesa, donde el legislador constitucional se limitó a establecer el criterio de la plenitud de derechos políticos y de ahí el legislador ordinario ha introducido en las leyes civiles, mercantiles y otras, las consecuencias de esta declaración constitucional. Vid. en este sentido el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, pág. 2.403.

¹¹¹² El propio Sr. Herrero y Rodríguez de Miñón se pronunció en el siguiente tenor: "Pero hay otras consecuencias en la minoría de edad civil, como es el deber asistencial que corresponde a los padres, que no sería oportuno eliminar de un plumazo y desde la altura del legislador constituyente; porque si el criterio del Grupo socialista prosperase en esta Comisión, tendríamos la consecuencia de que a partir de los dieciocho

A continuación¹¹¹³, el representante del Grupo parlamentario de Alianza Popular - Manuel Fraga Iribarne - mantuvo la exigencia de que fuera la Ley ordinaria la que se encargara de especificar la mayoría de edad correspondiente a cada campo del Derecho, pues, la unificación de edades conduciría a un problema de difícil solución, que era preciso analizar con rigor y detalle, sin llevarlo al texto constitucional¹¹¹⁴.

Finalmente, en el Pleno del Congreso triunfó la proposición de establecer la mayoría de edad, a todos los efectos, a los dieciocho años, y la modificación fue aceptada prácticamente por unanimidad¹¹¹⁵. En definitiva, la declaración contenida en el artículo 12 de la Constitución española se adoptó con un ámbito de eficacia general,

años cesaría todo deber asistencial, salvo el derecho de alimentos entre parientes en casos extremos, y yo me pregunto si entre las ansias de esos millones de jóvenes que aspiran a incorporarse a la plenitud de su vida ciudadana, consta también la de cesar en toda relación de dependencia y de asistencia por parte de los padres". Vid. en este sentido el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, pág. 2.403.

¹¹¹³ **Alzaga Villaamil, Óscar**, op. cit. págs. 163-165, parece adoptar una posición cercana a la defendida por UCD, al considerar que la solución propuesta por el Grupo socialista y respaldada por Minoría catalana podía toparse con el inconveniente de que al anticiparse la emancipación de los hijos respecto de los padres, no sólo se anticipaba la recuperación por parte de los mismos de la plenitud de derechos que conlleva la mayoría de edad, sino que se descargaba a aquéllos de las obligaciones paternofiliales que les corresponden por Ley, aunque, obviamente, el buen padre de familia continuará sufragando los estudios de sus hijos, o sosteniendo en general sus gastos, mientras alcanzan la posibilidad de automantenerse.

¹¹¹⁴ El Sr. Fraga Iribarne entiende que el principio de que el derecho de sufragio se dé a la juventud desde el momento en que es una regla general en los países europeos y en varios americanos, porque han entendido que es el momento en que llegan a una madurez anticipada por los sistemas distintos de educación, por los mayores contactos de tipo social de toda índole, no tiene nada que ver con el derecho patrimonial. En definitiva, entiende el Sr. Fraga, que la unificación de edades en torno a la mayoría de edad nos llevaría a un problema muy difícil, muy complejo y que se tendría que estudiar a fondo, y es bueno dejar al legislador que estudie en cada caso lo más adecuado. Vid. en este sentido el **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados**, núm. 68, de 17 de mayo de 1978, pág. 2.405.

¹¹¹⁵ La propia disposición adicional primera del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, que adelantó a la aprobación del texto constitucional el momento de la entrada en vigor de la regla de los dieciocho años, se puso claramente a favor de una de las opciones, al expresarse en el siguiente tenor literal: "en relación con el ejercicio de cualquiera derechos, ya sean civiles, administrativos, políticos o de otra naturaleza".

que provocó la necesaria reforma y adaptación del resto del ordenamiento jurídico a esta nueva realidad.

Ese adelanto de la mayoría de edad, proyectado por la Constitución española, se produjo antes de la promulgación del propio texto constitucional, mediante los Reales Decretos-Leyes de 16 de noviembre y 5 de diciembre de 1978 - esta última norma referente al supuesto específico de Navarra -.

El Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre¹¹¹⁶, sobre mayoría de edad, declara en su artículo primero que "la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos"¹¹¹⁷. Por consiguiente, era de aplicación a todo el territorio nacional, salvo en Navarra; pues en ésta, a tenor de la disposición adicional segunda, había que esperar a que se modificase la Ley 50 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra¹¹¹⁸, por el singular y discutido procedimiento que se estableció en la disposición final primera de la Ley de Prerrogativa, de 1 de marzo de 1973, del Fuero Nuevo de Navarra, es decir, previo acuerdo de la Diputación Foral de Navarra, ratificado por el Consejo Administrativo Foral de Navarra. Esta circunstancia, tuvo lugar por Real Decreto-Ley 38/1978, de 5

¹¹¹⁶ Boletín Oficial del Estado, núm. 275, de 17 de noviembre de 1978.

¹¹¹⁷ Además, modifica el texto de los artículos diecinueve, ciento sesenta y ocho, doscientos setenta y ocho, trescientos dieciocho, trescientos veinte y trescientos veintitrés del Código civil, sustituyéndose la palabra "veintiún" por "dieciocho" y en los que se refieren a "dieciocho" se sule por "dieciséis" - artículo 2º -. También reforma el redactado del artículo quinto del Código de Comercio; reemplazando la palabra "veintiún" por "dieciocho" - artículo 3º -. Finalmente, los artículos sexto, veintisiete y noventa y nueve, apartado uno, de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación de Derecho civil de Aragón, quedan alterados, relevando el numeral "veintiún años" por "dieciocho años" - artículo 4º -.

¹¹¹⁸ Boletín Oficial del Estado, núms. 57 a 63, de 7-10 y 12-14 de marzo de 1973.

de diciembre, por el que, de acuerdo con la excelentísima Diputación de Navarra, se modifica la Ley 50 de su Compilación¹¹¹⁹.

En Aragón, por su parte, tras la promulgación del Real Decreto Ley de 16 de noviembre de 1978 y de la propia Constitución española - artículo 12 -, su Compilación de Derecho civil fue modificada para adaptarse a dicho precepto constitucional e incorporar la declaración general de mayoría de edad para los españoles a los dieciocho años¹¹²⁰. A pesar de ello, trató de salvarse el hecho diferencial aragonés a través de la disposición adicional segunda de la Carta magna, donde se prescribe que "la declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los Derechos forales en el ámbito del Derecho privado".

A pesar de la formulación de corte general que presenta la literalidad de la citada disposición adicional segunda de la Constitución española, todo parece indicar que en el espíritu del constituyente subyacía exclusivamente la particularidad propia del derecho foral aragonés, único en el que se contiene una especialidad en materia de mayoría de edad: la que se alcanza por matrimonio a partir de los catorce años¹¹²¹.

¹¹¹⁹ Boletín Oficial del Estado, núm. 291, de 6 de diciembre de 1978. Para seguir de manera detallada todo el íter procedimental de la reforma de la Ley 50 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra vid. **Cerro, Eduardo**, op. cit. págs. 265-269.

¹¹²⁰ Ello se efectuó mediante la Ley de las Cortes aragonesas 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón - Boletín Oficial del Estado, núm. 161, de 6 de julio -. Esta norma se basó en un doble criterio: de una parte, la adecuación a la Constitución española de aquellos preceptos de la Compilación aragonesa que habían quedado en situación de inconstitucionalidad; y de otra, en la asunción, como Derecho propio de la Comunidad, del resto de la Compilación de 1967.

¹¹²¹ **Merino Hernández, José Luís**: "Comentarios al artículo 4º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, pág. 58.

Retornando, nuevamente, a los Reales Decretos Leyes de 1978, la verdadera razón que explica ese adelanto temporal, con respecto al texto de la Constitución, es, en esencia, puramente político. Este aspecto, viene reconocido expresamente en el primero de los Reales Decretos Leyes, donde en su Preámbulo, más concretamente en su párrafo antepenúltimo, se afirma que "los supuestos sociales expuestos, unidos al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, social y política del país"¹¹²².

En efecto, el Real Decreto Ley 2560/1978, de 3 de noviembre¹¹²³, había dispuesto que el Proyecto de Constitución, aprobado por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978, fuera sometido a referéndum de la Nación y, sin duda, se tuvo en cuenta que el artículo segundo del Real Decreto Ley 20/1977, de 18 de marzo¹¹²⁴, sobre normas electorales para las Cortes Generales, en su apartado primero, disponía que "serán electores todos los españoles mayores de edad incluidos en el censo y que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y políticos".

¹¹²² **Lasarte Álvarez, Carlos:** Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil. Decimocuarta edición. Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons, pág. 187, apunta que la razón de semejante celeridad en la reducción de la mayoría de edad es fácil de adivinar y desde un punto de vista político ha de enjuiciarse positivamente. Para este autor, se trataba de ampliar el marco de posibles votantes en el referéndum constitucional a celebrar el 6 de diciembre de 1978, incrementándose así el censo electoral en cuatro millones y medio respecto del referéndum de la Ley para la Reforma Política celebrado dos años antes - 15 de diciembre de 1976 -. En otras palabras, se trataba de una estrategia política que trataba de asegurar la aprobación de la Constitución de 1978. En este mismo sentido se pronuncia **Serrano Alonso, Eduardo:** "Comentario a los artículos 314 y 315 del Código civil español" en **Sierra Gil de la Cuesta (Coord.):** Comentario del Código civil. Tomo II. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 704, al considerar que la modificación efectuada por el Real Decreto-Ley de 1978 se hizo con claras motivaciones políticas.

¹¹²³ Boletín Oficial del Estado, núm. 265, de 6 de noviembre de 1978.

¹¹²⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 70, de 23 de marzo de 1977.

Por tanto, a tenor de las prescripciones contenidas en el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, al pasar a ser considerados como mayores de edad los ciudadanos que hubieran cumplido los dieciocho años, y justamente ser ese el instante en que se les reconocía el derecho de sufragio activo, se ampliaba de manera considerable el espectro de posibles votantes en el inminente referéndum constitucional. A ello cabía unirle que el perfil de individuo joven, moderno y democrático, que se asoció con ese incremento del censo electoral, era el llamado a garantizar el triunfo en las urnas del voto favorable a la Constitución española.

Otro de los efectos derivados del Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre, fue la preceptiva adaptación del redactado, del entonces artículo 320 del Código civil de 1889, a los nuevos parámetros constitucionales, en orden a rebajar la mayoría de edad a los dieciocho años cumplidos. Posteriormente, mediante la aprobación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio¹¹²⁵, se alteró el contenido del Título XI de la norma de referencia y se trasladó a los artículos 315 y 322 del Código civil la regulación de la mayoría de edad.

2.5. SITUACIÓN ACTUAL DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. LA INTERDEPENDENCIA ENTRE LA CAPACIDAD Y LA APTITUD PERSONAL

Apuntados los principales hitos y detalladas las diferentes tesituras por las que ha transitado, durante el devenir de los tiempos, la legislación española sobre la materia, únicamente nos resta por añadir cuál es el estado actual que, a nuestro entender, presenta la cuestión.

¹¹²⁵ Boletín Oficial del Estado, núm. 119, de 19 de mayo de 1981.

En este sentido, compartimos el juicio vertido por parte de la doctrina jurídica española, que califica de incompleta la regulación ofrecida por el Código civil en este sector del conocimiento, al considerar que de las tres posibles situaciones en las que una persona puede hallarse por razón de su existencia, tan sólo dos de ellas se hallan estipuladas de forma expresa en nuestras disposiciones civiles: la *mayoría de edad* y la *emancipación*, sin que el estado anterior a ambas, la *minoridad*, tenga una regulación sistemática y completa. Tal circunstancia, ha obligado a extraer de las previsiones emanadas de diversos preceptos del texto codificado los elementos precisos e indispensables que permitan elaborar una teoría sobre el estatuto civil de la persona menor de edad¹¹²⁶.

Ésta podría argüirse, además, amén del planteamiento esgrimido *et supra*, como una de las principales razones que condujeron al legislador a suplir esa carencia acudiendo a la metodología de las leyes especiales al margen del texto codificado. Producto de esa política, emergieron, para el ámbito privado de la infancia y la adolescencia, las disposiciones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor; cuestión distinta es si la mal llamada "Ley de menores" consiguió o no alcanzar los objetivos que se había propuesto.

Debemos, en igual medida, traer a colación, el cambio de tendencia iniciado por el ordenamiento jurídico español a finales del siglo XX. Así, en las reformas operadas en el texto del Código civil a partir de los años ochenta, parece vislumbrarse una clara apuesta por procurar, cada vez en mayor grado o medida, una interdependencia y corresponsabilidad entre la capacidad y la aptitud concreta para actuar del individuo. Tras la Ley de 13 mayo de 1981, que se presenta como la norma que

¹¹²⁶ **Serrano Alonso, Eduardo:** "Comentario a los artículos 314 y 315 del Código civil español" en **Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.):** Comentario del Código civil. Tomo II. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 700.

principió esta nueva sensibilidad y forma de proceder, expresiones del estilo "suficiente madurez" ó "suficiente juicio" empiezan a proliferar a lo largo de toda nuestra legislación civil. Precisamente, el enunciado "ser escuchado si tuviere suficiente juicio", aplicado en nuestro caso a las persona menores de edad, es la mejor muestra de esta nueva dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos y la asunción de las responsabilidades¹¹²⁷.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, tomando como punto de partida las aludidas modificaciones legales, ya advierten que el método clásico o tradicional de conectar la capacidad de obrar con una específica edad se está desmoronando, y que, paulatinamente, se está viendo sustituido o superado por una nueva tesis reivindicativa de una mayor vinculación entre los conceptos de capacidad de obrar y la conocida como capacidad natural de los individuos¹¹²⁸. GETE-ALONSO, sin desmarcarse de esa percepción generalizada, nos describe esta situación constatando que tras las reformas sufridas por el Código civil, la capacidad natural de los sujetos vuelve, nuevamente, a ser tomada en consideración¹¹²⁹.

¹¹²⁷ **Sánchez Hernández, Carmen**: "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad" en **Cabanillas Sánchez, Antonio et. al. (Coords.)**: Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte general. Madrid, 2003, Ed. Thomson Civitas, pág. 954.

¹¹²⁸ **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio**: Sistema de Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Volumen I. Madrid, 2003, Ed. Tecnos, págs. 347-349, cifran, como ejemplo la Ley de 4 de julio de 1970, que reformaba la materia de adopción. Así, el antiguo artículo 173 del Código civil dispuso que en el expediente de adopción debía ser oído el adoptado menor de 14 años si tuviese *suficiente juicio*. Idéntica línea es la planteada por **Mata Rivas, Francisco**: "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 117, al constatar que el legislador moderno tiende más a una mayor elasticidad en cuanto a la edad para determinados actos, quedando más amplio el criterio de la madurez o suficiente juicio que pueda tener el menor, por encima de su edad cronológica.

¹¹²⁹ **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**, op. cit. págs. 12 y 26.

No obstante, esta nueva imagen asignada al menor de edad, que por encima de todo procura una exaltación de los valores individuales de su persona, choca frontalmente con algunos de los preceptos contenidos, a día de hoy, en nuestra normativa civil, en particular con aquéllos ubicados en sede de patria potestad y tutela, presididos, todavía, por un marcado talente paternalista.

En esta línea de gradual progreso, se sitúan preceptos del estilo del artículo 162.1 del Código civil, que autoriza al menor de edad para el ejercicio de los derechos de la personalidad si cuenta con suficientes condiciones de madurez; igualmente, el mismo artículo 162 *in fine*, preceptúa que los representantes legales de un menor de edad tienen que contar con su consentimiento, si éste tuviere suficiente juicio, para concertar contratos en los que se le obligue a realizar prestaciones personales; también, los artículos 156.2 y 154.2 del Código civil, compelen a la autoridad judicial a oír al menor, si reúne éste el necesario juicio, antes de decidir sobre el desacuerdo existente entre los titulares de la patria potestad o cuando adopten cualquier otro tipo de decisiones que les afecten; y, finalmente, el artículo 92.2 del Código civil, redactado de conformidad con la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, manifiesta que la autoridad judicial, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos¹¹³⁰.

Esta misma tendencia, se constata en las reformas perpetradas en el mismo cuerpo normativo tanto por la Ley 21/1987, de 11 de octubre, reformadora de la adopción; como por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, introductora del

¹¹³⁰ Con anterioridad a esta última modificación, el artículo 92.2 del Código civil - siguiendo los dictámenes de la Ley 30/1981, de 7 de julio - compelia al Juez a tener que oír al menor siempre que éste hubiera alcanzado la edad de los doce años. Este mandato o imposición ha desaparecido del texto del referido precepto tras la Ley de 8 de julio de 2005.

artículo 177.3.3 del citado texto legal¹¹³¹. Todas ellas instauran, de una forma indubitada, el criterio de que el mayor de doce años debe ser siempre oído. El objetivo final perseguido no es otro que el de promover, en la medida de lo posible, la ampliación de la capacidad de obrar del menor de edad en todo aquello que no le perjudique y conlleve, además, un impulso en el desarrollo integral de su personalidad.

A mayor abundamiento, cabe apuntar también que estas nuevas concepciones sociojurídicas, así como su necesaria transformación legislativa, han puesto de relieve la preocupación o interés creciente que gradual y progresivamente han ido adquiriendo los aspectos personales relacionados con los niños, niñas y adolescentes frente a la tradicional importancia y trascendencia que siempre han exhibido las cuestiones patrimoniales¹¹³². Un somero repaso de las instituciones de heteroprotección privada ordenadas en el Derecho civil español - patria potestad, tutela, ausencia - nos ofrece como resultado que, en sus orígenes, todas ellas se mostraron más preocupadas por las circunstancias y controversias de carácter

¹¹³¹ Deben tenerse asimismo presentes en este ámbito las reformas introducidas por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

¹¹³² Muy significativas son, en este sentido, las palabras empleadas en el Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, donde se establece que "a lo largo del Libro I del presente Código - dedicado al Derecho de la persona -, se atiende a la libertad y los intereses morales y existenciales de los sujetos tanto o más que a sus intereses patrimoniales". De esta opinión son **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**: La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, págs. 57-58 y **Vázquez Iruzubieta, Carlos**: Comentario al artículo 314 del Código civil español" en **Vázquez Iruzubieta, Carlos (Coord.)**: Tutela, curatela, emancipación, Registro civil. Comentarios a los artículos 215 a 332 del Código civil español. Barcelona, 2010, Ed. vLex, pág. 2, quienes sostienen que a raíz de la importante reforma operada en el texto del Código civil español por la Ley de 13 de mayo de 1981, el concepto de patria potestad sufre una trascendente transformación al pasar de su comprensión tradicional como derecho de los padres sobre los hijos, asentada en esencia en aspectos patrimoniales, a una idea de función en interés del menor, en la que cobra mayor relieve los aspectos personales.

económico que no por el adecuado devenir de la dignidad individual de los sujetos¹¹³³.

Este reequilibrio de fuerzas o de toma en consideración de las particularidades individuales que rodean a las personas, operada durante los últimos decenios, se exterioriza o refleja desde una doble perspectiva: la cualitativa y la cuantitativa. Por lo que a la primera de ellas se refiere, la relevancia adjetiva adquirida por esta vicisitud deriva de una reflexión filosófica incardinada en la delimitación de cuál es su verdadera finalidad y, a la vez, se erige como fundamento último del propio sistema normativo. En otras palabras, se trata de asegurar la dignidad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad - artículo 10.1 de la Constitución española -. La manifestación más notable que se nos propone desde esta óptica cualitativa encuentra su máxima expresión en la nueva representación del individuo como sujeto pleno de derechos y libertades.

Desde un plano meramente cuantitativo, numérico si se quiere, al reconocerse a todos los menores de edad la titularidad y el ejercicio, si tuvieran suficiente juicio, de los derechos fundamentales - de la personalidad, en términos civiles - y, en cambio, por cuestiones de orden práctico, sólo una minoría de ellos tener a cargo bienes y heredades, nos lleva a pensar que, por una razón de pura estadística y probabilidad, el valor exponencial que se le atribuye a los primeros debe ponderarse o como mínimo nivelarse con los segundos.

¹¹³³ **Serrano Alonso, Eduardo:** "Comentarios al artículo 162 del Código civil español" en **Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.):** Comentario del Código civil. Tomo II. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 465, en referencia al contenido del artículo 162 del Código civil español comenta que, por lo general, la representación legal que ostentan los progenitores sobre sus hijos tiene su campo de actuación más frecuente en la esfera patrimonial del menor y más reducida en la esfera personal.

**CAPÍTULO VII. EL MENOR DE EDAD NO
EMANCIPADO COMO SUJETO CON CAPACIDAD
DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA**

1. IDEAS GENERALES

La concepción tradicional de la minoría de edad y, por ende, de la posición sociojurídica que ocupaba el menor de edad, tal y como hemos puesto de relieve en los dos primeros capítulos del presente estudio, se singularizó por ser un *status* de "minusvalía", en la que el sujeto, al no serle reconocida capacidad para ultimar actos válidos en derecho, se le consideraba como un mero objeto pasivo de atención y en ningún caso como un ser autónomo con personalidad propia. Tal vicisitud no deja de ser una transposición, al ámbito que nos ocupa, del adagio propio del paternalismo político ilustrado del *todo por el pueblo pero sin el pueblo*, que adaptado a nuestro contexto expositivo se traduciría en un *todo por la infancia pero sin la infancia*.

Frente a esa percepción anquilosada de la niñez y sus aptitudes, la infancia y la adolescencia han pasado a caracterizarse, muy en particular a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como un periodo dinámico de la vida de las personas en el que maduran y desarrollan plenamente su identidad, tanto a través de su condición de titulares de derechos como, sobre todo, por la paulatina admisión de su intervención autónoma en aquellos asuntos que les afectan, atendiendo, claro está, a cual sea su verdadero nivel de desarrollo¹¹³⁴.

En este contexto, procederemos a un análisis detallado de las principales disyuntivas que se plantean en nuestro Derecho civil en torno a la existencia y, en su caso, delimitación de una cláusula general que reconozca, abierta y definitivamente, la capacidad de obrar como regla o pauta de intervención ante cualquier tipo de actividad, sea personal o patrimonial, llevada a cabo por una persona menor de edad no emancipada. Aceptado este principio informador, y aún admitiendo que esa

¹¹³⁴ **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**: La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, pág. 23.

facultad no puede ser reconocida de una forma absoluta e ilimitada, el subsiguiente paso se centrará en tratar de elaborar una teoría acerca de cuáles sean las restricciones aplicables al paradigma de la actuación autónoma de los individuos, y la manera en que debe procederse a su adecuada interpretación.

2. ACERCA DE LA TEORÍA GENERAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO

En la doctrina se han manifestado opiniones encontradas para caracterizar, de modo ordinario, la situación en la que se halla una persona menor de edad en relación con su aptitud para poner en ejercicio los derechos y deberes de los cuales es titular¹¹³⁵. Una primera aproximación, centrada esencialmente en aspectos meramente patrimoniales, contemplaría al menor como un ser incapaz por principio, admitiendo, no obstante, y de manera excepcional, la presencia de ciertas prerrogativas legales que le concederían cierto margen de actuación autónoma.

Ésta fue, sin lugar a dudas, la interpretación que se dio mayoritariamente a los preceptos del Código civil español desde su origen hasta mediados del siglo XX. Así CASTÁN TOBEÑAS, tras reconocer que la condición y capacidad ordinaria de los menores no está establecida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico civil, manifiesta, con contundencia, que la regla imperante en esta materia es la de la

¹¹³⁵ **Jordano Fraga, Francisco**: "La capacidad general del menor" en Revista de Derecho Privado, Tomo LXVIII, octubre 1984, pág. 884, se pregunta si existe en nuestro Ordenamiento jurídico una propia capacidad general en los menores no emancipados, no ya para la realización de concretos actos, pues esta última - capacidad especial - es obvia, y nadie la discute, existe allá donde la normativa expresamente la reconoce. También se hacen eco de este debate **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 320, al distinguir entre la opinión, que califican de tradicional, que entiende que la condición y capacidad general de los menores, a pesar de no estar establecida con claridad en el Código, es la de su incapacidad, que por lo demás no es absoluta, puesto que en algunos casos excepcionales se les reconoce capacidad de obrar; mientras que otros consideran que ninguna disposición del Código civil permite inferir una regla de incapacidad absoluta del menor, toda vez que, el mismo le permite realizar un buen número de negocios jurídicos, si bien con carácter claudicante.

incapacidad, suplida por la institución de la patria potestad o, en su defecto, por la tutela¹¹³⁶.

Análoga posición fue la asumida por CODERCH MANAU, al defender que el menor de edad, dado su reducido nivel de desarrollo, carece del discernimiento suficiente para comprender lo que mejor convenga a su persona y a sus bienes. Producto de esa insuficiencia y atendiendo al fundado temor de que sus actos le puedan ser perjudiciales, ya que siempre existe el riesgo de que alguien esté dispuesto a abusar de su inexperiencia de la vida, las leyes no se encuentran en situación de reconocerle aptitud plena de libre actuación¹¹³⁷.

También, amparándose en una presunción legal de ineptitud natural, se adscribieron a esta filosofía de considerar la incapacidad del menor como regla general de intervención, autores como DE LOS MOZOS¹¹³⁸, ESPÍN CÁNOVAS¹¹³⁹,

¹¹³⁶ **Castán Tobeñas, José**, op. cit. págs. 178-179. También **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín**: Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 142-143, parten de la base de que el Código civil español carece de un concepto general de capacidad de celebrar negocios jurídicos y se limita a regular fragmentariamente la capacidad para los distintos negocios jurídicos, tratando de la capacidad e incapacidad para donar - artículos 624, 625 y 626 -, para testar - artículos 662 y 663 -, para contratar - artículos 1.263 y 1.264 -, para comprar y vender - artículo 1.457 -, entre otros.

¹¹³⁷ **Coderch Manau, Secundino**: Tratado de la menor edad. Barcelona, 1917, Ed. Librería de Agustín Bosch, págs. 7-8. En idéntico sentido se pronuncia en Francia **Aubry, Charles**: Cours de Droit Civil Français. Paría, 1897, Ed. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, pág. 580, al defender que los menores de edad están sometidos a un régimen excepcional fundado sobre un presunción de debilidad de su razón y su voluntad, y sobre su imposibilidad de defender de manera adecuada sus propios intereses.

¹¹³⁸ **De los Mozos, José Luis**: Derecho civil español I. Parte general. Vol. II. Salamanca, 1977, Ed. Universidad Pontificia, pág. 155.

¹¹³⁹ En primer lugar, **Espín Cánovas, Diego**: Manual de Derecho civil español. Vol. III. Obligaciones y contratos. Madrid, 1983, Sexta edición, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 371--373, analiza la capacidad de los menores, emancipados o no, para contratar; a continuación el propio **Espín Cánovas, Diego**: Manual de Derecho civil español. Vol. I. Parte general. Madrid, 1983, Sexta edición, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 240, sostiene que la menor edad supone la incapacidad por regla general de los menores - artículo 320 del Código civil a *sensu contrario* -.

SÁNCHEZ ROMÁN¹¹⁴⁰, PLANIOL¹¹⁴¹, DE DIEGO¹¹⁴², LACRUZ BERDEJO¹¹⁴³ y
PUIG BRUTAU¹¹⁴⁴.

En Francia, por su parte, habían dejado poso las tesis de POTHIER, que entendió que siendo el consentimiento la esencia de los contratos entre particulares, para ser capaz de celebrarlos, era preciso ser apto para consentir y, además, tener uso de razón. Es, pues, evidente, para este autor, que no pueden pactar o convenir por sí mismas las personas menores de edad - a las que denomina *infantes* -; categoría que asocia directamente con los "mentecatos" y los "dementes", al menos, durante su

¹¹⁴⁰ **Sánchez Román, Felipe:** Estudios de Derecho civil, común y foral. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación. Madrid, 1899, Segunda edición, Ed. Rivadeneyra, págs. 229-230, sostiene que el artículo 1.263 del Código civil enumera las personas que no pueden prestar el consentimiento contractual, lo cual es equivalente a las que no son capaces para contratar por falta de aptitud para prestar dicho consentimiento. Añade, además, que la dicción literal del precepto, no significa que sean capaces *sensu contrario* los menores emancipados en toda la extensión de esta frase. En igual sentido, se pronuncia en **Sánchez Román, Felipe:** Estudios de Derecho civil, común y foral. Tomo II. Parte general. Granada, 1879, Ed. Imprenta de F. De los Reyes, págs. 56-59.

¹¹⁴¹ **Planiol, Marcel:** Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo I. Las personas. Estado y capacidad. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, pág. 274, califica la minoridad, como una causa de incapacidad. También en **Planiol, Marcel:** Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo VI. Las obligaciones. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, págs. 104-106.

¹¹⁴² **De Diego, Felipe Clemente:** Instituciones de Derecho civil español. Tomo II. Derecho de obligaciones y contratos. Madrid, 1930, Ed. Imprenta de Juan Pueyo, pág. 86, defiende la idea de que los menores son incapaces de contratar. Nada más natural, afirma el autor, ya que la edad es causa modificativa de la capacidad. Finaliza su reflexión, señalando que de la expresión contenida en el artículo 1.263 del Código civil, relativa a los menores no emancipados, no puede desprenderse que, por contra, puedan los menores emancipados ser capaces para contratar. En idéntico sentido se pronuncia en **De Diego, Felipe Clemente:** Instituciones de Derecho civil español. Tomo I. Introducción. Parte general. Propiedad. Derechos reales. Madrid, 1959, Ed. Artes gráficas Julio San Martín, págs. 206-207, donde manifiesta abiertamente que los menores no tienen capacidad de obrar, y es por ello que están sometidos a la patria potestad o a la tutela.

¹¹⁴³ En un primer momento, **Lacruz Berdejo, José Luis:** Elementos de Derecho civil. Tomo I. Parte General. Vol. II. Personas. Madrid, 2002, Tercera edición, Ed. Dykinson, págs. 120-121, fue partidario de tal posición, pero tras considerar los razonamientos de De Castro, reconoce que no hay norma en el Código civil que establezca el principio de la incapacidad del menor, por lo que se debe tener por capaz.

¹¹⁴⁴ **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís,** op. cit. pág. 325. También en **Puig Brutau, José:** Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Vol. I. Doctrina general del contrato. Barcelona, 1988, Tercera edición, Ed. Bosch, págs. 44-45 y 51.

"período de locura". Ello no impediría, no obstante, que estos sujetos pudieran contraer obligaciones por medio de sus legítimos representantes¹¹⁴⁵.

Idéntico pronunciamiento se encuentra en la tradición legal italiana en juristas de la talla de MESSINEO y BETTI. El primero de ellos, al enumerar cuáles son las diferentes causas o contingencias que describen el estado civil de la incapacidad incluye entre ellas el hecho de que el sujeto no haya alcanzado una determinada edad. A pesar de lo apuntado, el autor admite que la regla general de la ineptitud puede excepcionarse en aquellos casos, evidentemente taxativos, en que la ley habilite al menor para actuar por sí mismo. Al margen de semejantes situaciones, el menor estaría afecto, de pleno derecho, de una incapacidad ordinaria de intervención autónoma, de tal manera que los actos por él realizados serían nulos; asimismo, tratándose también de una incapacidad absoluta, sería del todo intrascendente alegar frente a ella la prueba de una eventual madurez *de facto*¹¹⁴⁶. Por lo que a BETTI se refiere, este romanista italiano coincide con su homólogo en calificar y configurar la minoría de edad como un motivo más de incapacidad¹¹⁴⁷.

Regresando nuevamente a nuestra realidad patria, esta corriente negadora de aptitudes de libre actuación de las personas menores de edad tomó como uno de sus

¹¹⁴⁵ **Pothier, Robert Joseph**: Tratado de las obligaciones. Barcelona, 1839, Ed. Imprenta y litografía de J. Roger, pág. 39. También se adscribe a esta tendencia tradicional francesa **Teyssié, Bernard**, op. cit. págs. 121 y 175-176, al incluir la situación de los menores no emancipados como uno de los supuestos de incapacidad general, que se aplica, por tanto, a todos los actos jurídicos. Por su parte, **Weill, Alex y Terré, François**, op. cit. págs. 690 y 812, apuntan que la presunción de ineptitud derivada de la minoridad, implica dos importantes consecuencias: 1) El menor, en cuanto a su persona, estará sometido a una autoridad, que será la encargada, no sólo de guiarla, sino de educarla y cuidarla; 2) el menor, en cuanto al ejercicio de sus derechos, principalmente de sus derechos patrimoniales, será incapaz. La incapacidad que le afectará, será una incapacidad de ejercicio, de carácter general.

¹¹⁴⁶ **Messineo, Francesco**: Manual de Derecho civil y comercial. Tomo III. Doctrinas generales. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1954, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América, págs. 117-118.

¹¹⁴⁷ **Betti, Emilio**: Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. Madrid, 1890, Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 170.

elementos cardinales, fundamento último de su justificación, el contenido del punto primero del artículo 1.263 del Código civil de 1889, aplicable, en principio, a cualquier declaración de voluntad inter vivos. A tenor de este precepto, "no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados"¹¹⁴⁸. A este razonamiento, pudiera, además, unírsele la prescripción reportada en la Ley 19 del Foro Nuevo de Navarra, tendente a considerar como "nulas las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados"; si bien es cierto que la costumbre contra ley permite, sin embargo, que estos menores celebren válidamente determinados contratos de escasa relevancia económica¹¹⁴⁹.

Frente a esta primera argumentación, portadora de una concepción decididamente paternalista y que contempla al menor de edad como un ser absolutamente ajeno al tráfico jurídico, no deja de sorprendernos que se sostenga, que, a pesar de no existir en el Derecho español prescripción alguna que acuerde abiertamente, para todo el

¹¹⁴⁸ La redacción originaria del Código civil, equivalente al artículo 987 del Proyecto de 1851, incluía junto a las menciones a los menores no emancipados y a los locos, dementes o sordomudos que no sepan escribir, un número 3º referido a las "mujeres casadas en los casos expresados por la ley"; punto que quedó suprimido por la Ley de 2 de mayo de 1975, que según su preámbulo, "se ha hecho desaparecer el vejatorio apartado tercero del artículo 1.263 del Código civil, que asimilaba a la mujer a quienes física y psíquicamente carecen de los presupuestos normales de la capacidad". Posteriormente, con la importante reforma operada en el Código civil en virtud de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y con la finalidad de depurar los desajustes gramaticales y de contenido producidos por las sucesivas modificaciones parciales sufridas por este texto legal, se substituyó la mención a los "locos, dementes o sordomudos que no sepan escribir" por la de "los incapacitados".

¹¹⁴⁹ La Ley 50 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, complementa esta materia al disponer que "la capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años. Los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los menores de catorce años de uno y otro sexo. Los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad". **Sabater Bayle, Elsa:** Derecho civil navarro. Pamplona, 2009, Ed. Marcial Pons, págs. 67-68, nos resume a la perfección cuáles son esas acciones que los púberes pueden llevar a cabo con plena eficacia: aceptar liberalidades, dentro de ciertos límites - Ley 50.3 del Fuero Nuevo de Navarra -; reconocer hijos, si bien con aprobación judicial oído el Ministerio Fiscal - Ley 69.3 del Fuero Nuevo de Navarra -; prestar su consentimiento para ser adoptados, como *conditio iuris* de eficacia de dicha institución - Ley 73.1 del Fuero Nuevo de Navarra -; otorgar testamento - Ley 184.1 del Fuero Nuevo de Navarra -; hacer donaciones mortis causa dentro de ciertos límites - Ley 166 del Fuero Nuevo de Navarra -; y desempeñar el cargo de fiduciario-comisario cuando el causante fuera su cónyuge - Ley 284 del Fuero Nuevo de Navarra -.

sistema, una regla genérica y homogénea de capacidad o incapacidad, se acuda, sin embargo, al artículo 1.263.1 del Código civil para fundarla y darle vida. Más aún, cuando, acto seguido, del precepto en cuestión se infiere, sin más, el principio universal de la falta de aptitud y pericia de las personas menores de edad para completar, por sí, actuaciones válidas y eficaces. Y, por último, cuando en evidente contradicción con lo afirmado, se sostiene que ese mismo mandato legal debe ser interpretado con un elevado nivel de laxitud. Porque una de dos, o el artículo 1.263.1 del Código civil contiene la pauta ordinaria de actuación, y entonces habría que valorar si el resto del articulado del *Codex* se acomoda y obedece al mismo, o bien no lo comprende y se deduce del resto de disposiciones legales previstas en dicho cuerpo normativo, viniendo él, única y simplemente, a corroborarlo. Es más, si la norma en cuestión debe ser descifrada y traducida respetando cumplidamente los parámetros de amplitud y distensión, es porque se admiten múltiples excepciones al criterio imperante, y automáticamente nos asalta la duda de si puede mantenerse como pauta a seguir, aquélla que presenta tan alto nivel de singularidad¹¹⁵⁰. De ser así, estaríamos reconociendo que la particularidad acaba por transformarse en el modelo esencial de referencia¹¹⁵¹.

¹¹⁵⁰ Algunos de los supuestos esgrimidos, con base en el artículo 1.264 del Código civil, como presuntas modificaciones de la incapacidad de obrar de los menores no emancipados insertos en el texto del Código civil son los citados a continuación: el artículo 1.301, el cual, al determinar el momento a partir del que empieza a correr la acción de nulidad, establece "que cuando se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados desde que salieron de la tutela"; el 1.302, relativo a quiénes pueden ejercitar dicha acción, expresivo de que "las personas capaces no podrán, sin embargo, alegar, la incapacidad de aquellos con quienes contrataron"; el 1.304, según el que, "cuando la nulidad procede de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir, sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera"; el 1.764, afirmativo de que "si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otro incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad"; el 1.765, que recoge el supuesto de que el depósito haya sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, en cuyo caso "sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio"; y el 1.824, declarativo de que la fianza puede recaer "sobre una obligación cuya nulidad pueda ser reclamada en virtud de una excepción puramente personal del obligado, como la de la menor edad".

¹¹⁵¹ **Gómez Laplaza, María del Carmen:** "Comentario al artículo 1.263 del Código civil" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVII, VI, 1º, pág. 182.

Parece evidente, pues, que de la lectura del artículo 1.263 del Código civil no puede, en forma alguna, extraerse o derivarse una regla o principio general que determine, salvas las excepciones previstas por la propia ley, la incapacidad de obrar de las personas menores no emancipadas. En primer lugar, dicho precepto se limita a recoger una incapacidad "legal" o "jurídica" para contratar¹¹⁵², o para prestar el consentimiento contractual. De esta forma, y en la misma medida que las declaraciones de voluntad emitidas por menores son valoradas en relación con múltiples actos en el ordenamiento jurídico, ya sean de carácter personal o patrimonial, el ámbito de las relaciones contractuales no deja de ser uno más y, por ende, nada justifica que sea tomado como el modelo a seguir y se aplique a cualquier declaración de voluntad intervivos.

Así entendido, el artículo 1.263 del Código civil tan sólo identifica un supuesto específico de restricción de la capacidad de obrar en interés de la persona afectada por el estado civil de la minoría de edad¹¹⁵³, sin entrar, por tanto, a prejuzgar nada acerca de la existencia, o no, de aptitud de entender y querer - capacidad natural - del interviniente menor¹¹⁵⁴. La única interpretación posible del artículo 1.263 del

¹¹⁵² **Ribot Igualada, Jordi**: "Comentarios al artículo 1.263 del Código civil" en **Domínguez Luélmo, Andrés (Dir.)**: Comentarios al Código civil. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 1384. También **Almagro Nosete, José**: "Comentarios a los artículos 1.263 y 1.264 del Código civil" en **Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.)**: Comentario del Código civil. Tomo VI. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 629. Por su parte, **O'Callaghan, Xavier**, op. cit. pág. 1253, apunta que el artículo 1.263 prevé la capacidad general para contratar, mientras que el artículo 1.264 del Código civil regula la especial, y lo hace desde el punto de vista negativo "no pueden prestar consentimiento".

¹¹⁵³ **Bercovitz Álvarez, Germán**: "Comentario al artículo 1.263 del Código civil" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.)**: Comentarios al Código civil., Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 1513-1514.

¹¹⁵⁴ **Ribot Igualada, Jordi**, op. cit. pág. 1384, entiende que la actual redacción del apartado segundo del artículo 1.263 del Código civil dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, corroboraría esta opinión al suprimir la expresión originaria - "locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir"- por la de "incapacitados". Consecuentemente los estados de "incapacidad natural" a que se refería la anterior regulación carecían de sentido, si "las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico" que aquellos supuestos, con otros términos, aludían no habían motivado la declaración judicial de incapacidad, puesto que, mientras tanto, regía para los mismos la presunción de capacidad.

Código civil que permita la coherencia sistemática es la de entender que no engloba incapacidades generales - como antiguamente se había defendido - sino supuestos de limitación de la capacidad de obrar, concretamente de prestar consentimiento contractual, cuyo mayor o menor alcance vendrá dado por el grado de madurez del menor no emancipado¹¹⁵⁵.

De acuerdo con lo manifestado por algunos de nuestros autores, el "*no pueden*" del artículo 1.263 del Código civil, no debe entenderse en sentido material como una *impotencia* inherente a la persona menor de edad no emancipada que la ley se limita a constatar, sino que se trata de una incapacidad establecida por la norma. No nos encontramos, por tanto, ante una falta de aptitud absoluta o rígida sino susceptible de modificaciones¹¹⁵⁶.

Es más, de este precepto no cabe derivar siquiera una presunción *iuris tantum* de que el contratante menor no reúne capacidad natural para prestar consentimiento contractual. Si así fuera, se trasladaría a la parte supuestamente protegida la carga de demostrar que poseía las condiciones volitivas y cognitivas para celebrar eficazmente la relación comercial refutada por la contraparte. Si el menor contrata fuera del ámbito dentro del que la ley o los usos sociales le autorizan a hacerlo - en caso contrario el contrato sería perfecto -, su representante legal o el propio interesado desde que alcance la mayoría de edad - o se emancipe - son los únicos legitimados para valorar si resulta conveniente para sus intereses impugnar el contrato celebrado o no - artículo 1.302 del Código civil -, al margen de si contaba

¹¹⁵⁵ **Gómez Laplaza, María del Carmen**, op. cit. pág. 9.

¹¹⁵⁶ **Badosa Coll, Ferran**: "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar - un estudio sobre el artículo 1.263 del Código civil -" en Centenario del Código civil. Tomo I. Madrid, 1990, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. op. cit. pág. 192.

con la necesaria madurez y discernimiento para otorgarlo¹¹⁵⁷. A la inversa, si la actuación del menor de edad se desarrolla en el sector en que posee legitimación para actuar por sí solo, no están habilitados éste o su representante legal a invocar el artículo 1.263 del Código Civil para que se presuma que carecía de capacidad natural para llevarlos a cabo.

En segundo término y relacionado con lo anterior, el artículo 1.263 del Código civil únicamente incide, y así debe de ser por cuestiones de ubicación sistemática, en aspectos de carácter patrimonial, obviando por completo cualquier tipo de mención a circunstancias relacionadas con la persona del menor de edad. Si bien es cierto que tradicionalmente las disposiciones del Código civil se han preocupado más por cuestiones de índole económica, por preservar los bienes y derechos de los que el menor de edad es titular, que no por asuntos vinculados con contenidos más íntimos o individuales del sujeto, ello no es razón o argumento suficiente que justifiquen la generalización a todo el sistema de la visión un tanto reduccionista y paternalista que domina desde antaño el sentido del artículo 1.263 del Código civil. Mencionado esto, no debemos olvidar que la personalidad del menor de edad como sujeto activo, capaz de asumir derechos en su beneficio, aunque supongan para él algún tipo de contraprestación, tiende a propagarse - con mayor fuerza e intensidad desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, y a nivel nacional desde su criticada trasposición en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor -, ya sea bajo el amparo de las autoridades judiciales y

¹¹⁵⁷ Caso de no contar el menor con las condiciones físicas o psíquicas para entender y querer el resultado del negocio aparentemente acordado no quedaría vinculado contractualmente. Pero en este caso, no en virtud del artículo 1.263 del Código civil, sino por la inexistencia de consentimiento - artículo 1.261 del Código civil -. Por ello la jurisprudencia al efecto ha señalado encontrarse ante un supuesto de nulidad absoluta o inexistencia del contrato. Vid. en este sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1953 - RJ\1954\284 -; 25 de junio de 1959 - RJ\1959\2933 -; 10 de noviembre de 1969 - RJ\1969\5134 -; 14 de marzo de 1974 - RJ\1974\3218 -; 28 de abril de 1977 - RJ\1977\1697 -; 4 de abril de 1984 - RJ\1984\1926 -; 1 de febrero de 1986 - RJ\1986\408 -; 2 de junio de 1989 - RJ\1989\4283 -; 4 de mayo de 1998 - RJ\1998\3230 -; 21 de enero de 2000 - RJ\2000\113 -.

administrativas - artículo 158 del Código civil -, sea escuchándolo, u obteniendo su consentimiento si tiene suficiente discernimiento - artículo 162 párrafo tercero del Código civil -¹¹⁵⁸.

A mayor abundamiento, estimamos que el artículo 1.263 del Código civil exhibe un mero carácter programático, en línea similar al artículo 322 del Código civil; y, así como al amparo de este último se admite que un mayor de edad, capaz para todos los actos de la vida civil y también para contratar - artículo 1.263 del Código civil, *sensu contrario* -, pueda, en un momento dado, carecer de esa competencia, en sentido inverso también la previsión contenida en el artículo 1.263 del Código civil, en que se parte de la falta de capacidad para contratar - o inhabilidad o ineptitud para prestar, en general, consentimiento contractual -, nos permitiría considerar o suponer, en ocasiones, la capacidad suficiente para hacerlo¹¹⁵⁹.

Otra consideración importante esgrimida por este sector doctrinal, defensor de la idea de que el Código civil ampara un paradigma de actuación basado en la incapacidad de las personas menores de edad, yace en la combinación o puesta en correlación de los artículos 1.302 y 1.301 párrafo sexto del texto codificado. El primero de ellos, reconoce que "pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos"; mientras que el segundo, señala que "esta acción impugnatoria sólo puede ejercitarla el menor dentro de los cuatro años a contar desde que saliere de la tutela - debiendo interpretarse ésta desde que se emancipó -". De resultas de esta conexión normativa puede deducirse, y así lo apuntan PUIG BRUTAU y PUIG FERRIOL, que si los contratos celebrados por el menor de edad son en principio impugnables y esta contradicción tan solo puede hacerla efectiva el propio menor de edad dentro de un

¹¹⁵⁸ Almagro Nosete, José, op. cit. pág. 629.

¹¹⁵⁹ Gómez Laplaza, María del Carmen, op. cit. pág. 9 y Badosa Coll, Ferran, op. cit. pág. 237.

determinado plazo, a contar desde su emancipación, es porque en el estado civil anterior de minoridad se le reputa como incapaz, y en consecuencia, inhábil para oponerse a aquellos contratos que el ordenamiento jurídico conceptúa como anulables. Tal circunstancia se reafirma, además, al constatarse que, aún durante la menor edad, la disposición convencional puede ser también rebatida, pero en este caso, única y exclusivamente, por su representante legal. Esta eventualidad significa que mientras dure tal situación, este apoderado es libre de impugnar o no los negocios celebrados por la persona sujeta a patria potestad o a tutela¹¹⁶⁰.

Lo que parecen olvidar tales autores es que los preceptos en cuestión están diseñados para promover la protección, esencialmente material, de las personas menores de edad, es decir, arbitrar una serie de mecanismos legales que eviten en lo posible - o incluso que vengán a restablecer - un eventual perjuicio o detrimento económico en los intereses patrimoniales de las personas menores de edad. Es por ello, que su sentido o alcance - elemento teleológico - no parece situarse en un contexto llamado a valorar de forma generalizada si un individuo es o no capaz, por razones de edad, de actuar con eficacia y trascendencia jurídica.

Ante esas tesis tradicionales; restrictivas, desconfiadas e incluso negadoras de las verdaderas aptitudes que pueden desplegar los individuos durante la etapa en que se extiende su niñez, que dominaron nuestro panorama jurídico a lo largo de un buen número de años, han surgido nuevas tesis que reconocen al niño, niña y adolescente como sujeto capaz de obrar, si bien limitando, modulando y adaptando esas potencialidades a las circunstancias evolutivas de unos seres en constante proceso de transformación¹¹⁶¹.

¹¹⁶⁰ Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís, op. cit. págs. 321-322.

¹¹⁶¹ Bastante claro en este sentido es el Preámbulo de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la persona, al establecer que "la minoría de edad no es una situación de incapacidad, sino un estado de las

Fue DE CASTRO, en su obra titulada Derecho civil español, uno de los primeros en mostrarse abiertamente crítico con las teorías que propugnaban la incapacidad absoluta del menor de edad. Las consideraciones argüidas para ello, toman su origen de una interpretación histórica y exegética fundada en la idea de entender que ésa era justamente la postura inferida por la doctrina del antiguo derecho español, y no acogiendo el actual redactado del Código civil precepto alguno en contra, debe presumirse que se mantiene la percepción originaria¹¹⁶². De hecho, durante el proceso de codificación español, ni la literatura jurídica de la época ni el proyecto de 1851 albergaron ningún indicio de que se tuviera la intención de suprimir o limitar la capacidad de obrar del menor. Es más, cuando en la iniciativa de García Goyena, entre otros, se declara - al igual que en el artículo 1.124 del *Code Napoleon* -, que los menores no ostentan capacidad para contratar, lo que realmente se quiere significar es que no pueden convenir un contrato perfecto, pues éste resta claudicante a favor del menor.

Se adscribe a esa teoría DE COSSÍO, quien en aras de facilitar su comprensión, se toma la libertad de agregarle una argumentación de corte más práctico, al recordar que tanto en Roma como en la tradición secular española, el pupilo podía, sin la autorización de su tutor, mejorar su condición realizando todos los actos que redundaran en su beneficio, adquiriendo, por sí, derechos, pero no asumiendo, en cambio, obligaciones. Igualmente, actuase sólo o con la expresada anuencia de sus legítimos representantes, se le reservaba la opción, una vez alcanzada la mayoría de

personas en los primeros años de su vida, cuando su personalidad se está desarrollando y requieren una formación adecuada a este desarrollo".

¹¹⁶² **De Castro y Bravo, Federico:** Derecho civil de España. Parte General. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 172.

edad, de instar la *restitutio in integrum* si se entendía que había resultado lesionado en sus intereses patrimoniales¹¹⁶³.

A mayor abundamiento, y prosiguiendo con esa misma tendencia capacitadora de la niñez, pareciera que las hipótesis defensoras de la incapacidad absoluta no albergaran un mínimo sentido lógico, puesto que son las propias disposiciones civiles las que admiten la capacidad de obrar del menor frente a situaciones de importante trascendencia jurídica, tales como otorgar testamento, contraer nupcias, adquirir la posesión, así como realizar otros muchos actos, cuya entidad y cuantía no pueden ser sino expresión de una regla general favorable a su idoneidad o aptitud. Precisamente, ante tal contingencia, nos resulta un tanto contradictorio y falto de todo sentido común tratar de justificar esos actos como meras concesiones a una supuesta regla principal en contrario¹¹⁶⁴.

También en estos términos se pronunció la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 3 de marzo de 1989, al tratar específicamente sobre esta cuestión objeto de nuestro estudio. Esta decisión se revela del siguiente tenor literal:

"No existe una norma que de modo concreto, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma con respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél a obrar por sí; y

¹¹⁶³ **Cossío y Corral, Alfonso de:** Instituciones de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Derecho de obligaciones. Madrid, 1975, Ed. Alianza Universidad, pág. 86.

¹¹⁶⁴ En una línea similar se pronunció **Díez- Picazo, Luís:** Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del contrato. Madrid, 1993, Cuarta edición, Ed. Civitas, pág. 145, para quien el menor de edad no es una persona que sea total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con una capacidad de obrar limitada, como consecuencia del especial estado civil en que se encuentra colocada, de la dependencia a que la ley le somete respecto de los órganos familiares y de la especial protección que se le concede o se le dispensa.

no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa; y, por otra parte, el artículo 322 del Código civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión, lo que permite afirmar que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil - con las excepciones legales que se establezcan -, por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión - legal - expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento jurídico - artículos 1º, 3º y 4º del Código civil español - y no por el recurso a una regla general de incapacidad que, además, no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad"¹¹⁶⁵.

Los términos de esta Resolución de 3 de marzo de 1989¹¹⁶⁶ tienen una importancia capital al negar de raíz la regla general de la incapacidad, empezando a apuntar la idea de que es preciso e imprescindible valorar en su justa medida la capacidad natural de la persona menor de edad. Algo que, al menos en el terreno de la contratación, donde todavía resta vigente el ya citado artículo 1.263.1º del Código civil, proclamando sin ambages que no pueden prestar consentimiento los menores

¹¹⁶⁵ Fundamento de Derecho segundo de la Resolución de 3 de marzo de 1989 de la Dirección General de los Registros y del Notariado - RJ\1989\2380 -, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid Fernando Rodríguez Tapia, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Plasencia a inscribir una cuarta parte indivisa de una escritura de donación, en virtud del recurso interpuesto por el Registrador de la Propiedad. Boletín Oficial del Estado, núm. 63, de 15 de marzo de 1989, pág. 7235.

¹¹⁶⁶ Solamente cabe hacer una pequeña precisión técnica: en el artículo 3 del Código civil no aparecen propiamente criterios de integración o cubrimiento de lagunas, sino reglas de interpretación de las normas, operación bien distinta.

de edad no emancipados, tiene algo de saludable interpretación forzada o hasta "equidad contra ley"¹¹⁶⁷. A día de hoy, la tendencia general consiste precisamente en entender los casos que puedan suscitarse al amparo de esta norma a la inversa de cómo los presenta el precepto en cuestión, pues la promoción jurídica y social de los niños, niñas y adolescentes es de tal envergadura que, desde luego, cualquier individuo, lego o no en derecho, se sonrojaría sólo con imaginar que no son válidos muchos de los actos cotidianamente llevados a cabo por menores de edad sin representación ni asistencia legal de nadie.

BERCOVITZ, por su parte, hace hincapié en un aspecto que deviene crucial, cual es la confusión que se produjo durante el período codificador entre los temas relativos a la capacidad y la dependencia de los sujetos, que complicaron la comprensión de las razones que determinan las restricciones o cortapisas a la actuación autónoma del menor. Conviene recordar que esas causas son, por un lado, su falta de conocimiento y voluntad adecuados; y de otro, su subordinación personal y patrimonial al titular de la potestad o de la tutela. Cuando ambas circunstancias coinciden, parece evidente que la limitación de la capacidad de obrar es acertada y que el ejercicio de la responsabilidad parental o de la institución tutelar responden, en verdad, a un interés provisorio del menor. Ahora bien, cuando esto no es así, y de lo único que se trata es de mantener la jerarquía de los progenitores o del tutor por encima del sujeto protegido, entonces es cuando parece necesario interpretar las normas jurídicas en el sentido más favorable posible a la capacidad del *minor*, pues es en tales situaciones cuando los límites impuestos no tienden tanto a atender al menor, sino más bien a reprimirle¹¹⁶⁸.

¹¹⁶⁷ **Yzquierdo Tolsada, Mariano**: "La patria potestad" en **Yzquierdo Tolsada, Mariano** y **Cuena Casas, Matilde (Dirs.)**: Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia. Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters, págs. 117-118.

¹¹⁶⁸ **Bercovitz y Rodríguez-Cano, Rodrigo**, op. cit. pág. 25. Una argumentación similar ya había sido expuesta con anterioridad por **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 170-171.

En otras palabras, se trata de buscar un punto de equilibrio, de compaginar, dos exigencias, en cierta medida, contrapuestas entre sí, que responden a la misma intención de garantía y atención de la persona menor de edad, es decir, que procuran, en definitiva, potenciar el libre desarrollo de su identidad. Esto es a lo que parte de la doctrina ha calificado como la "protección de la personalidad del menor desde él mismo", categoría enfrentada u opuesta a la noción de la "protección de la personalidad desde fuera", expresión esta última que viene a materializar la indiscutible necesidad de la existencia de potestades de control, custodia y defensa que suplan las carencias inherentes a la esencia misma de la noción menor¹¹⁶⁹.

Esa misma cuestión, examinada ahora desde una perspectiva constitucional, nos arroja idéntica conclusión. No en vano, debemos recordar que son dos los principios en torno a los cuales gira la regulación civil en esta materia: el ya consabido del libre desarrollo de la personalidad - artículo 10 de la Constitución española - y el de la protección integral de las personas menores de edad - artículo 39 de la Constitución española -. Ambas disposiciones constitucionales, amén de complementarse a la perfección, se limitan recíprocamente entre sí, determinando, en consecuencia, la posición de equidistancia que ha de comprometerse a mantener el ordenamiento civil, de forma que no caiga en una tutela tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo autónomo de unos seres en proceso de formación, ni dé a éste tanta amplitud que termine por estipular un régimen de atención al individuo marcadamente insuficiente¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. pág. 884.

¹¹⁷⁰ **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. pág. 1.396, entiende que subordinado a estos dos, por no ser de procedencia directamente constitucional, debe tenerse en cuenta también el principio de seguridad jurídica, que desempeña un papel importante a la hora de determinar el régimen jurídico de los menores.

El problema, en definitiva, radica en el acierto y la precisión con que logre trazarse la bisectriz delimitadora entre estas dos demandas de cuidado y garantía de la persona a las que venimos haciendo alusión, línea que se adivina y concreta al especificar el ámbito propio en que se considera que el menor no emancipado reúne las condiciones mínimas necesarias para intervenir de manera particular. De este modo, si bien es cierto que el reconocimiento de un ámbito de participación directa del menor de edad favorece e incentiva el desarrollo libre y espontáneo de su personalidad, éste no puede llevarse a unos límites que pongan en peligro su misma razón de ser.

Desde este último enfoque u orientación, la disyuntiva planteada corre el riesgo de extralimitarse del ámbito de la protección a la infancia y la adolescencia *stricto sensu* considerada, pues en la medida en que tal vicisitud es contemplada desde una visión más amplia y difuminada, irrumpen en escena los terceros que con el *minor* negocian, aspecto éste que introduce una nueva variable digna de ser tenida en consideración, cual es la seguridad del tráfico o la certidumbre en las relaciones de reciprocidad o intercambio.

Resulta evidente, en la realidad del comercio, que los niños, niñas y adolescentes contratan y que lo hacen en un volumen nada despreciable. Asimismo, también se constata la presencia de unos cánones o indicadores sociales de admisibilidad de esa actuación negocial, con arreglo a los cuales un replanteamiento, *a posteriori*, de la validez del negocio jurídico se vislumbra como sencillamente inadmisibile¹¹⁷¹.

¹¹⁷¹ Nadie en su sano juicio, por ejemplo, tildaría de nula, ni tan siquiera de anulable, la compraventa de una bolsa de golosinas por parte de un niño de ocho años de edad.

Nos manejamos, por consiguiente, en un marco de permanente tensión entre dos exigencias fundamentales, ambas ineludibles a la par que encontradas: de una parte, la de disminuir al máximo las restricciones que recaen sobre la capacidad de intervención personal de los *minor*, procurando, siempre que sea factible, lograr una correspondencia, lo más exacta y fidedigna posible, entre los límites legales y los impedimentos naturales. Y, de otra, la obligación de atender al correcto funcionamiento y a la seguridad del tráfico jurídico. Este segundo requerimiento, tiende a evitar que las relaciones entre sujetos terminen por convertirse en una caja de sorpresas, eludiendo y postergando las situaciones de incertidumbre¹¹⁷². En definitiva, será preciso atender a lo que GARCÍA GOYENA denominó la estabilidad de los contratos¹¹⁷³.

Parece incuestionable, a pesar del razonamiento adoptado históricamente por la doctrina clásica española, que en el Derecho civil actual ha quedado denostada la vieja creencia de que el menor de edad se halla afecto por un halo de incapacidad absoluta, consustancial e inherente con su propia esencia, sin más excepciones que las específicamente advertidas por la ley. Si admitiéramos esta posibilidad estaríamos reconociendo implícitamente que nuestro ordenamiento jurídico alberga una presunción general de ineptitud, sólo salvable, de manera singular, en aquellos supuestos de especial concesión. Por el contrario, nuestro sistema legal viene aceptando, cada vez en mayor medida, que las personas menores de edad sí ostentan capacidad de obrar, limitada únicamente en la medida en que sea imprescindible

¹¹⁷² Gordillo Cañas, Antonio, op. cit. págs. 82-83.

¹¹⁷³ García Goyena, Florencio: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Vol. I. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfica Editorial, pág. 157, quien hablando sobre los intervalos lúcidos de los incapaces afirma que el testamento es un acto revocable que no crea derechos a favor de terceros; los contratos, prosigue dicho autor, son precisamente lo contrario, y no sería cordura someter su validez y estabilidad a un examen difícil y aventurado; y pág. 168, en relación con los actos del pródigo anteriores a la demanda de interdicción, se pregunta: en qué vendrían a parar la fe y estabilidad de los contratos si pudieran ser impugnados con este pretexto equívoco y retroactivo.

para el amparo de sus propios intereses; configurándose, pues, tales restricciones con un carácter que debiera calificarse como de excepcional¹¹⁷⁴.

El cambio de paradigma queda perfectamente plasmado por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, pues, frente a la presunción de "incapacidad total del menor" defendida por ciertos sectores doctrinales, esta norma del Congreso de los Diputados - claramente influenciada por los principios dimanantes del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño - revierte definitivamente la situación a favor del menor, pues su artículo segundo sienta tres grandes principios, el primero de los cuales estatuye que en la aplicación de esta Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; el segundo, por su parte, afirma que todas las medidas que se adopten al amparo de la susodicha disposición deberán tener un marcado carácter educativo; y, finalmente, siendo éste tal vez el más relevante a nuestro modo de entender, el de que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva¹¹⁷⁵.

Otro punto característico e identificativo de nuestro modelo contemporáneo de consideración y tratamiento del estatuto legal de la minoría de edad, radica en la existencia de una clara disociación en la teoría general de la capacidad de actuación personal de los individuos, según la esfera o campo del Derecho ante el cual nos situemos: el *ius publicum o privatum*, que se traduce en unas mayores aptitudes o

¹¹⁷⁴ **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín**, op. cit. pág. 143, defienden que según el Código civil, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. Por consiguiente, todo sujeto es capaz, en tanto no haya disposición legal que establezca lo contrario. Así lo establece expresamente en cuanto a los testamentos el artículo 662 del Código civil - "Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente" -. Y respecto de los contratos, no identifica tampoco quiénes son capaces, sino quiénes no lo son - artículos 1.263 y 1.264 del Código civil -.

¹¹⁷⁵ **Orozco Pardo, Guillermo**: "Intimidad, privacidad, *extimidad* y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?" en **Boix Reig, Javier (Dir.)**: La protección jurídica de la intimidad. Madrid, 2010, Ed. Iustel, pág. 384.

prestaciones del menor en el ámbito de intervención propia del sector público. Tal circunstancia puede conducirnos a la paradoja del reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, si bien de forma indirecta, del derecho de un menor de trece años de edad a decidir sobre su propia salud - sentencia 154/2002, de 18 de julio -, persona que, en cambio, no podría disponer autónomamente de parte de su patrimonio. No obstante, esta contingencia no puede ocultar que el tratamiento dispar aparece en cierta medida justificado por la distinta finalidad que se persigue en uno u otro orden: en el Derecho privado, cohonestar el libre desarrollo de la personalidad del sujeto - artículo 10.1 de la Constitución española - con la seguridad del tráfico jurídico y la protección no sólo del menor, sino también de los terceros que con él contratan; mientras que el objetivo último en el ámbito público se centra en la promoción del ejercicio de los derechos por el menor como mecanismo para potenciar el desarrollo autónomo de sus facultades, sin que su práctica afecte directamente a terceros¹¹⁷⁶.

Partiendo de este nuevo enfoque de la infancia y la adolescencia, que identifica a las personas menores de edad como sujetos activos de derecho, principales protagonistas de su vida y existencia, procedemos, a continuación, al estudio pormenorizado de los motivos y las razones que se reconocen como los verdaderos elementos limitadores de su capacidad de obrar, así como la configuración legal adoptada por los mismos.

¹¹⁷⁶ Asensio Sánchez, Miguel Ángel, op. cit. págs. 42 y 43.

3. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO

Tomando como modelo la decisiva aportación de DE CASTRO, consideramos que las causas en virtud de las cuales nuestro ordenamiento jurídico acota la capacidad de obrar de un menor de edad pueden reducirse a tres rúbricas o supuestos lógicos de delimitación: su eventual falta de capacidad natural; el sometimiento a una institución de guarda que condicione su libertad de actuación; y la posibilidad de eludir las consecuencias de los actos realizados de manera autónoma a través del mecanismo de la anulabilidad.

3.1. LA CAPACIDAD NATURAL COMO FUNDAMENTO DE LAS ACTUACIONES REALIZADAS POR LOS MENORES NO EMANCIPADOS

En primer término, nos referimos a la ausencia de aptitud para entender y querer, pues si un sujeto no reúne tal facultad no es viable que realice acto jurídico alguno, y caso de llegar a consumarlo, éste no tendrá ningún tipo de legitimidad ni eficacia.

En este contexto, consideraremos que un menor de edad detenta capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica para la válida y efectiva prestación del consentimiento requerido en el ejercicio de un derecho, así como para asumir las consecuencias que para el desarrollo de su libertad futura tenga esa disposición de voluntad. En suma, el menor de edad, además de congregar las facultades necesarias para emitir conscientemente una declaración, deberá igualmente conocer cuáles son los efectos jurídicos derivados de la misma¹¹⁷⁷.

¹¹⁷⁷ **Sánchez Hernández, Carmen**, op. cit. págs. 956-957. Desde un punto de vista jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1929, en su segundo considerando, establece "que la

De este modo, el mayor o menor grado de capacidad natural que presenta un individuo dependen directamente de su evolución volitiva y cognoscitiva. Así, como acertadamente se ha encargado de poner de manifiesto parte de nuestra doctrina, el concepto abstracto y subjetivo del discernimiento cristaliza en una noción de naturaleza relativa e indeterminada, en la medida en que un sujeto puede mostrar juicio o raciocinio bastantes para realizar determinados actos y no, en cambio, para concluir otros, pues esa aptitud está condicionada por los caracteres y consecuencias del derecho de cuyo ejercicio se trate¹¹⁷⁸. Obviamente, es diferente la capacidad necesaria para ejercitar el derecho a la libertad religiosa, por citar un ejemplo, que la precisa para consentir una interrupción voluntaria del embarazo o una esterilización. Inclusive, sin desplazarnos del ámbito de acción de un mismo derecho, la aptitud o habilidad indispensables pueden variar en atención a la naturaleza concreta del hecho y a su trascendencia y resultados. Así, pensando nuevamente en el derecho a la libertad religiosa: no se exige idéntica competencia para llevar a cabo un acto de culto que para rechazar un tratamiento médico por motivos de credo.

capacidad para ejecutar un acto jurídico consiste en poseer la facultad que se concede a las personas, individuales o jurídicas, para exteriorizar su voluntad en las condiciones y con los requisitos que la ley exige para su validez; y si de las personas individuales se trata, tienen la capacidad necesaria todas las que no tienen prohibido o limitado el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad humana, que se hallen en las condiciones físicas y de inteligencia indispensables para expresar su voluntad de un modo deliberado y consciente". Para **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**: "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana" en Indret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 1, 2005, pág. 3, los conceptos "plena capacidad natural" y "autogobierno" no son exclusivos del estado de la mayoría de edad, ya que se reconoce un importante poder autónomo al menor de edad.

¹¹⁷⁸ **Santos Morón, María José**: Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen. Madrid, 2000, Ed. Escuela Libre, pág. 47. Reitera esa idea la autora en **Santos Morón, María José**: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en La Ley, núm. 5675, 2002, pág. 7. También en esa línea se pronuncia **Toldrà Roca, M^a. Dolors**: Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad. Barcelona, 2000, Ed. Cedecs, pág. 45, quien al tratar la materia de la capacidad para contraer matrimonio, afirma que por capacidad natural puede comprenderse la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento matrimonial. Cuestión que comporta la presencia, en grado suficiente, de las facultades volitivas y cognitivas. Exigirá, pues, que la persona tenga voluntad para contraer el vínculo y conocimiento de los efectos jurídicos que emanan de dicho acto.

A diferencia de lo acontecido durante el precedente Romano, en el que se identificó la etapa de la infancia - hasta los siete años - como el período de tiempo durante el cual se podía negar todo tipo de competencia o habilidad para conocer y comprender a los ciudadanos - situación ésta, además, extrapolable o extensible a los *impueres proximus infantiae*¹¹⁷⁹-; a lo largo del proceso codificador francés - influjo que posteriormente alcanzaría la realidad española - se prescindió, en cambio, de estipular una edad o etapa vital alguna para encuadrar o dar cabida a la incapacidad absoluta de contratar - y, en general, de actuar - de los individuos, por la arbitrariedad y dificultad que entrañaba señalar el momento exacto en que se da esa carencia total de inteligencia y madurez, así como porque de hacerlo se estaría, en realidad, comprometiendo el mismo interés de los impúberes en vez de atender a su verdadera protección.

El Código civil español, por su parte, fuertemente influenciado por ese modelo francés, y apartándose de las tesis más propias del derecho germánico, también ha obviado, desde sus orígenes, la tendencia de fijar o acordar una barrera cronológica que determine o presuma la adquisición de la capacidad natural, la llamada por WEILL y TERRÉ como la "edad de la razón"¹¹⁸⁰; habrá, pues, que atenerse a la específica demostración, arbitrada caso por caso, de la concurrencia o falta de conocimiento suficiente para efectuar, por y para sí, una precisa actuación con plena relevancia jurídica. A estos efectos, se ponderará adecuada y debidamente tanto la

¹¹⁷⁹ **Giorgi, Giorgio:** Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno: expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia, italiana, francesa, alemana. Vol. III. Madrid, 1929, Ed. Reus, pág. 57, defiende que en el período infantil es nula o debilísima la luz intelectual, y todos los escritores modernos están de acuerdo en negar al infante o al púber próximo a la infancia la capacidad natural de consentir y de celebrar contratos.

¹¹⁸⁰ **Weill, Alex y Terré, François,** op. cit. pág. 812.

edad del menor, como la naturaleza y trascendencia legal del acto pretendido, así como los usos sociales aplicables al caso concreto¹¹⁸¹.

En Alemania, siguiendo una tendencia distinta a la descrita en Francia y España, el artículo 104.1 del BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* - establece que "es incapaz para emprender negocios jurídicos el sujeto que no ha completado su séptimo año de vida"¹¹⁸². Este precepto, asimismo, debe ponerse en estrecha correlación con el artículo 105 del mismo cuerpo legal, que preceptúa la nulidad de las declaraciones de voluntad realizadas por personas incapaces. En cambio, una vez cumplidos los siete años, el ordenamiento jurídico germano les reconoce capacidad limitada para emprender relaciones contractuales, en los términos establecidos en los artículos 107 y siguientes del mentado texto alemán¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Parte de la doctrina ha venido a considerar que esa falta de un límite general puesto al discernimiento constituye un grave defecto de técnica del Código civil español. Una buena muestra de ello lo encontramos en **Puig Brutau, José**, op. cit. págs. 51-52.

¹¹⁸² Tal y como apuntan **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin**: Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 140 y 148, el Código civil alemán no dice quién es capaz para celebrar negocios jurídicos, sino que se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada esta capacidad. Así, son incapaces de celebrar negocios jurídicos: los menores de siete años - artículo 104 -. Y, en cambio, tienen limitada su capacidad: los menores de edad mayores de siete años - artículos 106 a 113 -. Por su parte, **Von Thur, Andreas**: Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán. Vol. I. Las personas. Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons, págs. 403-407, apunta como en el Derecho común alemán se equipararon menores e impúberes, y más tarde, con la ley del año 1875 sobre el estado de las personas, se estableció la mayor edad a los veintiún años cumplidos. Así nacieron los dos grados de edad del Código civil: la infancia hasta los siete años, y la menor edad, que dura hasta los dieciocho. Los infantes carecen completamente de capacidad de obrar, los menores de edad tienen, sin embargo, capacidad de obrar limitada.

¹¹⁸³ **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin**, op. cit. págs. 148-149, entienden que los menores de edad, mayores de siete años, son capaces para concluir todos los negocios que no les traigan desventaja alguna, por ejemplo, aceptar una promesa de donación, para adquirir por tradición o cesión, para aceptar una declaración de renuncia, y también para los negocios que le son personalmente indiferentes, por ejemplo, transmisión de una cosa mueble ajena. Ahora bien, para todas las declaraciones de voluntad que no les traigan exclusivamente una ventaja jurídica necesitan el asentimiento de su representante legal.

Retornando nuevamente a nuestro contexto normativo de referencia, el concepto de la capacidad natural, en particular tras las reformas operadas en el ordenamiento civil español durante los años ochenta, se ha concretado, entre otras, en expresiones del estilo "suficiente madurez", "adecuado juicio" y "raciocinio necesario"¹¹⁸⁴.

Todas ellas, y sin ánimo alguno de desdeñar sus particularidades gramaticales, reúnen un común denominador que obedece a la singular naturaleza con que han estado conferidas y que caracteriza, sin lugar a dudas, nuestro modelo actual de proceder en la materia, cual es su configuración como conceptos jurídicos indeterminados¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁴ Tal y como señala **Benac Urroz, Mariano**: "La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado" en **González Salinas, Pedro y Lizarraga Bonelli, Emilio (Coords.)**: Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid, 2004, Ed. Thomson Civitas, pág. 79, el concepto "ser escuchado si tuviere suficiente juicio" se ha ido trasladando al ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que afectan a las personas menores de edad. Este concepto, finaliza el mentado autor, introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

¹¹⁸⁵ De acuerdo con **García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón**: Curso de Derecho administrativo I, Décima edición. Madrid, 2000, Ed. Civitas, pág. 458, la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados se da en todas las ramas del Derecho. En el ámbito civil - buena fe, diligencia del buen padre de familia, negligencia, interés superior del menor, interés de la familia -; en el penal - nocturnidad, alevosía, abusos deshonestos-; en el procesal - división de la contienda de la causa, conexión directa, pertenencia y relevancia de las pruebas, medidas adecuadas para promover la ejecución, perjuicio de reparación imposible o difícil -; en el mercantil - interés social, diligencia del buen comerciante, sobreseimiento general en los pagos -. También **De la Válgama, María**, op. cit. pág. 239, destaca que conceptos como *poseer suficiente capacidad, tener suficiente juicio*, son conceptos jurídicos indeterminados, que requieren para su implementación, una determinación, lo que supone, en la mayor parte de los casos una delicada tarea hermenéutica. Idéntica posición es la asumida por **Morillas Fernández, Marta**: "Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad" en **García Garnica, María del Carmen y Morillas Fernández, Marta (Coords.)**: Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar. Cizur Menor, 2008, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 171 y 172, quien estima que el etéreo concepto de "madurez" debe caracterizarse como un concepto jurídico indeterminado necesitado de valoraciones concretas según las circunstancias de cada caso, del desarrollo intelectual y volitivo del menor y de la complejidad del acto en cuestión. No se alejan de esta última opinión **García Garnica, María del Carmen**: El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado. Especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen. Cizur Menor, 2004, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 77-78 y **Morillas Fernández, Marta**: "La protección jurídica del menor ante las redes sociales" en **Boix Reig, Javier (Dir.)**: La protección jurídica de la intimidad. Madrid, 2010, Ed. Iustel, pág. 374.

Con esta técnica de las cláusulas generales, la ley se refiere a una esfera de realidad cuyo contorno no aparece bien definido en su enunciado, a pesar de lo cual se nos intenta delimitar un supuesto específico que admite ser precisado en el momento de su efectiva puesta en acción¹¹⁸⁶. En otras palabras, la norma no nos revela u ofrece la solución directa a cada caso, de tal modo que ésta debe ser inquirida acudiendo a criterios de valor o indicadores de experiencia según la esencia de la propia disposición¹¹⁸⁷. A contrario de lo acaecido con los conceptos jurídicos determinados - recordar el ejemplo de la mayoría de edad que se obtiene a los dieciocho años -, en los que la individualización de su significado y contenido la hace, *a priori*, la propia ley; en los indeterminados, por el contrario, se pospone esa operación hasta el momento exacto de su concreta aplicación¹¹⁸⁸.

En la estructura de todo concepto jurídico indeterminado y, por ende, en las nociones abstractas a las que estamos haciendo referencia, siguiendo lo establecido por la doctrina alemana, son reconocibles tres niveles de concreción: a) un núcleo fijo o *zona de certeza positiva*, conformado por datos previos y seguros a modo de presupuesto o requerimiento inicial mínimo; b) una zona intermedia o de incertidumbre o *halo del concepto*, más o menos delimitado, donde caben varias

¹¹⁸⁶ Por el contrario los conceptos determinados sí que delimitan de forma evidente el ámbito de realidad al que se refieren. Por ejemplo, la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años. Esta idea de concepto jurídico indeterminado que acabamos de citar la encontramos, referida al principio del interés superior del menor, recogida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985 - RJ 1986\496 -.

¹¹⁸⁷ Para un estudio más detallado de los caracteres definitorios de los conceptos jurídicos indeterminados vid. **García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón**: Curso de Derecho administrativo I, Décima edición. Madrid, 2000, Ed. Civitas, pág. 457; **García de Enterría, Eduardo**: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo" en Revista de Administración Pública, núm. 38, mayo-agosto 1962, pág. 171; **Sáinz Moreno, Fernando**: Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. Madrid, 1976, Ed. Civitas, pág. 192.

¹¹⁸⁸ **Martín González, Manuel**: "El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos" en Revista de Administración Pública, núm. 54, septiembre-diciembre 1967, págs. 286-292. En idéntica línea argumentativa se sitúan **Rivero Hernández, Francisco**, op. cit. págs. 193-194 y **Lázaro González, Isabel**, op. cit. págs. 108-109.

opciones dentro de márgenes relativos e imprecisos y, finalmente; c) una *zona de certeza negativa*, también segura en cuanto reporta o significa la exclusión del principio¹¹⁸⁹.

Aplicando ahora la teoría de las cláusulas abstractas a las diferentes expresiones en que se ha manifestado la categoría de la capacidad natural en nuestro texto codificado podemos alcanzar las siguientes conclusiones¹¹⁹⁰: la *zona de certeza positiva* se materializaría en el *factum* de que al menor debe garantizársele, ante todo, su dignidad, así como el libre desarrollo de su personalidad - artículo 10.1 de la Constitución española -, condicionante absolutamente ineludible e impostergable según las estimaciones sociales comunes de nuestro contexto cultural; por lo que a la zona de imprecisión - *halo del concepto* - se refiere, ésta daría pie a diversas alternativas y se centraría *stricto sensu* en la valoración de las circunstancias - *in casu* - que concurran en el supuesto específico de que se trate. Como podemos constatar, en este segundo nivel o estrato de configuración se requiere de una estimación o juicio de valor, tanto más amplia a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo sociocultural o apreciativo¹¹⁹¹ -, es lo que en algunos texto legales, como, por ejemplo, en el Código civil de Cataluña, se ha definido como "los actos relativos a bienes o servicios propios de su edad, de

¹¹⁸⁹ **Rivero Hernández, Francisco**: El interés del menor. Madrid, 2000, Ed. Dykinson, pág. 192.

¹¹⁹⁰ Similar ejercicio es efectuado por **Miralles Sangro, Pedro-Pablo**: El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980. Madrid, 1989, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales, págs. 97-98, al aplicar la noción del concepto jurídico indeterminado a la cláusula del interés superior del menor prevista en el articulado del Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores.

¹¹⁹¹ Llegados a este punto es conveniente recordar, para facilitar con ello la comprensión de la terminología empleada, que hay conceptos jurídicos indeterminados que incorporan nociones de experiencia - incapacidad para el ejercicio de su funciones, premeditación, fuerza irresistible -, que se ventilan en la apreciación de los hechos; mientras que otros, en cambio, son conceptos de valor - implican juicios de valor -, ya sean técnicos - impacto medio ambiental, por citar un ejemplo - o valorativos - buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, interés público -. De todos ellos, este último sería el caso ante el que nos situamos.

acuerdo con los usos sociales"; artículos 211-5.b), 222-47.2.b) y 236-18.2.b)¹¹⁹² -; y, finalmente la *zona de certeza negativa*, que se sitúa en el punto o margen a partir del cual desaparece el valor implícito del concepto mismo, en nuestro caso aquéllas hipótesis excluidas por ley. Es decir, aquellos ámbitos de intervención en los que el legislador presume que los menores no emancipados no reúnen un nivel cognitivo mínimo que les permita comprender y valorar la verdadera relevancia del acto acometido.

Supuesta la anterior distribución metodológica, se hace notorio y evidente que la dificultad a la hora de precisar en qué consiste la suficiente madurez del menor no la localizamos ni en la *zona de certeza positiva* ni en la que hace sus veces desde la perspectiva negativa, sino que será justamente en la franja intermedia, en esa circunscripción de imprecisión, en la que residirá la complejidad de elección y de toma de decisiones. En definitiva, es en la aplicación *in concreto* de la regla de actuación donde yace la movilidad de los operadores intervinientes - jueces, instituciones administrativas, representantes legales -, y, además, es el espacio en que se pone de relieve la función social que desempeñan dichas instituciones y la norma de referencia¹¹⁹³.

¹¹⁹² En sentido similar se pronuncia tanto la ya derogada Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona - artículo 4.1.b) - como 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 - artículo 7.1.b) -, que la vienen a sustituir. Dichos preceptos, de idéntico contenido, establecen que "el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: 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". Dicha noción también puede extraerse, si bien centrándonos estrictamente en el ámbito contractual, del Fundamento jurídico nº. tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo civil -, de 10 de junio de 1991 - RJ\1991\4434 -, en la que se estipula que "teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas - artículo 3.1. del Código civil -, y siendo el objetivo de las mismas esencialmente tuitivo del interés de éstos".

¹¹⁹³ **Miralles Sangro Pedro-Pablo**, op. cit. pág. 96, añade que cuantos más elementos de concreción facilite la norma abstracta, menos riesgo de atentado habrá respecto de la libre apreciación de la autoridad que la aplica y en cuanto a la seguridad jurídica que ha de presidir todo procedimiento.

Un obstáculo añadido, que no podemos obviar por manifiesto, presente siempre en el momento de tomar la decisión sobre si un menor reúne o no juicio suficiente para llevar a cabo y asumir las consecuencias de una particular actuación, es la falta generalizada en nuestro ordenamiento jurídico de parámetros definidores o, al menos, orientadores sobre cuando podemos entender o no que se está en posesión del raciocinio necesario para intervenir autónomamente, de igual forma que se guarda silencio sobre quién debe ser la persona o institución llamada a decidir sobre la existencia de esa indispensable evolución volitiva y cognitiva¹¹⁹⁴. Ello nos lleva a la imperiosa necesidad de tener que integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, sin olvidar que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible en función de su edad, desarrollo emocional, intelectual y volitivo, así como de la complejidad del acto ante el que nos encontremos¹¹⁹⁵. En otras palabras, la suficiente madurez como criterio determinante del ejercicio del derecho debe relacionarse siempre con la naturaleza e importancia del evento de que se trate, por lo que será precisa su comprobación *ad casum*¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ **García de Enterría, Eduardo**: "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo" en Revista de Administración Pública", núm. 38, mayo-agosto 1962, pág. 174, al tratar en su obra de la fiscalización jurisdiccional de los conceptos jurídicos indeterminados, manifiesta la necesidad de reservar a la autoridad que aplica una de estas cláusulas abstractas el llamado *margin de apreciación*, que en todo caso es un límite cognoscitivo y no volitivo; esta frontera de apreciación será mayor o menor ordinariamente según la posibilidad o no de aportar o representar ante el Tribunal la totalidad de los elementos de hecho que la autoridad que aplicó el concepto tuvo presentes. Conforme con esta tesis se pronuncia **Martín González, Manuel**, op. cit. págs. 279-280.

¹¹⁹⁵ **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores** - JUR\2006\94040 -, pág. 7.

¹¹⁹⁶ **Moreno Antón, María**: "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario" en **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Villarejo y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.)**: El menor ante el derecho en el siglo XXI. Madrid, 2011, Ed. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 100.

Esta opción por la que se ha decantado definitivamente el legislador español no impide la posibilidad, y por tanto sería perfectamente compatible, de admitir en nuestras disposiciones civiles la entrada en escena de ciertas estipulaciones presuntivas. Para ser más exactos, nos estamos refiriendo a la eventualidad de validar en nuestro sistema normativo la inclusión de una cláusula que oficialice la creencia social de que los menores, a partir de un determinado momento temporal, reúnen por sí solos la aptitud necesaria para intervenir directamente en el tráfico jurídico¹¹⁹⁷.

Un ejemplo ilustrativo del que podemos valernos para fundamentar nuestra propuesta de *lege ferenda*, lo situamos en el contexto del Derecho civil aragonés, en el que 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, alberga en su artículo 34.2, la presunción *iuris tantum* de que los menores mayores de catorce años "ostentan aptitud de entender y querer para concluir un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario"¹¹⁹⁸. Precepto éste que guarda estrecha relación con lo ordenado en el artículo 5 punto tercero del mismo Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que declara que "la representación legal del menor - que corresponde a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto al tutor - termina al cumplir los catorce años; desde ese preciso instante, su capacidad se completa con la asistencia que en cada caso proceda"¹¹⁹⁹. En otros términos, a partir de los catorce

¹¹⁹⁷ En este sentido se pronuncia **Lama Aymá (de), Alejandra**: La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 104, al defender que sería aconsejable acordar una franja de edad orientativa sobre la existencia o no de madurez suficiente sin que ello tuviera consecuencias rígidas.

¹¹⁹⁸ Este precepto es una mera transposición del artículo 31.2 de la ya derogada Ley aragonesa 13/2006, de 27 de abril, de derecho de la persona.

¹¹⁹⁹ Encontramos también su inmediato antecedente, con idéntico contenido, en el artículo 2 punto tercero de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de abril, de derecho de la persona.

años, el menor aragonés, además de suponersele aptitud de entender y querer, actúa siempre por sí - sin representante -, con el complemento de capacidad de las personas llamadas a prestarlo para la plena validez de sus actos. Ello nos lleva a tener que hablar, no de uno sino de dos regímenes de la minoría de edad aragonesa, cada uno con sus propias vicisitudes y particularidades¹²⁰⁰.

El porqué se toma como punto de referencia la edad de los catorce años encuentra su acomodo en cuestiones de orden histórico, que serán analizadas con mayor amplitud y detenimiento en el apartado dedicado a la capacidad del menor en el Derecho civil aragonés. A efectos meramente orientativos, tan solo anticipar que en el Preámbulo de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de abril, de derecho de la persona, precedente inmediato del actual Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, hallamos la solución al enigma planteado, pues dicho texto manifiesta que "la edad de los catorce años, que en los Fueros señalaba la mayoría de edad - Fuero de *contractibus minorum*, 1247 -, determina en el Derecho hasta ahora vigente un cambio sustancial dentro de la minoría de edad de los individuos. En esta línea sigue la presente Ley, que, por ello, regula por separado la situación de la persona menor de edad según haya cumplido o no los catorce años".

Este tipo de presunciones legales encierran, en realidad, una relación de concomitancia entre el momento temporal preestablecido por la norma y la capacidad real de los sujetos. Y es que la edad de que se trate, está dispuesta por el legislador a partir de la consideración - *id quod plerumque accidit* - de que una persona normal, en condiciones corrientes, en dicho instante cronológico ha adquirido ya las facultades mínimas requeridas para llevar a cabo, de una manera

¹²⁰⁰ Navarro Viñuales, José María: "Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés" en Legislación civil de Aragón, La Notaría, Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons, pág. 53.

autónoma, un conjunto de actuaciones con pleno conocimiento de sus efectos y que le vinculan jurídicamente.

En nuestra opinión, y tomando como paradigma la comentada reseña aragonesa, entendemos que dicho modelo sería perfectamente exportable tanto al Código civil como al resto de derechos civiles autonómicos vigentes en el territorio del Estado. Así, estas disposiciones normativas deberían introducir o incorporar en sus textos una presunción general *iuris tantum* de capacidad natural, que podría fijarse, porque no, en los doce años. No en vano, es ya ésta una cifra a la que con reiteración se remiten diferentes normas jurídicas de nuestro entorno en cuestiones que afectan directamente al menor de edad¹²⁰¹. Sin ir más lejos, la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, al igual que sucede en la Comunidad de Madrid y en Galicia, discriminan entre las nociones de infancia - hasta los doce años - y adolescencia - desde los doce hasta los dieciocho años - introduciendo, con ello, un significativo punto de inflexión, un antes y un después, a contar desde que el menor cumple la mentada edad¹²⁰².

¹²⁰¹ En este sentido **Mirambell i Abancó, Antoni**: "Els efectes personals i patrimonials de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial" en **Badosa Coll, Ferran (Dir.)**: Manual de Dret Civil Català. Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, pág. 488, con base en el Código de Familia catalán nos recuerda como en los procesos de crisis familiares en que haya involucradas personas menores de edad, la autoridad judicial, antes de resolver, tiene que escuchar preceptivamente a los menores de doce años o más, y a los de menos si tienen suficiente madurez.

¹²⁰² Parece favorable a esta opinión **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo**: "Comentario al artículo 154 del Código civil" en Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Volumen II. Madrid, 1984, Ed. Tecnos, págs. 1055 y 1056. quien considera que el suficiente juicio o madurez debe valorarse en relación con la decisión concreta que se pretenda adoptar, sirviendo de criterio orientador - sin aceptar, no obstante, la aplicación automática por analogía - el límite de los 12 años que se establece en los artículos 92 y 156 del Código civil para la audiencia obligatoria de los hijos cuando existen conflictos entre sus progenitores.

Otra evidencia que demuestra lo acertado de la edad sugerida, se infiere de las disposiciones relativas a los llamados menores extranjeros no acompañados¹²⁰³ contenidas en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹²⁰⁴. La norma en cuestión, al detallar la manera como se efectúa la fase de alegaciones en el procedimiento de repatriación de estos menores de edad, reconoce, en su artículo 193.1, legitimación activa al sujeto que haya alcanzado la edad de dieciséis años. En caso contrario, el menor será representado por la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. No obstante, prosigue este precepto, "si el menor presenta suficiente juicio y hubiera manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su representación legal, se procederá a la suspensión del curso del procedimiento hasta que le sea nombrado un defensor judicial". Y es en este preciso instante, el momento en el que la disposición reglamentaria introduce una presunción *iuris tantum* de raciocinio, al prever que "sin perjuicio de que pueda apreciarse dicho grado de madurez en una edad inferior, se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene juicio suficiente".

Parece que una estipulación del estilo de la apuntada, en una edad que reputamos más que razonable para que el menor de edad pueda actuar por sí en el ejercicio de los derechos que reclaman su propia intervención autónoma, ayudaría a dotar de mayor seguridad jurídica al sistema de transacciones negociales, al mismo tiempo que reconocería a las personas menores de edad como verdaderos agentes activos en

¹²⁰³ El artículo 189 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, define por primera vez en España qué debe entenderse tras la expresión de menor extranjero no acompañado. Este precepto lo identifica como "el extranjero menor de dieciocho años que llega a territorio español sin venir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, apreciándose riesgo de desprotección del menor, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación".

¹²⁰⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 103, de 30 de abril de 2011a

el entorno cotidiano que les rodea. Tal conjetura, no obstante, no debe traducirse en una presunción general y absoluta - *iuris et de iure* -, de que el menor, cumplidos los doce años, adquiriera automáticamente, en todos y cada uno de los supuestos en que intervenga, capacidad natural, pero sí constituiría un criterio práctico utilizarla como indicativa o indiciaria de un nivel de madurez suficiente; siempre quedando a salvo, por supuesto, la prueba en contrario.

Una controversia o disputa similar, en torno al verdadero valor e interpretación que hay que concederle a las presunciones legales vinculadas a los temas de capacidad, ha trascendido, durante los últimos años, la dimensión estrictamente privada del asunto y ha mostrado sus primeras evidencias y manifestaciones en un espacio o sector propio del *ius publicum*: el derecho penal. En este contexto material, la doctrina penalista se enzarzó en una interesante discusión acerca de si la dicción literal del recién derogado artículo 181 del Código Penal - "se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecutan sobre menores de 13 años" - albergaba una presunción *iuris et de iure* o por el contrario una presunción *iuris tantum*. Este debate adquirió su momento álgido tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil - de aplicación supletoria a los procesos penales por mor de su artículo 4¹²⁰⁵ -, cuyos numerales 385 y 386 prevén el régimen general de las presunciones legales y judiciales, y más concretamente, el punto tercero del primero de los aludidos preceptos, en cuanto estipula que "las presunciones establecidas por la ley admitirán prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba".

¹²⁰⁵ La mencionada disposición de la Ley de enjuiciamiento civil luce del siguiente tenor: "En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley".

Tal circunstancia llevó a algunos autores a defender que la presunción prevenida en el antiguo artículo 181 del Código Penal no ostentaba el carácter de *iuris et de iure*, y aunque en la generalidad de los casos lo normal sea entender que el menor de 13 años carezca de la capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para decidir de forma relevante en orden a la realización del acto sexual, tal aptitud podría concurrir excepcionalmente en él, aceptando entonces la trascendencia de la conducta ante la que se descubre, lo que implicaría considerar aquella presunción, en contra del pensamiento tradicional imperante en la materia, como *iuris tantum*, con la posibilidad implícita de probar el raciocinio y madurez del menor, y en definitiva, acudir en estos supuestos al arbitrio judicial.

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de mayo de 2006¹²⁰⁶, se pronunció sobre la posibilidad de llegar a admitir prueba en contrario con virtualidad legitimadora de la conducta de los sujetos menores de 13 años, manifestando a dichos efectos que esta opción obviamente debiera restar limitada a menores cuya edad estuviere muy próxima al tope legal indicado - los trece años -, y en ningún caso cabría la asimilación del consentimiento al hecho de la falta de oposición, dado que, de una parte, tal aceptación del menor no sería determinante de la licitud de la conducta, y de otra, si hubiera faltado la declaración de voluntad y la relación hubiera sido impuesta con violencia o intimidación, se aplicarían los tipos de la agresión sexual a menores de trece años - artículo 183 del Código Penal -. Esa evidencia en contrario, concluye el órgano jurisdiccional, debiera ir encaminada al análisis a posteriori de la capacidad del menor para expresarse en el ámbito sexual y

¹²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo núm. 476/2006, de 2 de mayo - RJ2006\3106 -, Fundamento Jurídico nº. 4º.

comprender y valorar adecuada y justamente el significado y alcance del acto que concluye¹²⁰⁷.

Esta tendencia argumentativa parece haber desaparecido junto con la mentada presunción del artículo 181 del Código Penal, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La nueva norma introduce un capítulo inédito en el Título VIII del Código Penal intitulado "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en el que se regulan de manera expresa "los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años" - artículos 183 y 183 bis -.

Una vez definida la noción de capacidad natural, caracterizados como conceptos jurídicos indeterminados los términos o locuciones en que ésta se ha exteriorizado, y constatada la posibilidad de incorporar en nuestro sistema una presunción *iuris tantum* de la misma, procedemos, por último, a trazar las líneas directrices que nos permitan identificar la relación existente entre esta institución jurídica y la de la capacidad de obrar.

De esta forma, poniendo en correlación ambas figuras, podemos convenir que de los requisitos imprescindibles para la existencia de la segunda de estas abstracciones legales, la aptitud de entender y querer es la condición más relevante y significativa, por ser propio de las personas físicas ultimar sus actos de forma consciente y libre. La capacidad natural, así entendida, se configura como el *substratum* básico de la

¹²⁰⁷ En el caso de autos, la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, al tratarse de un menor que en el momento de los hechos contaba con diez años de edad, llega a la conclusión que "pretender que un niño de aun 10 años tiene capacidad de determinación porque no se opuso - fue convencido - a la actuación del acusado, que contaba con 61 años, y que los actos que se describen en el relativo fáctico no tenían potencialidad para afectar y perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación del menor, resulta, cuanto menos, sencillamente inaceptable y no precisa de mayores comentarios y argumentaciones" - Fundamento jurídico nº. 4 *in fine* -.

capacidad de obrar y, por tanto, de toda actuación válida en derecho¹²⁰⁸. Esta es, *ad exemplum*, la tendencia seguida por el Código civil de Cataluña, que de acuerdo con su artículo 211-3 entiende que la "capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural".

Una aproximación de esta índole a la categoría de la capacidad natural, nos conduce inexorablemente a la necesidad de tener que apuntar la distinción existente entre las nociones de aptitud de entender y facultad de querer. La primera, conocida también como *competencia intelectual*, conlleva una simbolización anticipada del acto u omisión que el sujeto pretenda concluir. Una persona reúne tal facultad cuando posee el suficiente raciocinio para comprender tanto la entidad del acto que ejecuta como sus posibles consecuencias, además de valorar, adecuadamente, su repercusión social. En suma, diremos que un sujeto es capaz de *discernir* cuando aglutina las condiciones necesarias para representarse mentalmente un evento y reconocer, al igual que valorar, los efectos generados por su propia conducta¹²⁰⁹.

La segunda, la aptitud de querer - capacidad volitiva - opera en función y en dependencia de la noción anterior e implica que el individuo es perfectamente apto para determinarse de forma autónoma, resistiéndose a los simples impulsos irracionales que le empujen a actuar en un determinado sentido. Es la habilidad de dirigir la voluntad conforme a la particular comprensión de las cosas y de comportarse en consecuencia. Esta facultad suele también identificarse con el libre

¹²⁰⁸ **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**, op. cit. pág. 37.

¹²⁰⁹ Para **Sánchez-Caro, Javier** y **Abellán, Fernando**: Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Granada, 2003, Ed. Comares, pág. 56, conviene significar, no obstante, que los criterios legales utilizados tradicionalmente en España para, desde un punto de vista forense, evaluar la capacidad penal o la capacidad civil de un individuo son los siguientes: 1) Criterio cognitivo: que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos; 2) Criterio volitivo: que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.

arbitrio. A resultas de ello, la persona que actúa es independiente porque su conducta es voluntaria y ello se manifiesta en dos planos sucesivos y concomitantes entre sí: el poder o no actuar - libertad de ejercicio - y, el llevar a cabo una u otra intervención - libertad de especificación -¹²¹⁰.

3.2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES

La segunda de las fuentes genéricas de limitación de la capacidad de actuación autónoma de los menores no emancipados, a las que DE CASTRO hace mención en su obra, se centra en el hecho o la circunstancia de que éstos se hallan sujetos a las instituciones privadas de protección a la infancia y la adolescencia, es decir, a la responsabilidad parental o, en su caso, a la tutela. Ambas figuras se advierten por nuestro ordenamiento jurídico como los principales instrumentos o mecanismos de heteroprotección de las personas cuya finalidad esencial es procurar el desarrollo de la personalidad de los individuos para que, adquiriendo las necesarias condiciones de madurez, puedan hacer efectiva su autoprotección¹²¹¹.

Esta vicisitud implica o comporta que los menores no emancipados, por regla general, están representados legalmente por sus progenitores o, en su defecto, por sus tutores, reduciéndose con ello el ámbito o margen de intervención individual que el ordenamiento jurídico les tiene reservado. En idéntica situación, asimilados a los anteriores, se hallarían aquellos niños, niñas o adolescentes que, de manera subsidiaria, estuvieran bajo el amparo de la Administración, más concretamente del

¹²¹⁰ **López Sánchez, Cristina**: La responsabilidad civil del menor. Madrid, 2001, Ed. Dykinson, págs. 222-224 y **Gómez Calle, Esther**: La responsabilidad civil de los padres. Madrid, 1992, Ed. Montecorvo, págs. 24-25.

¹²¹¹ **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**: La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, pág. 19.

organismo público competente en materia de protección a la infancia y la adolescencia, consecuencia de la imposibilidad o incapacidad de sus parientes de poder atenderlos de una manera adecuada.

La potestad del padre y la madre, así como las facultades irrogadas al tutor, originan un deber de respeto y de obediencia en la figura del *minor* - artículos 155 y 216 del Código civil español y artículos 236-17.3 y 222-36.2 del Código civil de Cataluña -; pero, a diferencia de la *potestas* romana y conforme a la concepción moderna de esta institución, la autoridad sobre la persona del menor de edad ni es ilimitada ni puede mantenerse estática a lo largo de todo el periodo de tiempo durante el cual tiene lugar su evolución y crecimiento. Sus funciones, además, se encuentran relativizadas y mediatizadas por su finalidad primaria, que no es otra que la de responder directa y exclusivamente al provecho, interés y guarda de la persona y patrimonio del menor de edad. Por consiguiente, la personalidad del sujeto no queda absorbida, sustituida o desplazada, por entero, por la de su representante legal. Tal y como se encargó de avanzarnos el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de marzo de 1909, las facultades que ostentan los progenitores con relación a sus hijos "no pueden llegar a anonadar la identidad de éstos"¹²¹².

En suma, una interpretación excesivamente paternalista y porque no decirlo retrógrada de este dispositivo representativo, puede llegar a suponer, en esencia, una clara restricción de la capacidad de actuación autónoma de los sujetos, tanto que el menor de edad se verá impedido para interactuar en sus propios asuntos, debiendo ser otro quien, con plena eficacia, deba gobernarlos en su nombre - criterio Kantiano de la heteronomía de la voluntad -. El empleo de esta técnica o mecanismo de sustitución de la *capacitas* parece ser ajustado durante los primeros años de la vida

¹²¹² Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1909.

de un ser humano, en los que carece de las condiciones básicas mínimas que le permitan autogobernarse por sí mismo; pero resulta, en ocasiones, de una intensidad excesiva para aquellas etapas de su desarrollo en las que pueda ya desenvolverse - con mayor o menor nitidez- con cierto margen de maniobra, aunque su falta de experiencia aconsejen, en todo caso, la presencia de un sistema de atención apropiado a los diversos estados por los que transita toda persona durante su proceso de crecimiento.

Esa adecuación, a la que hacíamos referencia en el párrafo anterior, debe operarse en un doble sentido: permitiendo y facilitando, de un lado, una intervención del menor de edad más acorde con su aptitud de entender y querer en todas aquellas cuestiones que le afecten, denostando, en cierta medida, el método monopolístico de circunscribirlo todo a un criterio meramente cronológico; y sirviendo, de otro, como medio o mecanismo para adquirir la pericia o destrezas de las que, en un momento determinado, pueda llegar a adolecer¹²¹³. A estos efectos, y dando respuesta a esa dualidad de objetivos, podríamos traer nuevamente a colación, por el papel determinante que cabría atribuirle, nuestra propuesta de *lege ferenda* favorable a la incorporación en nuestras normas civiles de una cláusula general de presunción *iuris tantum* de madurez o suficiente juicio, una vez alcanzada una edad predeterminada.

¹²¹³ Para **Gete-Alonso y Calera, María del Carmen**: "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana" en Indret, Revista para el análisis del Derecho, núm. 1, 2005, pág. 11, el poder autónomo del menor, en cualquier ámbito, coexiste siempre con la potestad a que está sujeto, que no elimina o extingue. La atribución de poder al menor para que tome decisiones implica que sea él el único legitimado, pero se efectúa en el seno de la relación de potestad, teniendo en cuenta que esta se mantiene vigente.

3.2.1. El artículo 162 del Código civil de 1889: ámbito de extensión y precedentes

El artículo 162 del Código civil, piedra angular en la materia que estamos tratando, dispone, como regla general, en su primer párrafo que "los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados"¹²¹⁴. De resultas de la parquedad expresiva que caracteriza a este precepto, en su redacción ofrecida tras la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, nos es posible sostener que el poder de representación comprende o agrupa todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo aquellas que se encuentran expresamente exceptuadas¹²¹⁵. Por tanto, esta legitimación *ex lege* les confiere las más amplias

¹²¹⁴ Similar declaración contiene el artículo 267 del Código civil, circunscrito, eso sí al ámbito de la tutela. Dicho precepto se pronuncia del siguiente tenor: "El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación". Tampoco debiera presentar dudas el caso de la representación legal por los padres o el tutor del hijo menor desaparecido, pues el artículo 181 del Código civil excluye de la necesidad de nombrar defensor que ampare y represente al desaparecido los casos en que éste estuviese legítimamente representado.

¹²¹⁵ En la propuesta de modificación del Código civil en materia, entre otras, de patria potestad, que **Castán Vázquez, José María**: "Comentarios al artículo 162 del Código civil español" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo III, Vol. II. Madrid, 1986, Ed. Edersa, pág. 4, presentó a la Comisión General de Codificación se incluyó entre las funciones de los padres respecto de sus hijos no emancipados "el deber de representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho, y, en general, en todos los actos civiles". Por su parte, en la proposición presentada por Díez-Picazo se decía que "esta representación comprende el ejercicio de todos los derechos y el cumplimiento de todas las obligaciones del hijo, así como la celebración de actos y contratos que sean precisos para la defensa de sus bienes e intereses". En el Proyecto de Ley de 1978 se recogió con algún retoque el texto sugerido por Díez-Picazo. Vid en este sentido **Castán Vázquez, José María**, op. cit. pág. 4. Sin embargo, posteriormente, el Proyecto de 1979 se limitó a referirse a "todos sus actos y acciones" - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 324 -.

En la enmienda número 492, firmada por el diputado Óscar Alzaga, se propuso al respecto sustituir el término "actos" por el de "derechos". Esta modificación fue recogida por el Informe de la Ponencia - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I-3, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/14 --. Sin embargo, desapareció ulteriormente en el Dictamen de la Comisión de los Diputados, y así fue como pasó al Senado - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-II, de 1 de diciembre de 1980, pág. 248/55 -. Allí fue formulada la enmienda número 52 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, que proponía añadir al sustantivo "actos" el adjetivo "jurídicos", asimismo también consideraba más correcto referirse a los padres que efectivamente "ostenten la

prerrogativas para actuar en nombre de los hijos tanto en la esfera personal como en el ámbito patrimonial¹²¹⁶. Una clara muestra de esta amplitud nos la ofrece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 1989, que especifica que "no es la extensión de la representación legal como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa"¹²¹⁷.

A una solución o lectura similar se había llegado antes de la reforma de 1981, a pesar del tenor literal del entonces vigente artículo 155 del Código civil - precedente del actual 162 -, que en su formulación originaria circunscribía el ámbito de intervención de la representación legal de los progenitores a "las acciones que pudieran redundar en provecho del menor"¹²¹⁸.

patria potestad" - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 154 (c), de 24 de febrero de 1981, págs. 58-59 -. Finalmente, en el Informe de la Ponencia fue eliminada toda mención a los "actos jurídicos y a las acciones" - Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 154 (d), de 24 de marzo de 1981, pág. 131-. Y de esta forma pasó al texto de la redacción definitiva.

¹²¹⁶ **Montés Penadés, Vicente L.:** "Comentario al artículo 162 del Código civil español" en Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Volumen II. Madrid, 1984, Ed. Tecnos, pág. 1084. También, en idéntico sentido **Ballesteros de los Ríos, María:** "Comentario al artículo 162 del Código civil español" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.):** Comentarios al Código civil. Pamplona, 2ª edición, 2006, Ed. Aranzadi, pág. 302.

¹²¹⁷ Fundamento de derecho segundo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 3 de marzo de 1989 - RJ 1989\2380 -. En este recurso se debatió en torno a la capacidad de dos menores de dieciséis y diecisiete años de edad, respectivamente, para aceptar una donación simple hecha a su favor.

¹²¹⁸ **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís:** La representación en el Derecho Privado. Madrid, 1979, Ed. Civitas, págs. 285-286, califica la construcción legal recogida en el artículo 155 del Código civil - el que sería a la postre el antecedente del actual artículo 162 - como de no demasiado feliz, pues parece limitar la representación legal de los padres al campo puramente procesal - "ejercicio de acciones" - y, además, parece condicionarla en orden a un resultado beneficioso para el hijo - "que pueda redundar en su provecho" -, cuando resulta evidente que la representación se extiende a cualesquiera tipo de actos y de negocios jurídicos y que se produce tanto si el resultado es beneficioso como si es adverso. No obstante, concluye el autor, la fórmula legal, hay que entender, por consiguiente, que se trata de una representación general. En idéntica línea se sitúan **Uribe Sorribes, Antonio:** "La representación de los hijos" en Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXV, 1983, pág. 244, **Yzquierdo Tolsada, Mariano:** "La patria potestad" en **Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (Dirs.):** Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia. Cizur Menor, 2011, Ed.

3.2.2. Excepciones a la representación legal. Los actos relativos a los derechos de la personalidad de los/as hijos/as menores de edad

Fijada la regla general relativa a la extensión y amplitud de la representación legal que los progenitores ostentan sobre sus hijos menores no emancipados o, en su caso, tutores sobre sus pupilos, procedemos, a continuación, al estudio pormenorizado de las excepciones que la propia Ley contempla como circunstancias en las que estos legítimos representantes no actuarán en sustitución o en lugar de sus hijos menores de edad¹²¹⁹. En concreto, centraremos nuestra atención, en el primero de los supuestos descritos en el párrafo segundo del artículo 162 del Código civil, que viene a excluir del ámbito de extensión de la potestad los "actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo"¹²²⁰.

El examen minucioso y exhaustivo de este mandato legal nos servirá para identificar los sectores en los que las personas menores de edad no emancipadas son reconocidas como sujetos con plenos poderes de intervención autónoma. Tal contingencia, unida a la exégesis del artículo 1.263 del Código civil y al principio de la interpretación restringida de los límites a la capacidad de obrar de los menores de edad, prevista en el artículo 2 apartado segundo de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, nos ofrecerán el marco idóneo sobre el cual

Thomson Reuters, págs. 101-102, y **Castán Vázquez, José María**, op. cit. pág. 2, quien adjetiva el enunciado previsto en el antiguo artículo 155 del Código civil de "estrecho".

¹²¹⁹ Gran parte de la doctrina estima que esta representación debe considerarse extensiva al *nasciturus*, no sólo por lo dispuesto en el artículo 29 del Código civil, sino en cuanto que el artículo 627 del propio cuerpo normativo autoriza para aceptar las donaciones hechas a los concebidos no nacidos a "las personas que legítimamente los representarían, si se hubiere verificado ya su nacimiento".

¹²²⁰ **Albácar López, José Luis y Martín-Granizo Fernández, Mariano**: Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I. Volumen II - artículos 90 a 332 del Código civil -. Madrid, 1995, Ed. Trivium, pág. 1591, estructuran el artículo 162 del Código civil en una regla general y tres excepciones.

asentar una presunción de capacidad o aptitud de actuación de los niños, niñas y adolescentes fundamentada en su raciocinio y madurez.

Este respeto a la personalidad del hijo tiene también su manifestación en lo dispuesto en el artículo 157 del Código civil, según el cual "el menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor". Esta norma se refiere, como es evidente, a un menor no emancipado, sujeto, por tanto, a la responsabilidad parental de sus progenitores, que tenga descendencia, cuyo hijo necesariamente, además, sea extramatrimonial o, más concretamente, de progenitor menor soltero, pues si éste fuera casado ya no sería menor no emancipado, sino emancipado por matrimonio *ex* artículo 314.2º del Código civil. Ante tal tesitura, el ejercicio de la potestad sobre la prole del menor no emancipado corresponderá a sus propios progenitores, que serán sus representantes legales - aunque éstos se hallen a su vez sometidos a la potestad de los suyos - si bien con la asistencia o complemento de capacidad de sus padres, que en esta materia no ostentarán su representación *ex lege*.

Desde los primeros trabajos prelegislativos para la reforma de la figura de la patria potestad, cuya regulación originaria se encontraba prevista, tal y como hemos apuntado, en el artículo 155 del Código civil, se pensó incorporar en el nuevo articulado alguna referencia a las eventualidades que acotan la regla de que los hijos son representados por los padres. Una mención de esta naturaleza no se hallaba inserta en el texto originario del Código civil y había sido largamente demandada por la doctrina científica. Tanto es así, que en la propuesta de modificación del texto del Código civil presentada por DÍEZ-PICAZO, en abril de 1978, al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación, ya se contemplaba la excepción aludida, pues se entendían excluidos del poder de representación paterno "los

derechos de la personalidad que el hijo esté en situación de ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez"¹²²¹.

El texto sugerido por tan significado jurista fue el recogido inicialmente en los proyectos de revisión de la normativa civil en la materia de los años 1978 y 1979¹²²². El consiguiente *iter* legislativo proseguido por la disposición en cuestión, fue moldeando su contenido original hasta alcanzar su versión definitiva del año 1981.

Concretamente, la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Coalición Democrática, la número 149, proponía la adición de un cuarto epígrafe al precepto de forma que quedasen también descartados "aquellos - actos - para los que legalmente estén capacitados - los menores -"; la número 492, firmada por el diputado Óscar Alzaga - Grupo Centrista - abogaba, por su parte, para que el ordinal cifrado con el número uno se pronunciara en el siguiente tenor: "los relativos a los derechos de la personalidad u otros que puedan realizar por sí mismos de acuerdo con las leyes". En el Informe de la Ponencia fue rechazada la primera de las enmiendas y aceptada parcialmente la segunda, de forma que el texto del punto primero quedó de la siguiente forma "los relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo deba realizar por sí mismo, de acuerdo con las leyes o con sus condiciones de madurez"¹²²³. Posteriormente, en el Dictamen de la Comisión de los Diputados se sustituyó el término "deba" por "pueda"¹²²⁴. Así pasó el documento al Senado, donde la enmienda número 52, del Grupo Parlamentario de

¹²²¹ Castán Vázquez, José María, op. cit. pág. 4.

¹²²² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, págs. 318 y 324.

¹²²³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I-3, de 22 de mayo de 1980, pág. 348/14.

¹²²⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-II, de 1 de diciembre de 1980, pág. 248/55.

Unión de Centro Democrático, propuso el texto¹²²⁵ que a la postre, recogido por la Ponencia en su Informe, fundamentó básicamente su versión definitiva¹²²⁶. Los principales cambios introducidos pueden subsumirse en dos: en primer lugar, se adelanta en el texto del apartado uno el inciso "de acuerdo con las leyes", por entender que, con ello, se gana en exactitud; en segundo término, se sustituye la conjunción "o" por "y", ya que siendo su función copulativa y no disyuntiva, queda de este modo más claramente expresada.

Tras efectuar este breve recorrido por el iter parlamentario que superó el actual redactado del artículo 162 del Código civil, fruto de la reforma operada en el texto de la citada norma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, que debiera facilitarnos la comprensión del verdadero sentido y significado que esconden sus confusas palabras, nos hallamos ahora, en predisposición de proyectar nuestra atención en tratar de identificar cuáles son los principales aspectos que caracterizan el contenido del precepto¹²²⁷. Ante tal tesitura, ciertos sectores de la doctrina abogan por entender que en la conformación de la excepción prevista en el párrafo segundo del artículo 162 del Código civil se han entremezclado dos órdenes

¹²²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 154 (c), de 24 de febrero de 1981, págs. 58-59.

¹²²⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie II, núm. 154 (d), de 24 de marzo de 1981, pág. 131.

¹²²⁷ Al analizar el contenido del artículo 162 del Código civil español, en particular la excepción a la representación legal de los progenitores en el ejercicio de los actos relativos a los derechos de la personalidad, una de las primeras cosas que llaman la atención es la ausencia de tal restricción en el artículo 267 del propio texto normativo, precepto correlativo al anterior en el ámbito de la tutela. Para **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. págs. 43-44, esta discrepancia obedece a un simple descuido del legislador debido al distinto momento de redacción de una y otra disposición. Ya que mientras la redacción actual del artículo 162 fue obra 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; la composición del artículo 267 procede de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela. Tal circunstancia, por el contrario, no se reproduce en el Código civil de Cataluña, donde la citada limitación a la representación legal aparece tanto en el ámbito de la responsabilidad parental - artículo 236-18.2 - como en el de la tutela - artículo 222-47.2 -.

conceptuales distintos: por una parte, los actos relativos a derechos de la personalidad y otro tipo de acciones y, de otra, las referencias a las leyes y a las condiciones de madurez¹²²⁸.

El análisis de los antecedentes - fundamentalmente el texto propuesto por Díez-Picazo y los Proyectos de Ley de los años 1978 y 1979 - han conducido a un grupo de autores a entender que las condiciones de madurez deben interrelacionarse con los derechos de la personalidad, mientras que la mención a las Leyes ha de ponerse en correspondencia con ese otro tipo de actos¹²²⁹. Así, pues, de acuerdo con esta orientación, en el número 1 del artículo 162 del Código civil se recogen, realmente, dos excepciones¹²³⁰: una de carácter relativo, ya que habrá que valorar las aptitudes de raciocinio del menor, aplicable a los "derechos de la personalidad que el hijo está en situación de ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez"¹²³¹; y, una segunda de naturaleza absoluta, centrada en aquellos otros actos que el hijo, de

¹²²⁸ **Montés Penadés, Vicente Luis**, op. cit. págs. 1085-1086.

¹²²⁹ Vid. en este sentido **Montes Penadés, Vicente**, *Ibidem* y **Prada González (de), José María**: "La patria potestad tras la reforma del Código civil" en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXV, 1983, pág. 392.

¹²³⁰ **Uribe Sorribes, Antonio**: "La representación de los hijos" en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*. Tomo XXV, 1983, págs. 261-262. También se pronuncian en este sentido **Lacruz Berdejo, José Luis**: *Elementos del Derecho Civil*. Tomo I, volumen 2. Parte general. Personas. Madrid, 2002, Ed. Dykinson, pág. 129; **Sevilla Bujalance, Juan Luis**: "Derecho a la vida y libertad de conciencia de los menores. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio 2003, pág. 560; y **Santos Morón, María José**: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en *La Ley*, núm. 5675, 2002, pág. 7.

¹²³¹ De acuerdo con esta opinión **Jordano Fraga, Francisco**: "La capacidad general del menor" en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, 1984, pág. 893. Sin embargo, el mismo autor muestra su disconformidad con que las "condiciones de madurez" se refieran sólo a los derechos de la personalidad y que, por tanto, en el artículo 162.1 del Código civil se contemplen sólo dos planos: derechos de la personalidad del menor y capacidades especiales legalmente reconocidas. En línea similar se pronuncian **Albácar López, José Luis** y **Martín-Granizo Fernández, Mariano**, op. cit. pág. 1592.

acuerdo con las leyes, pueda realizar de manera autónoma, lo que implica una remisión a lo que otros preceptos puedan establecer¹²³².

Aún estando conformes, *favor amplianda*, con este principio de ligar los derechos de la personalidad con las referencias relativas a las condiciones de madurez, no compartimos, sin embargo, la idea de configurar esta correspondencia como una simple exclusión parcial a las potestades de representación legal que se reconocen a los progenitores sobre sus hijos menores no emancipados - ex artículo 162 del Código civil -. Por el contrario, defendemos que, en cuanto a los derechos personalísimos, la excepción a la representación legal presenta siempre un carácter categórico e ilimitado¹²³³. Dicho de otra forma, los derechos de la personalidad quedan, en todo caso, postergados de la representación *ex lege*; ya sea porque el menor reúne las condiciones de entendimiento y raciocinio suficientes para intervenir en primera persona, o, sin ostentar éste la capacidad natural mínima necesaria para el total y libre ejercicio de sus derechos, corresponda actuar a sus progenitores, no por representación legal, sino en cumplimiento de sus deberes de velar por el íntegro desarrollo de la personalidad del menor, dimanantes directamente de la misma institución de la potestad¹²³⁴.

¹²³² Por citar algunos ejemplos: artículos 124 - reconocimiento de hijo extramatrimonial -, 164.3 - actos de administración -, 443 - adquisición de la posesión -, 625 y 626 *a contrario* - aceptación de donaciones puras -, 663 - otorgamiento de testamento -, 1716 - actuación como mandatario -, todos ellos del Código civil español.

¹²³³ En contra, **Navarro Michel, Mónica**, op. cit. pág. 49, quien apunta que la excepción a la representación legal de los progenitores contenida en el artículo 162 del Código civil no tiene un carácter absoluto, sino relativo, no refiriéndose a un tipo de derechos globalmente considerados, sino sólo a aquellos actos de ejercicio que el menor de edad pueda realizar de manera autónoma.

¹²³⁴ Comparten esta idea **Rubio San Román, José Ignacio**: "De la representación legal de los hijos" en **Rams Albesa, Joaquín (Coord.)**: Comentarios al Código civil. Tomo II. Vol. 2º. Barcelona, 2000, Ed. Bosch S.A., págs. 1503-1504; **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís**: La representación en el Derecho privado. Madrid, 1979, Ed. Civitas, pág. 289; **Menéndez Mato, Juan Carlos**: "De la representación legal de los hijos. Artículos 162 y 163 del Código civil" en **Domínguez Luélmo, Andrés (Dir.)**: Comentarios al Código Civil. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 282-283; e **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 104, quien subraya que cuando el menor carece de capacidad natural, han de ser los padres quienes presten el consentimiento, pero ello no significa que vuelva a estar presente entonces la regla general de la representación legal - pues ésta no cabe cuando se trata de derechos de la personalidad - a modo de excepción

Otra posible interpretación, que no estimamos razonable por las consecuencias o resultados a que nos conduciría, sería la de entender que los derechos de la personalidad sólo quedarán excluidos de la representación legal de los progenitores cuando así esté previsto en las leyes y se reúnan, además, las condiciones de madurez necesarias, lo que en la práctica se traduciría, por lo limitado de la lectura y alcance del precepto, en una negación de la excepción analizada, sobre todo si se tiene en cuenta que, de forma generalizada, no existen en nuestro ordenamiento jurídico, dada la parquedad normativa característica de este ámbito, previsiones al estilo¹²³⁵.

Lo que finalmente parece extraerse en claro de este precepto, tras los arduos intentos de esclarecer su verdadero alcance y significado, es que en el ámbito de los derechos fundamentales o, según la terminología habitualmente empleada en materia civil, los derechos de la personalidad, se consagra o instaura la regla de la capacidad natural como principio inspirador del eficaz ejercicio de los mismos¹²³⁶. Procedimiento de

de la excepción. Más bien, finaliza el autor, parece que la actuación de los progenitores en estos casos responde a la obligación de velar por los hijos, que es, a la sazón, un deber derivado de la filiación, haya o no patria potestad.

¹²³⁵ En esta línea encontramos a **Prada González (de), José María**, op. cit. pág. 392, así como a **O'Callaghan, Xavier**: Código civil. Comentado y con jurisprudencia. Madrid, 2001, Ed. La Ley, pág. 246, quien considera que "los actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo", se refiere dos tipos de derechos: aquellos derechos personalísimos que no admiten representación y, por ello, o los hace el propio menor si puede jurídica - lo permite la ley - y físicamente - por sus condiciones de madurez -, o no los hace nadie; por otras parte, se refiere a aquellos derechos que puede realizar el menor por sí mismo, si necesidad de representación legal, como por ejemplo otorgar testamento a partir de los catorce años. Finalmente, hay autores, incluso, que sorprendentemente parecen olvidarse en sus comentarios del requisito de la suficiente capacidad. Entre ellos vid. **Serrano Alonso, Eduardo**: "Comentarios al artículo 162 del Código civil español" en **Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.)**: Comentario del Código civil. Tomo II. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A., pág. 465.

¹²³⁶ Sin intención de entrar en la polémica controversia sobre la relación existente entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales, por escapar del objeto de nuestro estudio, sí que podemos constatar que mientras que los derechos de la personalidad pueden ser considerados como la especie, los derechos fundamentales, en cambio, son vistos como el género. Así, entretanto los primeros son derechos fundamentales, bien por estar directamente constitucionalizados - por ejemplo el derecho a la vida, o el de asociación y reunión -, bien, indirectamente, por ser inherentes a la dignidad del individuo del artículo 10.1 de la Constitución española - el derecho al nombre -; existen derechos fundamentales de carácter sociopolítico que no son estrictamente derechos de la personalidad - derechos a la educación, a la salud -.

actuación que, años más tarde, vino a ser ratificado por el espíritu que inspira el redactado de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que como observa en su Exposición de Motivos, dictada a resultas de la ratificación por España en 1990 de la Convención sobre los Derechos del Niño, "la tendencia seguida en los países desarrollados es la del reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y la existencia de una capacidad progresiva para ejercerlos".

Aún reconociendo que la esencia dimanante de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es la apuntada en el párrafo anterior - y así lo manifiesta expresamente su Exposición de Motivos -, sorprende, sin embargo, como en el cuerpo de su articulado no se contiene pronunciamiento legal alguno sobre la capacidad o legitimación activa de los menores de edad para ejercitar por sí, y no través de persona interpuesta, los derechos que les han sido conferidos. Da la sensación, y así lo confirma la literalidad de un buen número de sus disposiciones, que el legislador ha optado por un discurso meramente programático - lo que en un lenguaje más coloquial identificaríamos con la expresión de "ser políticamente correcto" -, más preocupado por cuestiones de índole formal que no por ofrecernos un auténtico estatuto técnico de la minoridad. Ello provoca que sus grandilocuentes declaraciones de principios hayan permanecido en un primer nivel o estrato operativo, centrado única y exclusivamente en el reconocimiento de la titularidad de los derechos - función, por cierto, que con anterioridad ya habían desempeñado tanto la Constitución española de 1978 como la Convención sobre los Derechos del Niño -. No es de extrañar, pues, ante dicho panorama, que la redacción de sus mandatos se limite a adoptar la fórmula de "*los menores tienen derecho*", sin entrar a discernir a quién corresponde su cabal ejercicio.

A nuestro modo de entender, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, - siendo más precisos, su contenido sustantivo - debe leerse a la luz de lo estipulado con carácter general en el artículo 162 del Código civil, y a título más particular con las previsiones contenidas en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹²³⁷, puesto que se manifiestan ambas partidarias de reconocer al menor capacidad suficiente, siempre que sus condiciones de madurez así lo permitan, para ejercitar autónomamente, o al menos excluyendo la representación legal, los derechos inherentes a su persona.

Por consiguiente, las personas menores de edad pueden ejercitar por sí mismas, y no a través de sus legítimos representantes, esta clase de derechos siempre que posean el suficiente grado de discernimiento y madurez para comprender el significado, alcance y resultados del acto que interesan realizar y adoptar en consecuencia una decisión al efecto¹²³⁸. Esto implica que los representantes legales no pueden suplir la voluntad del menor de edad decidiendo en su lugar ni, en caso de desacuerdo o conflicto de intereses con la postura adoptada por el interesado, pueden imponerle una resolución contraria a su parecer.

Un ejemplo ilustrativo de lo apuntado se dio en el caso resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de julio de 2002¹²³⁹, por la que se concedió amparo a los padres de un menor, de 13 años de edad, condenados por la Sala de lo

¹²³⁷ El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, versa del siguiente modo: "el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil".

¹²³⁸ **Lacruz Berdejo, José Luís**, op. cit. pág. 129, estima que el goce de los más importantes derechos de personalidad - vida, libertad, integridad física y moral, honor, intimidad, propia imagen y nombre, entre otros - no requiere ninguna capacidad de obrar.

¹²³⁹ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, núm. 154/2002, de 18 de julio - RTC 2002\154 -.

penal del Tribunal Supremo como autores de un delito de homicidio por omisión - sentencias de 27 de junio de 1997¹²⁴⁰ - por la muerte de su hijo a causa de la tardía realización de una transfusión de sangre a la que reiteradamente se habían opuesto alegando motivos religiosos. Esta negativa fue planteada, y en ello radica lo excepcional del asunto, no tan solo por los progenitores del menor de edad, sino también directamente por este último¹²⁴¹.

Pues bien, tomando esta resolución del máximo intérprete del texto constitucional como punto de partida, y a pesar de no ser ésta la argumentación esgrimida por sus magistrados en el fallo, que optaron por centrarse en decidir si la obligación, derivada de la potestad, de preservar la salud del menor puede constituir un límite al derecho fundamental a la libertad religiosa de los progenitores¹²⁴², podríamos

¹²⁴⁰ Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, ambas de fecha de 27 de junio de 1997 y ambas con núm. 950/1997 - RJ 1997\4987. Un comentario a esta resolución del Tribunal Supremo la encontramos en **Gete-Alonso y Calera, M^a del Carmen**: "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997) en La Notaría, núms. 11-12, noviembre-diciembre de 1998, págs. 17-68.

¹²⁴¹ En este punto no compartimos los comentarios efectuados por **Corral García, Rosana**: "Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte" en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, núm. 8, 2004, pág. 987, quien estima que a los trece años no es posible casarse, ni disponer libremente de los bienes propios, pero sí es posible negarse a una transfusión sanguínea, aunque de ello resulte la propia muerte. Concluye la autora reconociendo que, a pesar de lo arriesgado de su afirmación, no resulta más que de una constatación y comprobación de lo establecido por el legislador español y de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional. Desde nuestro punto de vista, lo verdaderamente destacable en este trágico asunto es el reconocimiento implícito que el Alto Tribunal está realizando a la posibilidad de que una persona menor de edad, que presente suficiente entendimiento y raciocinio, con independencia de que tenga trece, catorce o los años que sea, pueda ejercitar sus derechos de la personalidad, dando con ello cumplimiento a las previsiones del artículo 162 del Código civil. En definitiva, no es que una persona, cumplidos los trece años, tal y como afirma Corral García, pueda oponerse a una transfusión, sino que se tendrá que valorar caso por caso atendiendo al concepto jurídico relativo e indeterminado de la capacidad natural. En cambio, se muestran acordes con nuestra opinión **López Bofill, Héctor**: "Transfusiones, menores y Testigos de Jehová. La libertad religiosa en un caso extremo (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. III, 2003, págs. 753-758; y **López Castillo, Antonio**: La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. Cizur Menor, 2002, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, pág. 78.

¹²⁴² Ello venía propiciado por el hecho de que la demanda de amparo ante el Alto Tribunal se había planteado aduciendo la vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, es decir, de los padres del menor fallecido - artículo 16 C.E. -.

plantearnos la hipótesis de qué hubiera acaecido si en el presente caso, como parece denotarse de los propios hechos que se declaran probados, se alcanzara la convicción de que el menor en cuestión ostentaba suficiente capacidad para decidir por sí mismo¹²⁴³.

De darse esta tesitura, estimamos que tanto los progenitores como el equipo médico que trató al menor de trece años hubieran tenido que respetar su voluntad. Tal circunstancia, hubiera significado la imposibilidad de poder exigir a los padres la emisión de una autorización que aceptara el tratamiento clínico rechazado por el menor o que le convencieran para que lo admitiera. Pero no porque con ello pudieran verse contrariadas, en su caso, sus creencias religiosas, como sostuvo en el supuesto de autos la sentencia del Tribunal Constitucional, sino porque de reunir el hijo suficiente entendimiento y madurez para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad - en el presente caso en el ámbito sanitario -, los titulares de la patria potestad no estarían facultados para intervenir¹²⁴⁴.

¹²⁴³ No podemos pasar por alto que en el momento en que se produjeron los hechos todavía no estaba vigente 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 el contrario, la normativa aplicable era la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

¹²⁴⁴ De acuerdo con este parecer **Álvarez Prieto, Luís**: "Breves acotaciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová" en Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 1, enero 2003, pág. 4, al sostener que el menor es titular de un derecho a la libertad religiosa, en cuanto el artículo 16.1 de la Constitución española acoge y reconoce el derecho a ser titular de la libertad religiosa a los "individuos y a las comunidades", y además por aplicación del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, que reconoce el derecho a "toda persona". Dentro del concepto individuo y persona debe encajarse a los menores. También la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 14 determina que el niño tiene derecho a la "libertad de pensamiento, conciencia y religión". Por otro lado, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección del menor, prohíbe la discriminación de los menores por razón de religión; y reconoce explícitamente el derecho de éstos a la libertad de ideología, conciencia y religión.

Lo más curioso del tema es que los magistrados del Tribunal Constitucional no se atrevieron a sostener abiertamente que el menor presentaba suficiente juicio y raciocinio para ejercitar sus derechos a la integridad física - artículo 15 de la Constitución española - y a la libertad religiosa - artículo 16 de la Constitución española -. Por el contrario, subrayaron que "no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de 13 años de edad, tuviera, la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa" - Fundamento jurídico décimo -. Tal afirmación nos llama poderosamente la atención pues, acto seguido, la resolución prosigue afirmando, en absoluta contradicción con lo esgrimido hasta el momento, que no obstante lo expresado, "la reacción del menor a los intentos de actuación médica pone de manifiesto que había en aquél unas convicciones y una consciencia en la decisión por él asumida que, sin duda, no podían ser desconocidas ni por sus padres, a la hora de dar respuesta a los requerimientos posteriores que les fueron hechos, ni por la autoridad judicial, a la hora de valorar la exigibilidad de la conducta de colaboración que se les pedía a éstos" - Fundamento jurídico décimo -.

Cabe añadir, además, que el comportamiento seguido por parte del personal sanitario demuestra bien a las claras que los propios médicos coincidían en tal valoración. La resistencia del menor fue tan contundente que según los términos de la propia sentencia, "el personal sanitario, a pesar de contar con la correspondiente autorización judicial, no consideró ético ni medicamente correcto llevar a cabo la intervención, ni siquiera empleando métodos indirectos como la sedación" - Antecedente de hecho segundo, apartado b) -.

En conclusión, pues, resulta evidente que a pesar de que el Tribunal Constitucional consideró determinante para la resolución del caso de autos la actitud mantenida por el menor, que, en palabras del propio órgano sentenciador, era perfectamente

consciente de las consecuencias de la decisión que adoptaba, no se atrevió, como hubiera sido oportuno, a afirmar que éste tenía la suficiente capacidad natural para proceder al ejercicio autónomo de sus derechos a la integridad física y a la libertad religiosa¹²⁴⁵.

Amén de la mención que efectuamos a esos dos derechos fundamentales, no queremos perder la ocasión de señalar que en gran número de los acalorados debates que se suscitaron a resultas del susodicho asunto en la doctrina española, la controversia se centró única y exclusivamente en discernir cuál de los dos derechos en disputa era el que debía primar - el derecho a la integridad física o a la libertad religiosa -¹²⁴⁶, pasando por alto u obviando la que consideramos como la verdadera o crucial cuestión a resolver, que no es otra que la determinación de si una persona menor de edad no emancipada, que presenta un grado suficiente de intelecto y reflexión, puede decidir por sí, al encontrarnos ante el ejercicio de un derecho de la personalidad - artículo 162 del Código civil -, no someterse a un específico tratamiento médico, no entrando o quedando excluido el ámbito de la representación legal de sus progenitores, o en su defecto de su tutor. Cuestión distinta, una vez

¹²⁴⁵ Para un estudio más pormenorizado de esta sentencia vid. **Santos Morón, María José**: "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en *La Ley*, núm. 5675, 2002, págs. 1-7; **Sevilla Bujalance, Juan Luís**, op. cit. págs. 557-562; y **Triviño Caballero, Rosana**: "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en *Revista para el análisis del derecho*, Indret, julio 2010, págs. 1-32. Por su parte, **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**, op. cit. págs. 42 y 43, utiliza este asunto para constatar la existencia de una disociación en la teoría general de la capacidad de obrar del menor, según nos movamos en la esfera del Derecho público o del privado, traducida en una mayor capacidad en el ámbito público, llegándose, según dicho autor, a la paradoja del reconocimiento por el Tribunal Constitucional, si bien de forma indirecta, del derecho de un menor con trece años a decidir sobre su salud, sujeto que, en cambio, no podría disponer autónomamente sobre su patrimonio. Por último, **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 105, refiriéndose a este caso, apunta que el niño, con plena capacidad para hacerlo, había ejercitado su derecho y eso era suficiente.

¹²⁴⁶ Un claro ejemplo de lo apuntado podemos encontrarlo en los escritos de **Corral García, Rosana**, op. cit. págs. 987- 993; o en el texto de **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en *Revista La Ley*, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1531.

solventado este primer interrogante, sería, ahora sí, entrar a valorar el posible conflicto existente entre los dos derechos fundamentales en liza.

También la Dirección General de los Registros y del Notariado, en resolución de 15 de abril de 2000, admitió la legitimación de una adolescente de dieciséis años para incoar el expediente de cambio de nombre propio - Sandra le impusieron sus padres, y solicita su cambio por el de Alessandra porque es el que usa -, a pesar de la oposición de sus progenitores¹²⁴⁷. Esta cuestión - apunta el dictamen - " ha de resolverse sobre la base de que los actos relativos a derechos de la personalidad están excluidos del ámbito de la representación legal de los padres - artículo 162.1 del Código civil - y de que el derecho al nombre forma parte integrante, sin duda alguna, de los derechos de la personalidad, de modo que no hay obstáculo para que una persona de dieciséis años de edad pueda promover el expediente de cambio de su nombre propio, una vez que, conforme a su edad, haya alcanzado las condiciones de madurez necesarias. Esta conclusión, que se deduce del texto del precepto citado, se ve reforzada porque, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores han de interpretarse de forma restrictiva"¹²⁴⁸.

¹²⁴⁷ Un caso similar se dio en la resolución de la **Dirección General de los Registros y del Notariado** de 22 de abril de 1995 - Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1746, pág. 3336 - en la que se autoriza a una menor no emancipada de 16 años a solicitar la conservación del apellido materno en primer lugar, tras un reconocimiento paterno de la filiación no matrimonial. En este supuesto la resolución concluye que "no ha de importar que la petición la haya formulado la propia hija, de 16 años, puesto que el cambio de apellidos - materia tan íntimamente ligada a la persona y a su identificación - ha de entenderse comprendido en la excepción contenida en el artículo 162-1º del Código civil, que excluye de la representación legal que corresponde a los titulares de la patria potestad sobre hijos menores no emancipados los actos relativos al derecho de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo". También en la misma línea vid. resoluciones de la **Dirección General de los Registros y del Notariado** de 12 de diciembre de 1989 - RJ\1989\9854 - y de 3 de noviembre de 1993 - RJ\1993\9192 -.

¹²⁴⁸ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1871, pág. 1871.

Lo apuntado, no obstante, no debe interpretarse en un sentido radical y absoluto, entendiendo que el menor no emancipado realizará por sí sólo y en todos los casos los actos relativos a los derechos de la personalidad. Lo único, pero muy importante, que hace el artículo 162-1º del Código civil, tal y como puede constatarse en los dos ejemplos analizados, es excluir la representación legal, pero de ninguna de las maneras se descarta la posibilidad de que ante determinadas actuaciones del menor, en la esfera de sus derechos de la personalidad, se precise el asentimiento de sus guardadores o incluso la intervención de autoridad externa a la familia, sin que ello signifique contrariar lo estipulado en la disposición de referencia¹²⁴⁹. Así, mientras en la representación legal el poder genuino que acompaña al representante se cristaliza en su facultad de sustituir por completo al representado, en la función de asistencia; por el contrario, el autor del acto o del negocio jurídico - en nuestro caso, el menor no emancipado - es el propio sujeto titular de los intereses y el que le secunda - los progenitores, o en su defecto el tutor - se limita a concurrir con él emitiendo una declaración adicional que salva el defecto o la limitación de la capacidad.

Por tanto, el menor puede, en función de su grado de madurez, ejercitar sus derechos personales, si bien éstos por definición, no son absolutos, sino que vienen limitados y orientados en su ejercicio por determinados principios y valores socialmente aceptados. Además, como afirma el máximo intérprete constitucional, tal exclusión de la representación legal no alcanza al deber de velar por ellos, cuidarlos y defender sus intereses. La sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo,

¹²⁴⁹ En este mismo sentido se pronuncian **Lacruz Berdejo, José Luís**, op. cit. pág. 129 y **Díez- Picazo y Ponce de León, Luís**: La representación en el Derecho Privado. Madrid, 1979, Ed. Civitas, pág. 286, quienes manifiestan que en el ámbito o esfera de los derechos de la personalidad, parece que en ningún caso pueden el padre o la madre que ejercen la patria potestad operar sin consentimiento del hijo y que en esta esfera su función es la de puro complemento o asistencia de capacidad.

resume a la perfección todo lo apuntado en relación al estatuto del menor de edad como titular de sus derechos fundamentales:

"Desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución española los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (artículos 162.1, 322 y 323 del Código civil o el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar porque el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el superior del niño.

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el *interés superior* de los menores de edad"¹²⁵⁰.

¹²⁵⁰ Fundamento de Derecho quinto de la **sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo** - RTC\2000\141-. El Recurso de Amparo que resuelve, tiene su origen en la demanda de separación

A modo de síntesis, el menor de edad es titular pleno de tales derechos, cuya puesta en acción le está, además, conferida, lo cual no presupone que los titulares de la potestad no deban intervenir, puntualmente, en la toma de ciertas decisiones, pero su incidencia debe modularse en función de la madurez del menor, su personalidad y los intereses que pudieren verse afectados, teniendo siempre primacía y superioridad los del propio menor¹²⁵¹. De este modo, los poderes públicos deben velar para que esta función de los progenitores no se oriente en beneficio de otros intereses - que pueden ser lícitos y respetables - pero que han de ceder ante aquéllos¹²⁵².

Por último, apuntada ya la pauta interpretativa de la regla contenida en el número 1 del artículo 162 del Código civil, proclive a reputar la suficiencia de la capacidad natural para el ejercicio de los derechos de la personalidad, se nos plantea la duda de si los titulares de la potestad, o en su defecto los tutores, en virtud de la representación legal que tienen atribuida *ex* artículo 162 del propio texto normativo, pueden ejercer por representación los derechos fundamentales de los menores no emancipados que, por carecer de intelecto y raciocinio suficientes, no puedan desempeñarlos de forma autónoma o asistidos por sus representantes. Es decir, si al

matrimonial contenciosa que Doña Carmen G.R. formuló contra Don Pedro C. C. - recurrente en amparo -, en la que entre otros extremos señalaba que desde la incorporación de su esposo al denominado "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España", el señor C. había hecho dejación de sus obligaciones familiares, presionado a su esposa para que se adhiriera a dicha organización, condicionado las relaciones íntimas de la pareja a los preceptos de la mentada organización e incluso abandonando el hogar conyugal para residir en otra vivienda. Entre las medidas solicitadas se interesaba la restricción del régimen de visitas del señor C. a los dos hijos habidos en el matrimonio, ambos menores de edad (de cinco y doce años), como consecuencia de su pertenencia al citado movimiento y por el proselitismo de su ideario tanto para con su esposa como para con sus hijos, resultando conveniente, se seguía diciendo en la demanda de separación, "mantener a los menores al margen de cualquier tipo de adoctrinamiento que les pueda acarrear perjuicios en su desarrollo psicológico y en su educación".

¹²⁵¹ Este deber de cooperación está sancionado en el artículo 6.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que consagra el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión de las personas menores de edad, al afirmar "los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral".

¹²⁵² Orozco Pardo, Guillermo, *op. cit.* págs. 386-387.

no darse el requisito esencial para que opere la excepción del primer apartado del aludido precepto, cual es, empleando la terminología legal, "que el menor no emancipado reúna las condiciones de madurez", regresaríamos nuevamente a la aplicación de la norma o criterio general, lo que vendría a significar la legitimación activa de los representantes legales para actuar por cuenta y en nombre del menor de edad¹²⁵³.

Una posible lectura ante esa situación traería como resultado que la falta de capacidad natural operaría como una suerte de excepción a la excepción del artículo 162.2.1º del Código civil, o más exactamente, la exclusión al ámbito de la representación *ex lege* en él contenida no entraría en juego por faltar su presupuesto básico¹²⁵⁴.

Esta cuestión, sin intención de extendernos más sobre la materia, puede ser abordada desde dos parámetros, por definición, antagónicos entre sí: en primer lugar, la de quienes niegan, debido al carácter personalísimo inherente a este tipo de derechos, que puedan ser realizados mediante representación legal, con independencia de que su titular sea un menor no emancipado carente de intelecto y juicio. La propia esencia y naturaleza íntima y privada de esta clase de derechos impedirían la sustitución de la voluntad de su detentor. Otros, en cambio, abogan por defender la admisibilidad del ejercicio indirecto, a través de persona intermedia, de los derechos de la personalidad por los progenitores o tutores en virtud de la representación legal

¹²⁵³ **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís:** "La reforma del Código civil en materia de patria potestad" en Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia. Sevilla, 1982, Ed. Universidad Hispalense, pág. 304, considera que el artículo 162. 1 del Código civil, en realidad, no excepciona a los derechos de la personalidad del ámbito de la representación legal, sino más bien de las funciones de la potestad.

¹²⁵⁴ **Jordano Fraga, Francisco,** op. cit. pág. 895.

que tienen sobre los menores no emancipados carentes de las necesarias condiciones de madurez¹²⁵⁵.

La primera de las posiciones es, desde nuestro punto de vista, la más acertada y que mejor se adecúa no sólo al carácter personalísimo del derecho fundamental, sino a la propia letra del artículo 162.1 del Código civil, que constituye, tal y como ya hemos confesado en este estudio, la disposición primordial en la materia. Creemos, pues, más acertado que los progenitores puedan ejercitar estos derechos del hijo, no por representación, sino en cumplimiento de los deberes inherentes a la potestad. En definitiva, los titulares de la potestad, en virtud del deber de velar por los individuos sujetos a su autoridad, impuesto por el artículo 154 del Código civil, podrán tomar decisiones que afecten a la esfera íntima de sus hijos pero no ejerciendo por representación legal derechos personalísimos, sino en cumplimiento de los deberes-derechos ó potestades-función inherentes a la institución parental. Muy reveladoras en este sentido son las palabras de DÍEZ-PICAZO, al sostener que no cree que el padre que, por ejemplo, autoriza una operación quirúrgica o la extirpación de un órgano de un hijo ejercite por representación los derechos de la personalidad del mismo. Más bien, concluye el autor, lo que hace es cumplir con su propio ámbito de funciones y potestades¹²⁵⁶.

A instancias de lo expuesto, partiendo de la regla general de que los actos de carácter personalísimo no son susceptibles de sustitución, consideramos que los representantes legales sólo estarán habilitados, con fundamento en el ejercicio de los deberes y responsabilidades que integran su cargo, para ejercitar los derechos de la

¹²⁵⁵ Un tercera vía vendría representada por aquellos autores, como muestra **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. pág. 895, que entienden que más que discutir si se trata o no de una genuina actuación representativa, basta con instrumentar los medios de control existentes en el propio Código civil para asegurar el recto ejercicio de las potestades familiares

¹²⁵⁶ **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís**, op. cit. pág. 304.

personalidad de sus representados si concurren dos presupuestos a todas luces fundamentales¹²⁵⁷: que el sujeto carezca de capacidad natural suficiente para llevar a cabo por sí mismo tal intervención y que la actuación sea objetivamente beneficiosa o la pasividad sea claramente desaconsejable¹²⁵⁸.

A esta especial exigencia de cautela y protección, cuando se trata de actuaciones del representante legal en el ámbito de la personalidad del menor de edad carente de suficiente capacidad natural, ha venido a responder el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹²⁵⁹, al prescribir que "en los restantes casos - es decir, cuando no lo permitan las condiciones de madurez del menor, a que se refiere el primer párrafo -, el consentimiento deberá de otorgarse mediante escrito por representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez".

¹²⁵⁷ **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. pág. 92 y **Moreno Antón, María**, op. cit. pág. 97.

¹²⁵⁸ En la misma línea, resulta extensible a los derechos de la personalidad lo dispuesto en la **Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2000, de 18 de diciembre** - RTC\2000\211 -, así como el voto particular a la misma - que ahonda en su fundamentación - del Magistrado Conde Martín de Hijas, en la que se legitima a la tutora de una mujer incapacitada de forma plena para ejercitar en interés de la misma una acción personalísima, como es la acción de separación matrimonial, al amparo de los artículos 14 y 24.1 de la Constitución española. En ella, el Tribunal Constitucional pone de relieve que impedir al tutor el ejercicio de esta acción en interés de la incapacitada, frente a una situación matrimonial que resulta perjudicial para su persona o su patrimonio, mediante el argumento de que se trata de una acción personalísima y cuando ésta se encuentra imposibilitada para ejercitarla por sí misma, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, porque supone una restricción a la legitimación activa del tutor que "no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela", y produce una inaceptable situación de desigualdad en perjuicio de la persona incapacitada.

¹²⁵⁹ Boletín Oficial del Estado núm. 115, de 14 de mayo de 1982.

3.2.3. Especial mención a las prestaciones personales que deba realizar el/la hijo/a menor de edad

Un último punto a destacar del artículo 162 del Código civil, por su especial relevancia social, lo encontramos radicado en su párrafo tercero, donde se contiene una disposición general que exige el consentimiento previo¹²⁶⁰ del menor no emancipado, "si tuviera suficiente juicio", cuando se trate de contratos celebrados por el representante legal que conlleven prestaciones personales para el menor¹²⁶¹. Esta precisión no deja de ser sino una aplicación práctica de lo estipulado en el párrafo segundo, punto primero, del propio artículo 162 del Código civil, en la medida en que las *prestaciones personales* implican un compromiso directo de la propia integridad corporal del individuo¹²⁶².

De todos modos, y al resultar necesario este consentimiento previo del menor de edad - artículo 162 del Código civil *in fine* -, siempre que tuviere suficiente juicio, nos resulta extraño, o por lo menos chocante, que puedan llegar a imponerse este tipo de actividades a quien no tenga el raciocinio suficiente. Por este motivo, el propio mandato legal añade la cláusula de salvaguarda de "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 158 del Código civil", referido a las medidas que puede adoptar la autoridad judicial a instancias del propio hijo, pariente o Ministerio Fiscal, para proveer a sus necesidades, y evitarle perturbaciones o perjuicios. Esta remisión al artículo 158 del Código civil, al mecanismo o procedimiento de

¹²⁶⁰ Es obvio que aunque la ley utiliza la expresión "previo consentimiento", el otorgamiento posterior de éste suple el defecto que su falta constituye.

¹²⁶¹ Apunta **Albaladejo García, Manuel**: Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia. Madrid, 2007, Undécima edición, Ed. Edisofer, pág. 282, que exigiéndose el *consentimiento*, se pide más del simple ser *oído* el hijo que sería el precepto del artículo 154, párrafo penúltimo del Código civil, que, si no fuese por la existencia de la disposición especial del artículo 162, párrafo último, del Código civil, correspondería aplicar.

¹²⁶² **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. pág. 893.

protección allí previsto, no nos parece garantía bastante o suficiente para velar adecuadamente por el interés superior del menor, más aún cuando la realidad ante la que nos ubicamos identifica posibles actos impuestos al menor que incidirían en nulidad de pleno derecho en la mayoría de los casos¹²⁶³.

Lo afirmado nos impulsa a manifestar, con carácter general, que, en todo cuanto de una manera directa afecta a la personalidad del menor, aunque en él no exista la capacidad para realizar - con plena validez - los actos de que se trate, el representante legal ha de contar inexcusablemente con su consentimiento para su ejecución, siempre, claro está, que el menor tenga suficiente juicio. Por tanto, el párrafo tercero del artículo 162 del Código civil alberga, más que una exclusión a la representación legal de los padres, una limitación sin más de esta facultad¹²⁶⁴.

¹²⁶³ **Rubio San Román, José Ignacio**, op. cit. pág. 1504.

¹²⁶⁴ Vid en este sentido **Ballester de los Ríos, María**, op. cit. pág. 302 y **O'Callaghan, Xavier**, op. cit. pág. 247. Por su parte, **Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Luís**: Derecho de Familia y de la Persona. Tomo II. Capacidad. Barcelona, 2007, Ed. Bosch, pág. 208, califica el "consentimiento del menor si tuviere suficiente juicio" al que refiere el párrafo tercero del artículo 162 del Código civil, como un requisito para completar la representación del titular de la patria potestad. En un sentido similar se pronuncia **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 127, al sentenciar que la propia ubicación de la norma - párrafo tercero del artículo 162 del Código civil español - en párrafo independiente, y no como un apartado más del párrafo segundo, demuestra que en realidad no se trata de un nuevo supuesto exceptuado de la representación paterna. Antes bien, concluye este autor, los que contratan son los padres, y el hijo se limita a completar con su consentimiento previo el contrato a celebrar. No compartimos, en cambio, la opinión vertida por **Miralles González, Isabel**: "Comentarios al artículo 156 del Código de Familia" en **Egea y Fernández, Joan y Ferrer y Riba, Josep (Dirs.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pág. 718, quien al analizar lo dispuesto en el artículo 156 del Código de Familia catalán - que recoge una cláusula muy similar a la del párrafo tercero del artículo 162 del Código civil español - considera que los actos que supongan prestaciones personales implican excepciones a la regla que, con carácter general, establece la representación de los progenitores en la gestión de los intereses del menor. Tampoco compartimos la opinión vertida por **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit. págs. 155 y 156, que defiende la tesis de considerar que, caso de reunir suficiente madurez, debe ser el menor el que preste el consentimiento contractual sin perjuicio, en su caso, del complemento de capacidad necesario, pues ésta entra en franca contradicción tanto con el redactado del párrafo tercero del artículo 162, como con la normativa laboral.

Los actos efectuados en estas condiciones por el representante legal sobre la esfera de las *prestaciones personales* del menor de edad que no cuenten con su preceptivo consentimiento, caso de tener éste suficiente juicio, son radicalmente nulos, pues se trata de normas que por su redacción, por su finalidad protectora y por su propio contenido material son de carácter imperativo.

Un problema particular que se suscita en torno al referenciado inciso final del artículo 162 del Código civil, y más en concreto con la expresión "los contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales"¹²⁶⁵ radica en la impostergable e ineludible necesidad de precisar, por su conexión, el vínculo existente entre esta disposición civil y los preceptos del Estatuto de los Trabajadores destinados a establecer el régimen jurídico del trabajo desempeñado por personas menores de edad¹²⁶⁶ - artículos 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores¹²⁶⁷ -,

¹²⁶⁵ Algunas de estas prestaciones personales pueden guardar estrecha relación con el ejercicio de la vertiente patrimonial de los derechos de la personalidad, en concreto con los derechos a la intimidad y la propia imagen, cuya regulación se contiene en las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, y 1/1996, de 15 de enero. Ahora bien, en la medida en que el acto o contrato celebrado por el representante legal del menor entrañe la obligación de que éste lleve a cabo prestaciones personales, tales como posar para ser fotografiado, actuar para la grabación de un anuncio publicitario, ser entrevistado, su eficacia resultará supeditada al previo consentimiento del propio menor si éste tuviere suficiente juicio.

¹²⁶⁶ Tal y como nos pone de relieve **Cruz Villalón, Jesús**: Estatuto de los Trabajadores comentado. Madrid, 2003, Ed. Tecnos, págs. 114-115, el contexto donde rigen estas reglas de los artículos 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores es el del trabajo por cuenta ajena. Se deja al margen, por tanto, el trabajo infantil por cuenta propia o en los negocios familiares - lo que estadísticamente se califica como ayuda familiar -.

¹²⁶⁷ Para un estudio general del tema vid. **Alonso Olea, Manuel** y **Casas Baamonde, M^a. Emilia**: Derecho del Trabajo. Madrid, 2006, Vigésimoquinta edición, Ed. Thomson Civitas, págs. 199-202; **Martín Valverde, Antonio**; **Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín** y **García Murcia, Joaquín**: Derecho del Trabajo. Madrid, 2010, Decimonovena edición, Ed. Tecnos, págs. 214-215; **Ramos Quintana, Margarita Isabel**: "Trabajo de los menores" en El Estatuto de los Trabajadores veinte años después. Edición especial del número 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo. Tomo I. Madrid, 2000, Ed. Civitas, págs. 291-310; **Barrenechea Suso, Jon** y **Ferrer López, Miguel A.**: El Estatuto de los Trabajadores. Comentado y concordado con legislación complementaria y jurisprudencia. Bilbao, 1995, Ed. Deusto, págs. 71-73; **Ruano Albertos, Sara**: El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria. Madrid, 2001, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; **Ruano Albertos, Sara**: "El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional" en Tribuna Social, núm. 127, 2001; **García Romero, Belén**: "La protección jurídico-laboral de los menores" en Aranzadi Social, núm. 10, 2001; **Cámara Botía, Alberto**: "Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil" en

pues, aunque no todas las "prestaciones personales" encuentran su acomodo en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena, sí que buen número de ellas se sitúan en este contorno¹²⁶⁸.

No obstante, y antes de la puesta en correlación de la mentada cláusula general del Código civil - artículo 162.3 - con las disposiciones particulares del texto estatutario - artículos 6 y 7 -, consideramos imprescindible, por ilustrativo, el análisis pormenorizado de las distintas vicisitudes en las que puede encontrarse un menor de edad que decida, *motu proprio*, incorporarse al mercado laboral, contratando su fuerza de trabajo a favor de un tercero.

Concretamente, al estudiar la incidencia directa que tiene la edad sobre la capacidad de obrar exigida para otorgar un contrato de trabajo - negocio jurídico generador de prestaciones personales por excelencia -, podemos distinguir tres claros supuestos de

Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 122, abril-junio 2004, págs. 227-246; **Ramos Quintana, Margarita Isabel**: "Trabajo de los menores - En torno al artículo 6 -" en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, marzo-agosto 200, págs. 291-309; **Suárez González, Fernando**: "Contrato de trabajo de los menores" en **Bayón Marine, Ignacio (Coord.)**: Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo. Madrid, 1965, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, págs. 35-47; **Suárez González, Fernando**: Menores y mujeres ante el contrato de trabajo. Madrid, 1967, Ed. Instituto de Estudios Políticos; y **Martínez Vivot, Julio J.**: Trabajo de menores y de mujeres. Buenos Aires, 1964, Ed. Depalma, págs. 7-92.

¹²⁶⁸ También tendríamos que tener presente la modalidad laboral del trabajo por cuenta propia. En este ámbito, la Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, deja claro en su artículo 9.1 que "los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familias"; ello, sin perjuicio, de un lado, de la referencia específica a la prestación de servicios en espectáculos públicos, respecto a la cual existe una remisión a los términos del artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores - artículo 9.2 de la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo -, y, de otro, de la necesaria elevación del umbral hasta los dieciocho años cuando se trate de trabajos peligrosos, penosos o insalubres. En este contexto, **Agra Viforcós, Beatriz; Fernández Fernández, Roberto y Tascón López, Rodrigo**: "Peculiaridades de la relación de trabajo de los menores" en **Arias Domínguez, Ángel**: El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades. Pamplona, 2011, Ed. Thomson Reuters, pág. 920, critican la falta de sintonía de la Ley 20/2007, de 11 de junio, del Estatuto del Trabajador Autónomo con respecto a la normativa de seguridad social, donde la edad de incorporación formal al régimen de autónomos sigue situándose en los dieciocho años.

hecho, cada uno de los cuales, a su vez, obtiene su propia respuesta normativa: capacidad plena, limitada y situaciones de incapacidad¹²⁶⁹.

Empezando por la última de estas eventualidades, de la literalidad de la prohibición contenida en el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores y *a sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 7 apartados a) y b) de la propia norma laboral, se desprende que los individuos menores de dieciséis años carecen por completo de *ius laboris* - "se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años" -. Este defecto o ausencia de *capacitas* en modo alguno puede ser relevado, complementado o subsanado. Eso significa que los contratos celebrados con menores de dieciséis años - contrariando una norma de *ius cogens*; artículo 6.3 del Código civil - son nulos de pleno derecho, sin perjuicio de que a tal *nullitas* se anuden los efectos que para evitar un enriquecimiento injustificado del empleador señala el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, permitiendo que se le abonen al menor de edad los salarios correspondientes al tiempo trabajado y que le pertenecerían de haber sido válido el contrato¹²⁷⁰. De conformidad con esta afirmación, el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, verdadera norma de orden público laboral¹²⁷¹, no

¹²⁶⁹ La legislación laboral se detiene con detalle en fijar ciertas reglas específicas en materia de capacidad contractual del trabajador, en tanto que no prevé regla alguna en lo que se refiere a la persona del empleador. Para el patrono rigen, por tanto, las reglas generales contenidas en la legislación civil y mercantil.

¹²⁷⁰ **Rodríguez Santos, Baltasar**: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. Valladolid, Cuarta edición, 1992, Ed. Lex Nova, pág. 381 y **Ramos Quintana, Margarita Isabel**, op. cit. pág. 298. Por su parte, **Cruz Villalón, Jesús**, op. cit. pág. 115, afirma que en cuanto a las consecuencias del eventual incumplimiento de la prohibición, amén de las sanciones administrativas que procedan, el contrato estipulado será nulo de pleno derecho.

¹²⁷¹ **Olarte Encabo, Sofía**: "Comentario al artículo 6º del Estatuto de los Trabajadores" en **Monereo Pérez, José Luis (Dir.)**: Comentario al Estatuto de los Trabajadores. Granada, 1998, Ed. Comares, pág. 158, considera que el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores en su integridad constituye una verdadera norma de orden público laboral, indisponible absolutamente para la autonomía de la voluntad. En otros términos, no se conforma como una norma mínima, susceptible de mejora por acuerdo individual o convenio colectivo, sino como una norma de derecho imperativo, y ello tanto en lo relativo a la edad como lo referente a las prohibiciones en el trabajo de menores. Idéntica opinión expresa **Ramos Quintana, Margarita Isabel**, op. cit. pág. 298, al apuntar que el artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores reúne una ordenación legal impregnada de una evidente naturaleza imperativa, ya que dota a cada una de las normas que lo componen del carácter de derecho necesario absoluto, impidiendo con ello cualquier irrupción de la autonomía colectiva o

admite más excepción que la dispuesta en su propio apartado cuarto que, más que una verdadera *exceptio*, constituye una norma particular sobre la intervención o colaboración - que no contratación - esporádica de menores en espectáculos públicos¹²⁷².

Por tanto, como matiz a la regla general impeditiva de la incorporación al mercado laboral de los menores de dieciséis años, identificativa de nuestro ordenamiento jurídico social, se mantiene vivo el viejo axioma de admitir la participación de éstos en actuaciones públicas, con los condicionamientos y limitaciones prescritas por la ley¹²⁷³. El artículo 2º del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, dispone expresamente que la autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha intervención no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización deberá solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio - ya que se trata de asumir la obligación de realizar una prestación de carácter personal -, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando la

individual en la regulación del trabajo de los menores. También en esta línea **Agra Viforcós, Beatriz; Fernández Fernández, Roberto y Tascón López, Rodrigo**, op. cit. pág. 882.

¹²⁷² Muy gráfica también es la argumentación utilizada por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 29 de octubre de 1985 - RTCT\1985\5771 -, al establecer que "actualmente en el Estatuto de los Trabajadores, principalmente en sus artículos 6º, 7º y concordantes, se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años, así como se sancionan con la nulidad - artículo 9 - los contratos celebrados por los menores de aquella edad por considerarlos como incapaces para contratar - artículo 7.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 6.1 de la misma norma -, unido ello a la carencia de efectos que genéricamente establece para los actos contrarios a la ley el artículo 6.3 del Código civil".

¹²⁷³ Vid. en este sentido **Montoya Melgar, Alfredo**: "Artículo 6º del Estatuto de los Trabajadores" en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Pamplona, 2007, Séptima edición, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 63; **Cruz Villalón, Jesús**, op. cit. pág. 116; **Apilluelo Martín, Margarita**: La relación de trabajo del menor de edad. Madrid, 1999, Ed. Consejo Económico y Social, págs. 233-320; y **Ramos Quintana, Margarita Isabel**, op. cit. págs. 308-309.

exhibición o actuación para la que se concede. Otorgado el permiso, corresponde a los progenitores o al tutor la celebración del correspondiente acuerdo de voluntades, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde a los legítimos representantes el ejercicio de las acciones derivadas del convenio. Parece claro que una cosa es obtener la autorización de la autoridad administrativa correspondiente, y otra bien distinta prestar la declaración de voluntad que vincula al menor a realizar la prestación personal.

En segundo término, por lo que a la plena capacidad de obrar laboral se refiere, el artículo 7 punto a) del Estatuto de los Trabajadores se remite a las reglas comunes del Código civil¹²⁷⁴. Se reconoce, pues, esa entera competencia tanto a los mayores de dieciocho años - artículo 315 del Código civil¹²⁷⁵ -, como a los menores emancipados o que hayan obtenido el beneficio de la mayoría de edad¹²⁷⁶, sea por matrimonio - artículos 314 y 316 del Código civil¹²⁷⁷ -, por concesión de quien ejerza la potestad - artículo 317 del Código civil¹²⁷⁸ -, por resolución judicial - artículos 320 y 321 del Código civil¹²⁷⁹ - o por vida independiente del menor¹²⁸⁰

¹²⁷⁴ **Montoya Melgar, Alfredo**: "Artículo 7º. Capacidad para contratar" en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Pamplona, 2007, Séptima edición, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 64.

¹²⁷⁵ En idéntico sentido se pronuncia el artículo 211-3.2 del Código civil de Cataluña.

¹²⁷⁶ Recordemos que en el Código civil de Cataluña se refunden bajo la institución de la emancipación ambas figuras legales: la emancipación propiamente dicha y el beneficio de la mayoría de edad - artículos 211-7 a 211-12 del Código civil de Cataluña -.

¹²⁷⁷ Para el caso catalán, artículo 211-8 del Código civil de Cataluña.

¹²⁷⁸ El mismo contenido se recoge en el artículo 211-9 del Código civil de Cataluña.

¹²⁷⁹ Vid. artículo 211-10 del Código civil de Cataluña.

¹²⁸⁰ Qué debe entenderse por "vivir de forma independiente", si la meramente física - ausencia de convivencia - o la económica - sostenimiento del menor a su propio cargo -. La finalidad y significado del artículo objeto de análisis conduce a interpretar la señalada expresión en sentido material, es decir, autosuficiencia del menor para cubrir las necesidades propias. De esta misma opinión es **Suárez González, Fernando**, op. cit. pág. 38, al manifestar que por vida independiente se entiende la independencia económica y no la jurídica.

consentida por los padres o tutores - artículo 319 del Código civil¹²⁸¹ - o autorizada por la persona o institución que lo tengan a su cargo - artículo 7. b) párrafo primero del Estatuto de los Trabajadores¹²⁸² -.

La única incógnita que se nos plantea en este punto, es la de cohonestar debidamente las disposiciones civiles que fijan el régimen legal y los efectos del matrimonio como causa de emancipación - o incluso como mecanismo de adquisición de la mayoría de edad¹²⁸³ -, con las reglas propias del derecho laboral¹²⁸⁴. Conforme a la legislación civil, judicialmente se puede dispensar para contraer nupcias a un menor a partir de los catorce años, con justa causa y a instancia de parte - artículo 48 del Código civil¹²⁸⁵ -, edad ésta que podría entrar en conflicto tanto con los

¹²⁸¹ El menor de vida independiente también encuentra su amparo en la normativa catalana, más concretamente en el artículo 211-11 del Código civil de Cataluña.

¹²⁸² Esta última es la conocida como *emancipación laboral*, que ya aparecía regulada en la legislación precedente al actual Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el artículo 11. b) de la Ley de Contrato de Trabajo, de 26 de enero de 1944.

¹²⁸³ No olvidemos que en el Derecho aragonés, y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 4.1. b) del 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, es mayor de edad el que ha contraído matrimonio.

¹²⁸⁴ En consecuencia, tan sólo se nos pueden generar contradicciones en los supuestos en que un menor contraiga matrimonio por dispensa judicial entre los catorce y los dieciséis años de edad. Para el resto de causas de emancipación, incluido el menor de vida independiente, como el contar como mínimo con dieciséis años de edad es requisito *sine qua non* para la obtención de dicho estado civil, no habrá mayores disputas en afirmar que el menor emancipado reúne capacidad de obrar contractual.

¹²⁸⁵ **Toldrà Roca, M^a. Dolors**, op. cit. págs. 50-51, nos recuerda que las circunstancias que tradicionalmente han servido, como norma general, de alegación a la "justa causa" se centran básicamente en el embarazo de la menor, dando lugar si se concede la dispensa, al denominado matrimonio reparador. Para fundamentar este hecho basta realizar una breve síntesis aproximativa a diferentes decisiones, de entre las que puede subrayarse la **resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de enero de 1985** - RJ\1986\6833 -. En este caso, se revocó el acto del Juzgado de Primera instancia que había denegado la dispensa a una menor de quince años embarazada. La negativa judicial se había formulado en los siguientes términos: "para que tenga lugar esa dispensa, conforme al artículo 48 del Código civil, ha de ser muy fuerte e importante la causa de la misma, a tal edad en la que, carente según presunción *ius et de iure* de discernimiento moral, no se puede incurrir en responsabilidad criminal, no se pueden celebrar válidamente contratos civiles y es impropia, en definitiva, para ligarse con un vínculo en principio vitalicio, por no poseer a dicha edad la capacidad física ni sobre todo la psíquica para tan grave y trascendental decisión". Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado adujo que: "la circunstancia de que la interesada

compromisos internacionales que exigen al menor de edad, al menos, quince años para incorporarse al mercado laboral, como con el estricto límite dibujado por el artículo 6.1. del Estatuto de los Trabajadores, cuya única excepción aparece en el artículo 6.4 de la misma norma, sin distinguir entre solteros y casados.

Desde nuestro punto de vista, esta posible incongruencia en materia de emancipación debe salvarse entendiendo que las previsiones de la normativa civil son igualmente aplicables, por extensión, al ordenamiento laboral¹²⁸⁶. De esta forma, dado que el emancipado, por cualquier vía, rige su "persona y bienes como si fuera mayor" - artículo 323 del Código civil - de ello se infiere, sin ningún género de dudas, que se incluye dentro de tal contingencia la de celebrar contratos de trabajo. Además, de no admitirse tal eventualidad, mal podría entenderse que los menores

de quince años de edad, esté embarazada debe estimarse como justa causa para conceder la dispensa, siendo por ello inoportuno discutir sobre la consideración social que puedan tener las madres solteras". También sigue esta tendencia **la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de diciembre de 1987** - RJ\1987\9723 -, que vino a revocar el auto judicial denegatorio de la dispensa de edad para poder contraer nupcias. El Juez "a quo" fundamentó su negativa en las siguientes afirmaciones: "falta en la menor las necesarias condiciones para contraer matrimonio de manera plenamente libre y consciente, es decir, faltan las necesarias aptitudes psíquicas y volitivas. Concretamente del trámite de audiencia a la menor pudo advertirse que pretendía contraer matrimonio presionada por sus padres por la circunstancia de hallarse embarazada y, en segundo lugar, que no estaba capacitada para afrontar los deberes conyugales". Frente a este razonamiento, la Dirección General esgrime que "es evidente que para conceder la dispensa de edad para contraer matrimonio a partir de los catorce años basta solamente con que se acredite la existencia de justa causa, la cual habrá de deducirse de la necesaria audiencia del menor y de sus padres. Por esto, si de las comparecencias correspondientes ante el juez se desprende que no hay presión ni coacción de nadie para que la menor contraiga el matrimonio y que ésta conoce perfectamente la institución matrimonial, no es comprensible que el juez en su auto afirme todo lo contrario. Su apreciación es meramente subjetiva y está contradicha por el resultado objetivo de las pruebas practicadas. De aquí que haya de prevalecer la opinión favorable del Ministerio Fiscal, en armonía, además, con la misión específica de este órgano en orden a la defensa de los intereses de menores e incapaces". Opinión contraria a la sustentada en la dos resoluciones anteriores, mantiene la **resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de marzo de 1985** - RJ\1985\3495 -, estableciendo que "esta dispensa requiere inexcusablemente la existencia de justa causa, y en el caso presente, a pesar del embarazo de la promotora, de quince años de edad y del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre aquel requisito a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor que han sido oídos como es preceptivo, en el expediente, y sobre todo, de los antecedentes y de la falta de medios económicos del varón, reconocidos por éste y por la solicitante, que no constituyen una garantía válida para una vida familiar normal ni para la crianza y educación del hijo esperado".

¹²⁸⁶ Apilluelo Martín, Margarita, op. cit. pág. 66.

que por vía de matrimonio quedan en condiciones de regir sus destinos de forma autónoma, no pudieran, en cambio, trabajar para obtener su sustento¹²⁸⁷. Tampoco las ocasionales contradicciones que dicha interpretación pudiera generar con los tratados internacionales suscritos por España, en particular con el Convenio n.º. 138, de 26 de junio de 1973¹²⁸⁸, resultan insalvables, sobre todo si se tiene en cuenta la estructura abierta del mencionado documento, plagado de excepciones y cláusulas generales. Finalmente, la tesis de la viabilidad del contrato celebrado con el menor de dieciséis años emancipado por matrimonio nos parece la más razonable porque, en primer lugar, resulta ser la más congruente con los términos del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que impone la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores¹²⁸⁹, y, en segunda instancia, porque desde una perspectiva teleológica, no podemos obviar que el fundamento último que inspira y da lógica a este sistema de edades mínimas no es una supuesta incapacidad o insuficiencia de juicio de los sujetos, sino, fundamentalmente, un principio protector¹²⁹⁰.

En último término, tan solo nos resta por esbozar el régimen legal aplicable a los menores de edad que por no tener capacidad de obrar plena, sino limitada, se condiciona su aptitud para convenir contratos de trabajo a la obtención de la

¹²⁸⁷ **Agra Viforcós, Beatriz; Fernández Fernández, Roberto y Tascón López, Rodrigo**, op. cit. pág. 884.

¹²⁸⁸ Tratado internacional ratificado por el Estado español en fecha de 13 de abril de 1977 - Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 109, de 8 de mayo de 1978.

¹²⁸⁹ **Ramos Quintana, Margarita Isabel**, op. cit. pág. 300.

¹²⁹⁰ Muestra su disconformidad con esta opinión **Rodríguez Santos, Baltasar**, op. cit. pág. 395, al entender que puede concluir afirmándose que de los dieciséis a los dieciocho años el matrimonio emancipa y faculta para contratar la prestación de sus servicios por sí mismos y sin necesidad de autorización. Pero los menores de dicha edad que contraigan nupcias no podrán trabajar pese a la emancipación que por matrimonio han adquirido. En idéntica línea se pronuncia, **Cruz Villalón, Jesús**, op. cit. pág. 125, quien sostiene que conforme a la legislación civil, judicialmente se puede autorizar para contraer matrimonio a partir de los catorce años, pero desde la perspectiva laboral debe interpretarse que prevalece la regla de la prohibición de trabajar de los menores de dieciséis años.

respectiva autorización, expresa o tácita, de su representante legal. A pesar de la confusa redacción que presenta el artículo 7. b) del Estatuto de los Trabajadores en este extremo¹²⁹¹, el perfil de sujeto al que se está haciendo referencia es al de una persona mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, no emancipada, formalmente o de hecho, que no vive, por tanto, de forma independiente, ni goza del beneficio de la mayor edad y que pretende comprometer su fuerza de trabajo a favor de un empresario. Ante tal tesitura, el precepto en cuestión exige que, en todo caso, la declaración de voluntad de ese menor sea corroborada o confirmada preceptivamente por su representante legal¹²⁹². Lógicamente, esta autorización no sólo habilita al menor para celebrar el contrato sino que también le legitima para proceder a su ejecución, asumiendo para sí los correspondientes derechos y deberes que del mismo se deriven.

¹²⁹¹ La redacción que nos ofrece el apartado b) del artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores presenta una clara falta de coherencia interna entre los dos párrafos que lo componen, pues no refiriéndose a la autorización aludida en el párrafo primero, está obviamente contemplando en el segundo las consecuencias de un supuesto que no se ha perfilado en ninguna parte - el del menor no emancipado, mayor de dieciséis años que no vive de forma independiente -. Una detallada explicación de los antecedentes del precepto, así como del iter parlamentario que se siguió para su aprobación los encontramos en **Suárez González, Fernando**: "Capacidad para contratar - En torno al artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores -" en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100, marzo-agosto 2000, págs. 313-317.

¹²⁹² La **sentencia núm. 161/2005 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 28 de febrero** - AS\2005\817 -, considera nulo el despido de una joven de diecisiete años, por ser la única causa objetiva que alega la empresa su minoría de edad. Tal circunstancia, afirma el órgano jurisdiccional "es claramente discriminatorio, ya que no existe prueba, ni siquiera indicios, de circunstancias objetivas que de algún modo pudieran justificar que los jóvenes de edad comprendida entre los 16 y los 18 años no debieran trabajar en esa tarea - reponedora de supermercado - o en aquel establecimiento - Alcampo -". Por su parte, **Rodríguez-Piñero Royo, Miguel**: "La edad como impedimento para la entrada al trabajo: ¿Cuándo está justificada. Comentario a la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo, de 5 de octubre de 1988" en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 38, abril-junio 1989, pág. 326, nos identifica otro supuesto de hecho en que el Tribunal *a quo* resuelve la nulidad de una convocatoria de un concurso promovido por una empresa municipal, encargada de la gestión de los transportes públicos, para cubrir plazas de conductor de autobús, por considerar que albergaba una discriminación laboral por razones de edad.

Este último inciso, aparece refrendado tanto por las resoluciones emanadas de nuestros Tribunales¹²⁹³ como por la propia literalidad del artículo 16, apartados dos y tres, del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que viene a reconocer legitimación para comparecer y actuar en juicio además de a "quienes se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles" a aquellos menores mayores de dieciséis años que hubieran celebrado un contrato de trabajo conforme a las reglas generales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores -o sean autónomos económicamente dependientes -. Esto implica que la capacidad conferida a través de la correspondiente autorización no se ciñe únicamente a concertar el vínculo, sino que se extiende al ejercicio, incluso procesal, de cuantos derechos y obligaciones se deriven del propio desarrollo de la relación laboral, no exclusivamente los económicos individuales, sino también los de naturaleza sindical y representativa.

¹²⁹³ La sentencia del Tribunal Central de Trabajo, de 1 de diciembre de 1982 - RTCT\1982\6934 -, nos presenta un caso en que un padre, en representación legal de su hijo, aduce ante los tribunales que el cese voluntario solicitado en su día por hijo era nulo por carecer de la pertinente capacidad, habida cuenta de que era menor de dieciocho años, aunque mayor de dieciséis. Ante tal petición, el Tribunal Central de Trabajo se pronuncia manifestando que "censura jurídica que no puede acogerse porque habiendo resultado acreditado que aquél - el hijo menor - prestó sus servicios a la empresa demandada en concepto de aprendiz con autorización de su padre, es claro que por ello quedó también autorizado para extinguir el contrato por su propia decisión voluntaria de conformidad con lo establecido en el artículo 7 apartado b) *in fine* del Estatuto de los Trabajadores, que sigue en este punto la línea marcada por el artículo 12 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo" - Fundamento de Derecho único -. También en esta misma línea se pronunció el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, en sentencia de 17 de julio de 2001 - AS\2001\3582 -, en un caso en el que la parte demandante alegó que la parte actora, como menor, carecía de capacidad legal para formar el documento de baja en la empresa para la que estaba desempeñando su tarea profesional, sin la asistencia de su representante legal, en este caso, su madre. Ante tal petición el Tribunal resuelve que "no se acoge el motivo, pues, si bien es cierto que el menor de edad y mayor de dieciséis años, precia para la celebración de un contrato de trabajo, de la autorización de su representante legal, esta autorización, prestada para trabajar engloba también lo necesario para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que deriven de su contrato y para su cesación, por así disponerlo, expresamente, el artículo 7 en su apartado b) párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores" - Fundamento de Derecho segundo -.

Precisamente, frente al último inciso del artículo 7.b) del Estatuto de los Trabajadores que predica que "si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se deriven de su contrato y para su cesación" se presentó una cuestión de inconstitucionalidad, que fue inadmitida a trámite por el Tribunal Constitucional en auto de 12 de marzo de 1997. La controversia se fundó en una presunta vulneración del artículo 12, en relación con el artículo 39.3, ambos del texto constitucional, en cuanto que se estimaba fuera de toda lógica el hecho de que un menor no emancipado, mayor de dieciséis años, que no viva de forma independiente, precise para la celebración de un contrato de trabajo, tal y como venimos apuntando, de autorización de su representante legal, y no, en cambio, para la cesación del mismo; cuando, a primera vista, pareciera que la entidad de uno y otro acto son similares.

Ante tal argumentación, el máximo intérprete de la carta magna se pronunció en el siguiente tenor literal: "no se trata, como se afirma en el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que el precepto legal cuestionado - artículo 7.b) *in fine* del Estatuto de los Trabajadores - no exija autorización del representante legal de la persona con capacidad limitada para extinguir el contrato de trabajo, sino que esta autorización supone no sólo habilitar al menor para la celebración del contrato de trabajo, sino también para todas las vicisitudes de la relación laboral, de modo que en virtud de la misma la persona con capacidad limitada no sólo puede celebrar un contrato de trabajo sino también por sí misma ejercer los derechos y cumplir los deberes que se deriven del contrato y extinguir el mismo" - Fundamento jurídico tercero -¹²⁹⁴.

¹²⁹⁴ Auto del Tribunal Constitucional núm. 77/1997, de 12 de marzo - RTC\1997\77 - .

En definitiva, para que un menor de edad con capacidad limitada¹²⁹⁵ pueda prestar servicios laborales es imprescindible, de acuerdo con la normativa vigente, que la relación contractual esté debidamente autorizada por sus padres o representantes legales, para de esta forma "completar su *ius laboris*"¹²⁹⁶, constituyendo, además, "un elemento de control o supervisión para la protección del propio menor"¹²⁹⁷.

Esta autorización a la que estamos haciendo referencia, puede ser expresa - verbal o escrita - o tácita, la cual ha de entenderse otorgada *facta concludentia* cuando el progenitor - o el que haga sus veces - conoce que el hijo está desarrollando una tarea profesional y no se opone de forma concluyente al ejercicio de la misma¹²⁹⁸.

Al definir el concepto *autorización*, de entre las diversas acepciones que este término polisémico presenta, como un mecanismo para complementar la declaración de voluntad emitida por un menor de edad, no podemos pasar por alto la tradicional polémica que siempre ha rodeado los múltiples intentos de deslindar entre esta noción legal y la de otra técnica jurídica empleada, de igual forma, para acompañar,

¹²⁹⁵ No deja de ser curioso que sea en el ámbito laboral en el que se cree esta categoría de "menor con capacidad limitada", que como tal no existe en la normativa civil, ámbito, por cierto, competente en la materia.

¹²⁹⁶ Vid. en este sentido el Fundamento jurídico tercero del **auto del Tribunal Constitucional núm. 77/1997, de 12 de marzo** - RTC\1997\77 -. En la doctrina, por todos, **Olarte Encabo, Sofía**, op. cit. pág. 170.

¹²⁹⁷ Vid. en este sentido el Fundamento jurídico primero de la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, de 17 de septiembre de 1992** - AS\1992\4528. También hacen mención a ese elemento de control que encierra la autorización de los representantes legales **Cruz Villalón, Jesús**, op. cit. pág. 128 y **Menéndez Sebastián, Paz**: Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo. Madrid, 2003, Ed. Consejo Económico y Social, pág. 120.

¹²⁹⁸ La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1997** - AS\1997\1586 - tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso en que un menor no emancipado - de 17 años de edad - trabajaba sin autorización paterna expresa. En dicha resolución el Tribunal entendió que "no constando que el trabajador vivía con independencia de sus padres, se ha de entender que vivía con ellos y se ha de presumir que conocían que su hijo estaba trabajando y en consecuencia con su actitud estaban consintiendo tácitamente que el menor trabajara. Si a esto añadimos que la demanda fue formulada por el padre del actor, en nombre y representación del mismo, se ha de concluir que tenía conocimiento del contrato suscrito por su hijo" - Fundamento de derecho segundo -.

que no suplir, las limitaciones de capacidad de los individuos: la denominada como *asistencia*. Así, mientras que la primera parte de la premisa de entender que el sujeto ostenta capacidad suficiente para realizar por sí el acto jurídico de que se trate - en el presente caso, celebrar un contrato de trabajo -, y simplemente requiere del permiso o aprobación de su representante legal, lo que muchos autores han identificado como una limitación de nivel mínimo de la capacidad de obrar de las personas¹²⁹⁹; en el segundo de los casos, por el contrario, nos encontramos ante una restricción de carácter medio, en virtud de la cual es el sujeto el que presta su consentimiento pero debidamente complementado o ayudado por su representante legal que tiene, por tanto, que concurrir a la celebración del concreto negocio jurídico.

No obstante lo apuntado, y aún reconociendo la pervivencia de la disputa en cuestión, las últimas tendencias doctrinales parecen favorables a pensar que, en el ámbito o sector del conocimiento en el que nos ubicamos, no existe diferencia sustancial alguna entre las voces "autorización propiamente dicha" y "asistencia", si bien sí la hay de detalle y mecánica de intervención, pudiendo ambas, en definitiva, subsumirse dentro de la expresión genérica de *autorización*¹³⁰⁰.

A nuestro entender, corrientes de opinión al margen, lo que sí parece claro y a lo que no estamos dispuestos a renunciar es al hecho de que la técnica de la autorización representa *per se* un sistema o método de control de más baja intensidad que la asistencia, que responde a un mayor nivel de desarrollo en el entendimiento y raciocinio de las personas y, coherentemente, a una necesidad inferior de protección

¹²⁹⁹ Apilluelo Martín, Margarita, op. cit. págs. 73-74.

¹³⁰⁰ La **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, de 17 de septiembre de 1992** - AS\1992\4528 - declaró que "como sostiene la doctrina científica aunque pueda distinguirse entre las expresiones *autorización propiamente dicha*, en donde el menor contratado es previamente autorizado, y la *asistencia*, donde concurren a la celebración del contrato el menor autorizado y el autorizante, no existe diferencia de sustancia entre ambas instituciones, sí de detalle y mecánica, pudiendo ambas subsumirse dentro de la expresión genérica de autorización" - Fundamento de derecho primero -.

frente a las consecuencias o el alcance del acto jurídico llevado a cabo, tanto sobre su esfera patrimonial, como en el espacio inherente a sus relaciones personales¹³⁰¹.

Finalmente, y por lo que al instrumento de la autorización se refiere, tan sólo nos queda por mencionar cuáles son los principales efectos derivados de su déficit o carencia. Es decir, qué ocurre si un menor de edad no emancipado, mayor de dieciséis años, que no vive de forma independiente, celebra un contrato de trabajo sin obtener - ya sea por no solicitarlo o por oposición de quien debe concedérselo - el correspondiente permiso de sus representantes legales. La falta de este complemento a la *capacidad limitada* del menor contratante - utilizando la terminología propia del artículo 7.b párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores - produce un vicio en el consentimiento y, por consiguiente, el contrato es susceptible de anulación - artículo 1.300 del Código civil -, en ningún caso nulo de pleno derecho¹³⁰².

Siempre quedaría expedita, eso sí, la vía de la convalidación de la relación negocial, por confirmación *a posteriori*, sea expresa o tácita, de la autorización, por parte de la persona a quien corresponda completar la capacidad del menor o por él mismo una

¹³⁰¹ Apilluelo Martín, Margarita, op. cit. págs. 73-74.

¹³⁰² No compartimos, por tanto, el criterio argüido por el **Tribunal Superior de Justicia de Murcia en sentencia núm. 1038/2008, de 1 de diciembre** - AS\2009\92 -, donde se considera, en su Fundamento de Derecho noveno, que "el contrato de autos es radicalmente nulo y no anulable, pues fue firmado por un menor de edad sin la asistencia de las personas que complementarían su capacidad de obrar, y por tanto prestó un consentimiento no válido y ello es causa de nulidad contractual por faltar el primero de los elementos esenciales para la validez de un contrato: el consentimiento". Cuestión distinta, a nuestro entender, hubiera sido que el menor de 17 años firmante de un contrato que le vinculaba con el Real Murcia Club de Fútbol, no hubiera reunido condiciones de madurez personal y psicológica suficientes - capacidad natural - para entender todas las consecuencias legales dimanantes del compromiso que estaba firmando. En este último supuesto, sí que el contrato sería nulo de pleno derecho por falta de consentimiento contractual. En igual medida, tampoco amparamos la argumentación empleada por el **Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, en sentencia núm. 563/2005, de 20 de julio** - AS\2005\2577 -, donde se considera como nulo el contrato de trabajo firmado exclusivamente por el menor, sin que el mismo fuera firmado por el representante legal del mismo - Fundamento de Derecho cuarto -.

vez alcanzada la mayoría de edad. En ambos casos el negocio jurídico bilateral surtirá plenos efectos desde el mismo instante de su perfección.

Una vez esgrimidas las principales singularidades que caracterizan a las disposiciones propias del Derecho laboral en relación con el estatuto legal de las personas menores de edad, y dando por concluida nuestra breve incursión en esta rama del ordenamiento jurídico, retomamos nuevamente el pulso que nos condujo a iniciar, realmente, este recorrido por los preceptos de la normativa social, que no es otro que el intento de armonizar y conciliar la lectura del inciso final del artículo 162 del Código civil con las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores - en particular con sus artículos 6 y 7 - y demás prescripciones conexas¹³⁰³.

En primer lugar, hay que señalar que la disposición apuntada del Código civil - introducida por la reforma del año 1981 - no sólo es posterior y general - civil - frente al sentido especial-laboral del Estatuto de los Trabajadores, que mantiene en esta materia su redacción originaria de 10 de marzo de 1980, sino que su supuesto de hecho es considerablemente más amplio, tanto desde un prisma subjetivo - no hay limitación de edad, sólo indirectamente en tanto que se requiere la presencia de *suficiente juicio* en el menor - como objetivamente hablando - todo contrato, incluido el de trabajo, pero no sólo él, que implique para el menor la realización de prestaciones personales -.

En consecuencia, todo parece apuntar a que, al menos por cuanto se refiere al valor de la declaración de voluntad prestada por el menor de edad: el contrato de trabajo entra dentro del campo de aplicación de la norma general civil y, por tanto, el contrato de trabajo celebrado por el representante legal sin el consentimiento del

¹³⁰³ **Olarte Encabo, Sofía**, op. cit. pág. 160, apunta que la relación existente entre ambos cuerpos normativos presenta problemas de descoordinación y contradicción.

menor sería radicalmente nulo. En cambio, el contrato de trabajo celebrado por el menor - mayor de dieciséis y menor de dieciocho años - sin la autorización de su legítimo representante o guardador, cuando ésta sea preceptiva, sería simplemente anulable¹³⁰⁴.

En suma, el artículo 162, párrafo tercero del Código civil vino a solventar el dilema de si el valor del consentimiento del menor de edad y el de su representante legal, que el artículo 7 b) del Estatuto de los Trabajadores exige conjuntamente para la efectiva celebración del contrato de trabajo, se colocan en un mismo plano secuencial; debiendo resolverse tal disyuntiva en un sentido negativo. Mientras que el consentimiento del menor de edad es condición *sine quae non* de validez del contrato, el del legítimo representante - o institución sustitutiva - es puramente de asistencia, con arreglo a las normas generales de capacidad de los menores de edad, y, en su defecto, produce contratos válidos en tanto no sean impugnados.

Otra cuestión que nos queda por resolver, es a qué tipo de *contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales* se está refiriendo el párrafo final del artículo 162 del Código civil, más aún cuando la referida anotación toma como punto de partida una situación en que corresponde a los progenitores - o en su defecto, a los tutores -, en representación legal de sus vástagos, se sobrentiende por carecer éstos de la suficiente capacidad para actuar por sí mismos, el comprometer su participación o intervención en una actividad de carácter individual. La respuesta se obtiene poniendo en correlación el mandato contenido en el artículo 162 del Código civil, al que estamos haciendo referencia, con los apartados primero y cuarto, del artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello sin olvidar, como complemento perfecto, lo dispuesto en el artículo 7 de la propia norma estatutaria.

¹³⁰⁴ Cámara Botía, Alberto, op. cit. pág. 236.

Realizada esta operación, la referencia al trabajo de menores de edad en espectáculos públicos vuelve a resultar inevitable, porque la legislación laboral traduce, en este contexto, exactamente la normativa civil. Así, si pensamos en menores no emancipados que no han alcanzado todavía la edad de los dieciséis años, el Estatuto de los Trabajadores -artículo 6.1 - deja clara la regla general de que éstos no reúnen la capacidad suficiente para poder celebrar autónomamente contratos de trabajo. Ahora bien, acto seguido, el artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores, reconoce y admite de manera absolutamente excepcional la posible intervención de estos menores en espectáculos públicos, con los condicionamientos y limitaciones prescritas por la ley. Pues bien, parece que es justamente a estas situaciones a las que se refiere el redactado del párrafo final del artículo 162 del Código civil. Es decir, persona menor de dieciséis años que es autorizada puntualmente para participar en un espectáculo público.

En este caso, y siguiendo las previsiones del punto cuarto del artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores y de la normativa especial que ha venido a regular en nuestro sistema la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos, el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto¹³⁰⁵, corresponde a los representantes legales del menor solicitar a la autoridad laboral el oportuno permiso para que estos últimos puedan llevar a cabo una prestación personal, siempre que la misma no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana, acompañando esa petición del consentimiento del menor, si tuviera éste suficiente juicio. Una vez

¹³⁰⁵ En particular, el artículo 2º del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, que establece que "la autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos, siempre que dicha participación no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el espectáculo o la actuación para la que se concede. Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato".

otorgada tal concesión, serán nuevamente los progenitores, o en su caso el tutor, los que en representación de sus hijos, o pupilos, celebrarán el pertinente acuerdo de voluntades, requiriéndose también el previo consentimiento del menor si reúne éste el discernimiento necesario¹³⁰⁶.

Como podemos comprobar, el desarrollo legal que nos ofrece la normativa laboral acerca de las *prestaciones personales* que puede desempeñar un menor de dieciséis años, se encuentra en estrecha correspondencia y sintonía con la fórmula utilizada en el artículo 162 *in fine* del Código civil.

Similar previsión se encuentra estipulada en el artículo 211-6.3 del Código civil de Cataluña. Este precepto apunta que "para cualquier acto del representante legal que implique alguna prestación personal del menor, se requiere su consentimiento si ha cumplido doce años o si, teniendo menos, tiene suficiente juicio"¹³⁰⁷.

De una lectura detallada de este precepto catalán podemos extraer varias diferencias con respecto a su homólogo del Código civil español - artículo 162 *in fine* -. En primer lugar, el Código civil de Cataluña utiliza la expresión *actos y no contratos*, al referirse a la intervención efectuada por el representante legal del menor de edad. Ello significa, en términos de extensión, que la norma civil catalana va más allá en sus previsiones, es más amplia, que su equivalente español. A nadie escapa que bajo la categoría legal de *actos* se encuadra un amplio espectro de situaciones de hecho,

¹³⁰⁶ También cabe tener presente el artículo 5 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo - Diario Oficial de la Comunidad Europea 216/1994, de 20 de agosto de 1994 -, en el que después de permitir que los menores intervengan en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias, afirma que deberá garantizarse que éstas no perjudiquen la seguridad, la salud o el desarrollo del menor ni afecten a su asistencia escolar o formativa.

¹³⁰⁷ El precepto catalán se muestra en clara contradicción con las opiniones vertidas por **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit. págs. 155-156, pues su literalidad no deja lugar a distintas interpretaciones: son los representantes legales y no el menor mayor de doce años, o aquél que presente suficiente juicio, los que acuerdan la realización del acto que implique una prestación personal del menor.

que superan, en mucho, las comprendidas tras la más estricta y específica noción de *contratos*.

En segundo término, también la ubicación sistemática de ambos preceptos guarda ciertas disonancias entre sí. Mientras que el artículo 162 del Código Civil español se encuentra ubicado en sede de relaciones paterno-filiales¹³⁰⁸, y halla su *alter ego* implícito en la genérica mención albergada en el ámbito de las instituciones privadas de protección a la persona, concretamente en el artículo 267 del Código civil, en el texto catalán, en cambio, encontramos un doble emplazamiento para una mención del estilo de la apuntada. Una contenida dentro del grupo de disposiciones que tratan de la potestad parental -artículo 236-19¹³⁰⁹- y otra, prácticamente idéntica, localizada en el conjunto de preceptos que desarrollan *ex novo* en nuestro contexto jurídico, los aspectos relativos a la persona física y sus capacidades - artículo 211-6.3 -.

Esta reiteración de contenidos en la que incurre el Código civil de Cataluña nos parece del todo innecesaria, puesto que dos preceptos que se limitan a transcribir de manera casi literal una misma cuestión, nada nuevo aportan y en consecuencia, uno de ellos es absolutamente prescindible. Nuestro criterio, en buena praxis jurídica, sería la de mantener la previsión en sede general de capacidad y eliminar la estéril e improductiva cautela del ámbito o sector más específico de la potestad parental. Más aún, cuando de la relación de actos, verificados por el tutor en representación de su

¹³⁰⁸ En concreto en el Capítulo II "De la representación legal de los hijos", del Título VII "De las relaciones paterno-filiales" del Libro I "De las personas" del Código civil español.

¹³⁰⁹ Idéntica prescripción ya se recogía con anterioridad en el artículo 156 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Para un comentario sistemático de la citada disposición vid. **Miralles González, Isabel**: "Comentarios al artículo 156 del Código de Familia" en **Egea y Fernández, Joan** y **Ferrer y Riba, Josep (Dirs.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, págs. 718-719.

pupilo, enumerados por el artículo 222-43 del Código civil de Cataluña, que requieren para ser eficaces de la preceptiva autorización judicial, ha desaparecido la referencia a "establecer alguna obligación personal o laboral de la persona tutelada", que sí existía, sin embargo, en el elenco o listado prescrito en su precedente más inmediato, el artículo 212.1.k) de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia¹³¹⁰ -.

Tal circunstancia, además de generarnos la fundamentada duda acerca de si a partir de la entrada en vigor del Libro II del Código civil de Cataluña, ya no será necesaria la solicitud de autorización judicial por parte del tutor para comprometer a su pupilo - entendemos que menor de dieciséis años - a la realización de una prestación de carácter individual; también lleva a cuestionarnos sobre cuáles son los verdaderos motivos que han conducido al legislador a prescindir de tal alusión. El hecho de existir una cláusula genérica y común, redactada desde la perspectiva del menor de edad como centro del sistema, en el artículo 211-6.3 del Código civil de Cataluña, podría ser perfectamente una de las razones que motivaron al Parlamento de Cataluña a redefinir el redactado del artículo 222-43 del Código civil de Cataluña. De ser ello así, no se entiende por qué no se obró de igual forma al tratar la institución de la potestad parental.

A mayor abundamiento, el artículo 211-6 del Código civil de Cataluña, que en su apartado tercero contiene la estipulación objeto de nuestro comentario, se intitula "interés superior del menor". Tras esta sugerente rúbrica se enmarca uno de los

¹³¹⁰ Para un comentario más detallado del artículo 212.1 del Código de Familia vid. **Cortada Cortijo, Neus**: "Comentarios al artículo 212 del Código de Familia" en **Egea y Fernández, Joan y Ferrer y Riba, Josep (Dirs.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, págs. 901-903.

principios rectores que inspiran nuestro sistema legal¹³¹¹, el *favor minoris*, y se hace recordándonos la importancia que debe irrogársele a la intervención directa del menor en la determinación de su propio interés - derecho de ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte a su esfera personal o patrimonial -. Es en este contexto en el que se encuadra, como una manifestación más de ese nuevo rol que se atribuye a los niños, niñas y adolescentes, la exigencia de su consentimiento para que su representante legal acuerde alguna prestación personal en su nombre, siempre que éste haya cumplido los doce años de edad o se encuentre en condiciones de entender y querer la prestación concertada.

De acuerdo con esta nueva filosofía, los sujetos beneficiarios se constituyen en el elemento teleológico de las instituciones civiles de asistencia y protección, cuyo centro de gravedad bascula ahora en torno a ellos, y a su prioritario interés. Lo que formalmente puede aparecer como un mero elemento subjetivo en la estructura interna de cada una de esas instituciones, se revela como el punto central de las mismas, vértice de su organización y fuente de su virtualidad, y, por ende, guía e hilo conductor de su interpretación y aplicación. Esta innovadora concepción de la niñez guarda estrecha relación con la primacía de su interés que hacen del sujeto la pieza esencial del engranaje normativo¹³¹².

La última de las distinciones que separa la transcripción del Código civil español y del Código civil de Cataluña, y que parece otorgar mayor seguridad jurídica al texto catalán, es la presunción contenida en esta última tendente a considerar que si el

¹³¹¹ Tal y como afirma **Ortuño Muñoz, Pascual**: "Comentario al artículo 211-6 del Código civil de Cataluña" en **Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.)**: Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 71, el interés del menor tiene categoría de principio general del Derecho o principio informador, puesto que inspira toda la normativa de referencia en esta materia.

¹³¹² **Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos**: "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil", en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1992, pág. 1398.

menor ha cumplido doce años reúne, en principio, y salvo prueba en contrario, suficiente juicio para entender y comprender el acto convenido por su representante legal, lo que supone ineludiblemente la necesidad de que aquél preste su consentimiento. Caso de no haber alcanzado esa edad, deberá valorarse si el menor ostenta o no la capacidad natural suficiente para discernir la trascendencia del trabajo, o prestación personal, que se compromete a realizar y que opta por asumirlo¹³¹³. De esta forma, se combina la seguridad que aporta la fijación de una edad específica - los doce años - con la adecuación al caso concreto que supone aceptar que en determinados casos pueda existir el autogobierno por debajo de esa barrera cronológica. Se trata, pues, de una combinación entre un criterio objetivo y una cláusula general¹³¹⁴.

Finalmente, y para concluir, cabe asentar que la última de las previsiones en este sentido la encontramos contenida en el artículo 21 del Código Foral de Aragón, donde se establece que "los contratos que impliquen alguna prestación personal del menor de 14 años que tenga suficiente juicio requieren su consentimiento previo y la autorización de quienes ostenten su representación legal". Las únicas particularidades que caracterizan, a la vez que identifican, a este precepto de la normativa civil aragonesa frente a lo preceptuado en los Códigos civiles español y catalán, se centra en dos aspectos de suma importancia y trascendencia práctica.

¹³¹³ Tal y como ha apuntado **Conde-Pumpido Ferreiro, Cándido**: "La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores o incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen" en *Revista General de Derecho*, n.º. 475-476, 1984, pág. 664, son los padres quienes se encuentran en mejor situación para determinar si el menor de edad tiene suficiente madurez para decidir sobre sus derechos fundamentales o la realización de una prestación personal aunque no se descarta que sean los notarios quienes se pronuncien además sobre si deben intervenir en el acto concreto. Además, también puede utilizarse un dictamen pericial psicológico que corrobore la concurrencia de madurez en el menor de edad.

¹³¹⁴ **Lama Aymá (de), Alejandra**. op. cit. pág. 149.

En primer lugar, en el Código Foral de Aragón se hace reseña expresa al menor de catorce años - recordemos que en el Código civil español no se menciona edad alguna, mientras que en el Código civil de Catalunya se hace a la edad de los doce años -. Que en Aragón se haya optado por este momento cronológico obedece a razones de tipo histórico. Así, desde antaño siempre ha existido en la normativa aragonesa, como consecuencia de que en este ámbito territorial nunca se conoció la institución de la patria potestad, una clara distinción entre el régimen jurídico aplicable a las personas menores de edad en atención a que hayan o no alcanzado la edad de los catorce años¹³¹⁵.

En segundo término, el artículo 21 del Código Foral de Aragón nos clarifica cuál es la intervención que se reserva a los representantes legales del menor de edad cuando se trata de comprometer prestaciones de carácter personal, que no es otra que la necesaria autorización, que sólo será concedida si tal servicio obedece al interés superior del menor de edad. El artículo, por tanto, guarda plena sintonía con lo predispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, precepto éste que viene a admitir que la autoridad laboral pueda autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en eventos o exhibiciones públicas, siempre que no implique riesgos para su salud física ni para su desarrollo profesional y humano.

Esta autorización de los representantes legales del menor de 14 años, se configura como un mecanismo o instrumento a través del cual los titulares de la autoridad familiar o de la tutela completan, que no complementan, el *ius laboris* del menor, constituyendo, además, un componente de vigilancia o control para la protección del

¹³¹⁵ Vid. en este sentido el último capítulo de la presente obra dedicado al estudio de la capacidad de obrar de las personas menores de edad en el Derecho civil aragonés y navarro.

propio individuo. Entendemos, pues, que el sujeto ostenta capacidad suficiente para comprometerse por sí a la prestación personal de que se trate, y simplemente precisa del permiso o la aprobación de su representante legal.

3.3. RESPONSABILIDAD NEGOCIAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS

Por último, el menor, por su condición de protegido, por no tener plena capacidad de obrar, puede eludir la responsabilidad negocial. Lo que, de modo indirecto, origina ciertas limitaciones especiales respecto de las actuaciones necesitadas de completa firmeza y no expuestas a impugnación.

La protección patrimonial del menor queda, por consiguiente, confinada, en la actualidad, en torno a la apuntada limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. A diferencia del Derecho anterior al Código civil, se ha derogado el amparo general que se concedía al menor de edad frente a todos los actos que le produjeran lesión - mecanismo de la *restitutio in integrum* -, excepto el residuo que de ella se conserva en el artículo 1.291, punto primero, del Código civil¹³¹⁶. El que contrata con el menor de edad queda ahora en situación más desventajosa que en la antigua normativa, pues depende del ajeno arbitrio la eficacia del contrato; pero con ello se facilita la protección del menor y también se reafirma indirectamente la autoridad de quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, al poderse recabar la anulación del contrato sin las trabas que comportaba la prueba de la lesión.

¹³¹⁶ Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial son rescindibles siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

A la luz de lo expuesto, no nos cabe la menor duda de que, en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos celebrados por los menores no emancipados no pueden calificarse, por principio, de inexistentes o nulos, ni de creadores de meras obligaciones naturales, ni de hacer absolutamente irresponsables, negocialmente hablando, a sus autores. El artículo 1.263 del Código civil impide que el consentimiento del menor de edad tenga eficacia para concluir un contrato perfecto, y el artículo 1.302 del propio Código civil, al permitir la anulación del contrato consumado, entrega a la voluntad del representante legal del menor - o de éste al alcanzar la mayoría de edad - mantener su eficacia o impugnarla, asumir la responsabilidad contractual o ejercitar la excepción de falta de consentimiento perfecto¹³¹⁷. Además, al configurarse o ser categorizados como contratos meramente anulables los celebrados por el menor de edad pueden ser ratificados o confirmados - artículos 1.310 y 1.313 del Código civil - e incluso ser objeto del contrato de fianza - artículo 1.824 del Código civil¹³¹⁸ -.

Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar un tanto en el régimen de ineficacia negocial que presentan las relaciones contractuales en nuestro contexto jurídico de referencia; para, posteriormente, estar en disposición de analizar cuál es el grado de incidencia de la capacidad de obrar de los individuos - en nuestro caso, los menores no emancipados - en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

¹³¹⁷ **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín:** Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, pág. 160, sostienen que la realización de actos, por parte del menor no emancipado que no les están permitidos no comporta -necesariamente - la invalidez de los mismos sino su ineficacia parcial y falta de firmeza.

¹³¹⁸ La excepción que recoge el párrafo tercero del artículo 1.824 del Código civil, respecto del préstamo hecho al hijo de familia, recoge el recelo tradicional hacia estos contratos por su especial peligro y por atentar al poder del representante del menor. En opinión de **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. pág. 185, lo dispuesto sobre la fianza puede aplicarse por analogía a la prenda y a la hipoteca.

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido, dentro de las formas fundamentales de ineficacia negocial admitidas en nuestra normativa civil, cuatro supuestos claramente diferenciados: la inexistencia, cuando, por ejemplo, en el contrato falta algún elemento esencial para su formación - artículo 1.261 del Código civil -; la nulidad, cuando se celebra un negocio jurídico contrariando un mandato o prohibición legal - artículo 6.3 del Código civil -¹³¹⁹; la anulabilidad o nulidad relativa, cuando la *stipulatio inter partes* se produce con un vicio o defecto susceptible de motivar la anulación por acción judicial - artículo 1.300 del Código civil -; y la rescisión, cuando del acuerdo de voluntades se deduce lesión o perjuicio para las partes o para terceros - artículo 1.290 del Código civil -.

Por nulidad absoluta o de pleno derecho ha de entenderse aquella imperfección de los contratos que les impiden alcanzar sus propios objetivos o finalidades, o lo que es lo mismo, aquella forma de invalidez que es intrínseca o inherente a la perfección del propio negocio, impidiendo que genere los resultados esperados, sin necesidad de una previa impugnación o declaración - nulidad *ipso iure* -.

Las causas de nulidad radical de los contratos pueden sistematizarse en las siguientes categorías: en primer lugar, la infracción de normas imperativas o prohibitivas - artículo 6.3 del Código civil -, o cuando se trate de acuerdos contrarios a las leyes, a la moral y al orden público - artículo 1.255 del Código civil -; en segundo término, por carencia de algunos de los elementos esenciales constitutivos del contrato - artículo 1.261 del Código civil -; y, en última instancia, por no ajustarse a la forma exigida cuando ésta tenga carácter fundamental, es decir, no respetar la forma *ad solemnitatem* marcada por ley.

¹³¹⁹ Muchos autores sostienen que la distinción entre inexistencia y nulidad es más una diferencia terminológica que real, que se va a refundir en una única forma de ineficacia como es la nulidad, la cual se producirá como consecuencia de dos tipos de causas: por la ausencia en el contrato de un requisito esencial del artículo 1.261 del Código civil, o por la infracción de una ley imperativa según el artículo 6.3 del Código civil.

Los principales rasgos comúnmente atribuidos al régimen de nulidad de pleno derecho por la doctrina y la jurisprudencia española, pueden resumirse y ser agrupados en los citados a continuación: a) no precisa declaración judicial alguna, ni una previa impugnación del contrato, operando, por el contrario, de manera *ipso iure*; b) cuando haya surgido, *de facto*, cierta apariencia negocial, podrá ser preciso, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar el amparo judicial, para lo que estará legitimado cualquier interesado, haya sido parte o no en el acuerdo; c) puede apreciarse de oficio por los tribunales siendo, en todo caso, la resolución judicial de efectos meramente declarativos; d) el negocio nulo no produce efecto alguno, *quod nullum est nullum effectum producit*, por tal circunstancia, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados a su tenor deben deshacerse; y, e) la nulidad es definitiva y no sana con el paso del tiempo, sin que sea posible su confirmación o subsanación¹³²⁰.

Conectando ahora esta manifestación de la invalidez negocial, la *nullitas*, con los actos realizados por sujetos que se encuentren en el estado civil de la minoría de edad, su régimen legal únicamente será de aplicación en aquellos supuestos en los que el menor de edad actúe con una falta o carencia absoluta de capacidad natural para entender y querer¹³²¹. Es por ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias de flexibilizar la aplicación e interpretación de los artículos 1.261 y 1.263 del Código civil, en relación con el artículo 1.301 del mismo cuerpo

¹³²⁰ **López San Luís, Rocío**, op. cit. págs. 146-147. Muy clarificadoras son también las palabras consignadas en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1984** - RJ\1984\1926 - en la que se establece que "*en los negocios jurídicos impugnados faltó el elemento esencial para la formación del acto o contrato, cual es el consentimiento por parte de doña María M. D. de la C. - artículo 1.261 del Código civil - por la incapacidad mental de ésta y tal declaración fáctica no se ha atacado por el cauce adecuado, es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocio radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma*".

¹³²¹ **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. pág. 901, clasifica los actos realizados por los menores como radicalmente nulos, cuando por las condiciones físicas o por la escasa edad del menor no puede existir un verdadero consentimiento, dado que faltaría uno de los requisitos del artículo 1.261 del Código civil.

normativo, y, entender que la nulidad de pleno derecho será de menester tan solo en aquéllos contratos realizados por los menores de muy corta edad, por considerar que carecen del intelecto y la voluntad suficientes para comprender la trascendencia de su declaración y las consecuencias que de la misma se deriven, mientras que en el resto de los casos, por defecto, se les aplicará el sistema de la anulabilidad.

No obstante, y tal como ya hemos evidenciado *ut supra*, concretamente en el apartado relativo a la capacidad natural, nuestra normativa civil - con la excepción del modelo aragonés - no establece una edad a partir de la cual podamos considerar que un menor de edad, en la generalidad de los casos, reúne aptitud para entender y querer. Esta circunstancia provoca que debemos atenernos a diversos criterios para delimitar, caso por caso, la concurrencia o no de la idoneidad suficiente para que un menor pueda concluir válidamente determinados actos jurídicos. Tales pautas vendrían representadas, entre otras, por la demostración del hecho de la falta de conocimiento, admitiéndose para ello la prueba de presunciones; la edad que ostentare el individuo; y la naturaleza del acto de que se trate¹³²². Sin embargo, en otros grandes Códigos europeos, como el alemán, sí se identifica el momento cronológico a partir del cual un individuo comienza a tener capacidad natural, señalándose en este caso concreto la edad de los siete años - artículo 104 del BGB de 1900 -.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1991, al afirmar que "en cuanto al recurso formulado por (...), aplicación indebida del artículo 1.301 del Código civil, y por falta de aplicación del artículo 1.261 en relación con el artículo 1.263 del propio texto legal, y aplicación indebida del artículo 1.258 del repetido Código; la calificación por la Sala a quo como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad Telesquís de la Tossa de

¹³²² De Castro, op. cit. pág. 174.

Alp, Dass y Urus S.A. y el actor recurrente, no resulta contradicha por la circunstancia de que éste fuere menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello precisen de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entender que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse como inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas - las normas - atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas - artículo 3.1 del Código civil - , y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o la anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria; por todo ello procede desestimar el motivo" - Fundamento jurídico tercero -.

También sugerente resulta el estudio del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2000, la que se plantea el interesante dilema acerca de la capacidad contractual del menor de edad ante la celebración de un contrato de compraventa, en el que la vendedora era menor de edad y actuaba como representante de sus hermanos, también menores de edad, todos ellos propietarios a título hereditario de la finca objeto del litigio¹³²³.

¹³²³ **Sentencia del Tribunal Supremo núm. 24/2000, de 21 de enero**, - RJ\2000\113 -. En esa misma línea se había pronunciado el propio Tribunal Supremo unos años antes, en **Sentencia de 1 de febrero de 1986** - RJ\1986\408 -, en un caso que afectaba a una compraventa realizada por una persona enferma por una demencia senil con anterioridad a su declaración judicial de incapacidad. Esta resolución apunta que "el

En la resolución se cuestiona si la *emptio-venditio* está afectada, a la luz de los artículos 1.300 y 1.261 del Código civil, de nulidad radical, o si más bien nos hallamos ante una hipótesis de anulabilidad, ya que atendiendo a la decisión que se adopte dependerá, respectivamente, que se trate de una acción imprescriptible o de una *actio supeditada* - en contexto de validez claudicante - al plazo sanatorio previsto por el artículo 1.301 del Código civil. El Tribunal Supremo, en el caso de autos, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que desestimó la anulabilidad de la compraventa controvertida y, declaró su nulidad radical manifestando que "para la resolución del tema conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con intervención efectiva y prestando su consentimiento, por lo tanto sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resultan aplazados sus efectos vinculantes.

Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria - artículos 1.309, 1.310 y 1.311 del Código civil - justificando así el consentimiento prestado (...). Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden - incapacidades naturales por la edad -, sucede que salvo doña Elena M.B., sus otros cuatro hermanos no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir, que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser ésta menor de edad y carecer de la capacidad de obrar necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que

estado mental originador de una disminución de aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz , puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1.263 número 2 del Código civil" - Fundamento de Derecho decimocuarto -. Otro caso similar al apuntado también se recoge en la **Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998** - RJ\1998\3230 -.

acarrea la nulidad radical del contrato - artículo 6.3 del Código civil -. No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida totalmente la relación jurídica - sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1977, que cita las de 31 de diciembre de 1886; 17 de junio de 1908; 3 de julio de 1923, así como las de 9 de diciembre de 1953; 25 de junio de 1929; 17 de marzo de 1963; 10 de noviembre de 1969; y 14 de marzo de 1974" - Fundamento de Derecho segundo -.

Por lo que a la nulidad relativa o anulabilidad se refiere, el artículo 1.300 del Código civil establece que "los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 del Código civil pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley". La anulabilidad se caracteriza, inicialmente, por ser un instrumento jurídico puesto por la Ley a disposición de determinados sujetos, para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de tutela jurídica, de manera que se les deja a su arbitrio la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Esto provoca que el contrato anulable haya sido calificado como un negocio jurídico bilateral de validez claudicante, es decir, un contrato que se encuentra en una situación de latente provisionalidad, que puede evolucionar en un doble sentido o hacia dos posibles alternativas: ser definitivamente válido o no serlo¹³²⁴.

Los menores de edad no emancipados, en la esfera contractual, gozan de una especial protección, es por ello que la doctrina considera que al estudiar la posible eficacia de las relaciones negociales por ellos entabladas, hay que poner en correlación los artículos 1.263.1 y 1.300 del Código civil, y llegar con ello a la

¹³²⁴ **López San Luís, Rocío**, op. cit. págs. 149-152. Vid. también en este sentido la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989** - RJ\1989\4283 -.

conclusión de que, en principio y por regla general, son simplemente anulables. El artículo 1.263.1 del Código civil no puede entenderse de forma aislada, tal como nos indica el artículo 1.264 del Código civil, sino conforme al artículo 1.302 del mismo cuerpo legal, del que extraemos que a partir del consentimiento del menor de edad se perfecciona el contrato, aunque con la particularidad de que éste no queda obligado de modo absoluto¹³²⁵.

En definitiva, los contratos celebrados por un menor no emancipado, que reúna unas condiciones de raciocinio y madurez mínimas, serán válidos, pero de eficacia claudicante y podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años, o por el propio menor de edad durante ese mismo plazo de tiempo, una vez emancipado siempre y cuando el representante legal no lo hubiera confirmado previamente¹³²⁶. Estos contratos están, en suma, sometidos al régimen legal de la anulabilidad - artículos 1.301 y siguientes del Código civil -.

En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia, corroborando que los negocios jurídicos otorgados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino simplemente anulables. Ahora bien, tal y como se encarga de recordarnos la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1977 hay que

¹³²⁵ **De Castro y Bravo, Federico:** Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 174, defiende que la expresión, "*no pueden prestar consentimiento*", contenida en el artículo 1.263 del Código civil, lo que significa es que los menores no emancipados no pueden convenir un contrato perfecto, pues será claudicante en beneficio del menor. Por su parte, **Bercovitz Álvarez, Germán:** "Comentario al artículo 1.263 del Código civil" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord):** Comentarios al Código civil. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 1513-1514, estima que el hecho jurídico de la minoría de edad no hace que el contrato se considere inexistente; puesto que el artículo 1.263 del Código civil debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1.301 y 1.302 del citado texto legal. Se tratará en principio de contratos no nulos sino anulables - sólo por el menor o su representante legal -.

¹³²⁶ Esta confirmación, por parte de los representantes legales de los actos realizados por el menor de edad, priva a éste de que una vez que salga de la patria potestad o tutela pueda anular el acto, por lo que somos partidarios de entender de que en el supuesto de que esta confirmación le irroque al menor de edad un daño o perjuicio, éste pueda solicitar la indemnización correspondiente a sus representantes legales, por el ejercicio irregular de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela.

especificar, en todo caso, "si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, ya que en el primero de los supuestos el contrato será inexistente, mientras que en el segundo tan solo anulable".

Los efectos resultantes del ejercicio de la acción de anulabilidad tienen carácter retroactivo, y quedan, por tanto, referidas a la fecha del otorgamiento del contrato. Ello significa que la anulación privará a las partes de todo instrumento legal para reclamar la ejecución de las prestaciones, y si las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico ya han sido cumplidas, nacerá el deber de restitución recíproca entre el *solvens* y el *accipiens*, según el artículo 1.303 del Código civil, con la singularidad de lo dispuesto en los artículos 1.305 y 1.306 también del Código civil.

Una de las excepciones al régimen restitutorio previsto en el artículo 1.303 del Código civil, se obra cuando la causa de anulabilidad procede de la falta de capacidad de uno de los contratantes, por ejemplo, propiciada por el hecho de ser menor de edad. En estos casos, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1.304 del Código civil "no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera". Un cierto paralelismo con esta prevención dispositiva lo encontramos establecido en el artículo 1.163 del Código civil, que se pronuncia constatando que "el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuando se hubiere convertido en su utilidad", siendo al que afirme que el cumplimiento ha redundado en beneficio del menor al que corresponda la carga de la prueba.

La finalidad de un precepto del estilo del artículo 1.304 del Código civil no es otra que la de arbitrar una protección patrimonial completa y adecuada de los niños, niñas y adolescentes. El mecanismo de la anulabilidad, aisladamente considerado, se convertiría en una especie de instrumento de amparo y defensa de los intereses

económicos del menor de carácter meramente ilusorio, si fruto de la aplicación del artículo 1.303 del Código civil - que arbitra la restitución de lo por ellos dado -, se vieran compelidos a pagar, con cargo a su fortuna, el equivalente de lo recibido o malgastado.

El enriquecimiento, al que hace mención el artículo 1.304 del Código civil, no consiste sólo en un aumento material y duradero del caudal económico, sino que exige también un empleo beneficioso por el incapaz de lo percibido. Por tanto, se entiende que tras la aludida expresión se esconde el aumento real o el beneficio experimentado por el patrimonio del menor, así como la evitación de un gasto o cuando la prestación haya venido a satisfacer carencias del individuo. Por ello, no basta que los bienes objeto del contrato hayan ingresado en el haber del menor, sino que es menester que impliquen un incremento del mismo o atiendan a sus necesidades¹³²⁷. En suma, el menor ha de obtener una utilidad objetiva, que se consigue con un incremento patrimonial o un ahorro de gastos. La carga de la prueba del enriquecimiento injustificado recae sobre la parte que alega y reclama la restitución del menor, es decir, el contratante capaz¹³²⁸.

¹³²⁷ **Vila Ribas, Carmen**: "Comentarios al artículo 1.304 del Código civil" en Domínguez Luelmo, Andrés (Dir.): Comentarios al Código civil. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 1434. En idéntico sentido, **Colás Escandón, Ana María**: "Comentario al artículo 1.304 del Código civil" en **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.)**: Comentarios al Código civil. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 1568; y **O'Callaghan**, op. cit. pág. 1322.

¹³²⁸ Sobre lo que hay que entender por enriquecimiento en el artículo 1.304 del Código civil véase la **sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1918**, en la que se establece que "el enriquecimiento al que se refiere el artículo 1.304 del Código civil consiste, no en la mera entrega de cierta cantidad en préstamo, sino en que el que afirma el enriquecimiento acredite cumplidamente que la suma recibida por el incapaz ha producido aumento o beneficio en su patrimonio"; y en esa misma línea argumental las **sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1984; de 15 de febrero de 1952; de 9 de febrero 1949**, que declaran que "el artículo 1.304 del Código civil, con antecedentes en el antiguo privilegio *"in integrum"*, acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapaz que le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción a la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el

Llegados a este punto, no debemos descuidar que los Derechos especiales navarro y aragonés mantienen vigentes ciertas peculiaridades en este extremo. En Navarra, por ejemplo, se prevé la nulidad absoluta de las declaraciones de voluntad emitidas por los menores no emancipados - Ley 19 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra -. Ello sin perjuicio, de lo dispuesto en la Ley 50 del propio Fuero Nuevo de Navarra, que estipula que los púberes - personas mayores de catorce años -, ostentan capacidad para los actos determinados en la Compilación, y que los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no se contraigan obligaciones - pues en nada les perjudican -, aunque contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

En Aragón, por su parte, se ha optado por marcar con claridad una distinción entre el menor que ha cumplido los catorce años del que todavía no lo ha hecho. Al primero, se le reconoce la capacidad para realizar toda clase de actos y contratos - artículo 23.1 del Código del Derecho Foral de Aragón¹³²⁹ -; no tiene, por extinción, representante legal - artículos 5.3 y 12.1 a *sensu contrario* del Código del Derecho Foral de Aragón -, si bien es cierto que, en la mayoría de los supuestos, la plena validez de sus actuaciones requiere de la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores o, en su defecto, del tutor; y, finalmente, su voluntad es decisiva para consentir intromisiones en los derechos de la personalidad - artículo 24.1 del Código del Derecho Foral de Aragón -. Mientras que el segundo - menor de catorce años - opera de ordinario a través de las intervenciones de su representante legal, excepción hecha de los actos relativos a los derechos de la personalidad y demás enunciados en

artículo 1.303 del Código civil". Más moderna, aunque sin variar esa visión del artículo 1.304 del Código civil, es la **sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2003** en su Fundamento de Derecho tercero - RJ\2003\7736 -.

¹³²⁹ Precepto que es fiel a las pautas caracterizadoras de la regulación secular de la capacidad del menor mayor de catorce años del Derecho aragonés. De hecho, este artículo 23 reproduce casi en su literalidad la mayor parte del ya derogado artículo 5.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

el artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, que ejercita él mismo si reúne para ello suficiente juicio¹³³⁰.

Por último, una vez dispuesto el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por un menor no emancipado, tanto si ostenta capacidad natural - anulabilidad - como si no lo hace - nulidad absoluta -, nos quedaría por examinar una tercera categoría integrada por aquellos actos llevados a cabo por una persona menor de edad, de manera totalmente autónoma, perfectamente válidos, cuando en relación al propio contenido y naturaleza de los mismos, a la edad y al grado de discernimiento que presente el individuo, se estime que reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes como para expresar un verdadero consentimiento¹³³¹. Dentro de esta especie podemos englobar todas aquellas acciones que la ley permite a las personas menores de edad celebrar por sí mismas - artículos 162.1 y 3 y 164.3 del Código civil - y las que éstas celebren, con el consentimiento de sus progenitores o tutores, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico así lo autorice - artículo 164.3 *in fine* del Código civil -.

¹³³⁰ El artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón establece: "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".

¹³³¹ En este sentido, **Manresa y Navarro, José María**: "Comentario al artículo 1.301 del Código civil español" en *Comentarios al Código civil español*. Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus, págs. 636-637, considera que es más difícil clasificar con precisión el caso de contratos celebrados por menores, puesto que la incapacidad de éstos es a la vez reflejo de la que supone el desarrollo aún no concluido, y de la organización familiar, no cabiendo otra solución que atender a la edad en que celebró el contrato, y al predominio que entonces tuviera la incapacidad natural o la puramente legal para producir ésta. La Ley parece considerar este caso como de nulidad estricta, no de inexistencia, puesto que fija plazo para que, transcurrido, se extinga la acción; pero con ello se refiere sin duda, a contratos celebrados cerca de la mayor edad; mas no puede referirse a los que se celebren con un niño, que han de reputarse, por lo general, inexistentes. La importancia del contrato y la edad del menor son las bases, y si bien en los extremos de ésta no hay duda, surge la dificultad en los grados medios, pareciendo lo más lógico referir la nulidad a la época en que la ley autoriza la emancipación, y la inexistencia a aquella otra en que ésta no es posible.

De igual modo, también incorporamos dentro esta enumeración los actos realizados de manera absolutamente independiente por parte de un menor de edad, es decir, sin necesidad alguna de intervención de sus representantes legales en sustitución o complemento de su capacidad, a pesar de que su ejercicio no esté expresamente permitido por la ley, cuando los mismos estén socialmente admitidos - los relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales -.

Según el parecer de la doctrina mayoritaria, concebir estos actos de la vida corriente de las personas menores de edad como socialmente aceptados y eficaces, lo que logra es: en primer lugar, reconocer al individuo, desde épocas muy tempranas, un campo de actuación particular, que se verá progresivamente ampliado en la medida en que los usos sociales ligan esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de los sujetos; en segunda instancia, permitir que el menor de edad vaya tomando parte en el tráfico jurídico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio; y, por último, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de estos actos que un menor de edad puede ejecutar, en vinculación directa con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor de edad¹³³².

En suma, los contratos celebrados por menores de edad pueden resultar: radicalmente nulos, caso de no constar verdadero consentimiento. Tal situación se producirá cuando se dé en el menor de edad una total ausencia de capacidad natural; relativamente nulos o anulables, si el menor de edad celebra contratos en principio válidos, pero de eficacia claudicante en las condiciones previstas en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil; y, perfectamente válidos y eficaces, cuando en

¹³³² **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. pág. 1.443 y **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 119.

relación a su contenido y naturaleza, el menor, por su edad y nivel de desarrollo, posea condiciones de juicio y entendimiento suficientes para expresar un verdadero consentimiento - artículo 1.261.1 en relación con el artículo 162.2.1 ambos del Código civil -.

Un último aspecto a tener en cuenta, que plantea la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico con relación a los terceros contratantes, es la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*¹³³³; es decir, cuando el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades - manifestación del dolo esencial del artículo 1.269 del Código civil -.

Esta situación queda reservada para aquellos casos en los que es de aplicación el régimen general de especial protección de la eficacia claudicante del contrato en beneficio del menor de edad, no, obviamente, en aquellos otros en los que por el carácter del negocio y la edad del individuo, éste actúa dentro del ámbito de su propia esfera de autonomía o competencia - ya sea por estar habilitado para ello por ley, o porque socialmente así se le reconoce¹³³⁴ -. También quedarían fuera, por supuesto, aquéllas situaciones en las que el menor de edad careciera absolutamente de intelecto y voluntad suficientes para llegar a comprender y querer el contenido y las consecuencias derivadas del acuerdo adoptado.

¹³³³ **Lauroba Lacasa, María Elena:** El pago al acreedor incapaz (análisis del artículo 1.163.1º del Código civil). Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas, pág. 60, identifica el caso del menor - el protegido por la ley - que induce, con maniobras fraudulentas, al deudor capaz a que le pague a él en el marco de una obligación válidamente constituida, como una variante del "dolo de los incapaces".

¹³³⁴ **Jordano Fraga, Francisco,** op. cit. págs. 901-903.

Las *maquinaciones insidiosas* del menor de edad - que presuponen, evidentemente, un mínimo de capacidad natural, y unas ciertas aptitudes mentales y volitivas - , están, pues, precisamente dirigidas a rebasar el límite de lo que social y jurídicamente se le consiente actuar, por sí, con plena validez, y simultáneamente, a hacerlo de tal forma que evite las prevenciones suscitadas en quien en modo alguno interesa contratar con un régimen que pone la subsistencia del contrato en manos del propio menor o de sus representantes legales.

Esta actuación dolosa del menor presenta un aspecto muy especial y particular que lo diferencia del dolo en la formación de los actos jurídicos en general. Por lo regular, la intención u objetivo del sujeto con capacidad limitada no es la de imponer una relación contractual desventajosa a la otra parte, sino a la inversa, dejarla sin efecto; es más, ese vínculo negocial, habitualmente, suele ser beneficioso o satisfactorio para el interviniente capaz. De aquí que éste, en principio, no muestre interés alguno en la nulidad del convenio, sino, al contrario, en su subsistencia. En definitiva, será precisamente el menor de edad quien, para sustraerse de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades invoque su incapacidad, con el firme propósito de finiquitar el acto jurídico que excede de sus aptitudes negociales; viniendo a ser justamente esta anulación la que causa perjuicio al estipulante de buena fe.

De la redacción del artículo 1.302 del Código civil, se desprende que la parte que no puede impugnar un contrato anulable, por cuestiones de capacidad, se encuentra en una posición incómoda y endeble, en cuanto que los efectos del negocio penden en manos de otras personas, pudiéndose llegar a mantener esa situación de objetiva

inseguridad durante un considerable periodo de tiempo¹³³⁵. Se desprende, por consiguiente, que el Código civil no parece preocuparse, en modo alguno, de la situación del contratante no legitimado para accionar, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por tanto, indigno de protección. En otras palabras, aplicamos el adagio de "*qui cum alio contrahit vel est, vel debe esse non ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit*" - el que contrata con otro, sabe o no debe ignorar la condición de éste -¹³³⁶.

Tal circunstancia nos lleva a afirmar que la única opción válida de quien en esta forma conviene, consiste en soportar la vigencia del acuerdo suscrito, cumplir, en tanto no sea anulado, las obligaciones que del mismo dimanen, con la única expectativa que se le reintegre de aquello en que demuestre se enriqueció el sujeto con capacidad limitada - artículo 1.304 del Código civil¹³³⁷ -.

Ahora bien, aún reconociendo que el legislador español parte de una presunción de inocencia del sujeto incapaz, el que con él contrató - o con quién sufrió violencia o intimidación de un tercero, o padeció error -, podría ser perfectamente ajeno o desconocer por completo esas causas que conllevan la anulación del contrato.

Antiguamente, en el Derecho romano frente a situaciones como las descritas no se auxiliaba a los menores que actuaban dolosamente¹³³⁸, por el contrario, se aplicaba

¹³³⁵ **Delgado Echeverría, Jesús:** "Comentarios al artículo 1.302 del Código civil" en **Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVII. Vol. 1-B. Madrid, 1993, Ed. Edersa, pág. 14.

¹³³⁶ D. 50, 27, 19.

¹³³⁷ **Cossío y Corral, Alfonso de:** El dolo en el Derecho civil. Granada, 2005, Ed. Comares, págs. 218-219.

¹³³⁸ **Digesto 4.4.9.*2:** "Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus; ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel commodata, vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit?. Et placet, in delictis minoribus non subveniri; nec his itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniura dedit, non ei subvenietur".

la conocida máxima de la *malitia supplet aetatem*¹³³⁹ - la malicia compensa la minoridad -, y en aras de proteger el interés y la buena fe del tercero contratante, se convertía el negocio jurídico en inimpugnable. No obstante, los peligros que la aplicación estricta de este criterio podían comportar en orden a una disminución excesiva de la protección que al menor dispensaba la normativa legal, obligaron a una posterior evolución de esta institución, exigiéndose para poder hablar de dolo del menor la presencia de genuinas maquinaciones, tretas y engaños. Con ello se vino a dar respuesta a la práctica usuraria de preconstituir el dolo del menor - y con él, la inatacabilidad del contrato - con el uso de cláusulas de estilo en que aquél se declaraba mayor de edad¹³⁴⁰. Era, pues, necesario impedir que todo el aparato protector de la minoridad quedara inutilizado por una disposición que pronto se hubiera convertido en estipulación estándar¹³⁴¹.

Fruto de esa necesaria transformación, hoy día, ciertos ordenamientos jurídicos se han hecho eco de ese aforismo, si bien revistiéndolo de las mencionadas precauciones que eviten un uso abusivo del mismo. Sin ir más lejos, en el *Code Napoléon* se distinguían dos situaciones claramente diferenciadas entre sí: la del menor que comete maniobras dolosas para hacerse aparecer ante los demás como mayor de edad, en cuyo caso, el artículo 1.310 del Code civil francés, lo hace

También **Digesto 4.4.32** y **C. 2.35.1**. Y aparece como una de las excepciones del Senadoconsulto Macedoniano (**Digesto 14.1.6**).

¹³³⁹ Regla que, por influencia romana, recogieron también las Partidas: "Las leyes ayudan a los engañados, no a los engañadores". Ley 6, Título XIX, Partida Sexta.

¹³⁴⁰ El propio **De Castro y Bravo, Federico**: Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 192-193, alerta del peligro de que se convierta en práctica de usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una falsa acusación - prefabricada - de engaño sobre la edad del menor. Por ello, y sobre todo por haberse sustituido el sistema de la *restitutio in integrum* por el de la anulabilidad, nuestro Código no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado por un menor la excepción de su dolo o su malicia.

¹³⁴¹ **Planiol, Marcel**: Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo VI. Las obligaciones. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, págs. 106-107.

responsable de las obligaciones resultantes de sus delitos o cuasi delitos, no pudiendo en este caso alegar su incapacidad¹³⁴²; y la circunstancia en que el menor simplemente se hubiera limitado a afirmar su mayoría, en cuyo caso el propio Código francés proclama que esa mera declaración por su parte no impide su derecho a la restitución¹³⁴³, lo que *a sensu contrario*, por tanto, vendría a equivaler a la responsabilidad del menor por sus maniobras fraudulentas - artículo 1.307 del Code civil francés¹³⁴⁴-. En el primero de los casos, el mecanismo de reparación previsto por el Derecho civil francés, consistirá en el mantenimiento del contrato sobre cuya irregularidad se ha burlado al cocontratante.

También el *Codice civile* italiano consagra modernamente esa regla tradicional romana, y asume como propias, aunque de una manera más directa, la dualidad de situaciones prescritas por la norma francesa, estableciendo en su artículo 1.426 que "el contrato no es anulable si el menor ha ocultado dolosamente su minoría de edad; pero la simple declaración de ser mayor no es obstáculo para su impugnación¹³⁴⁵".

¹³⁴² El artículo 1.310 del Código civil francés se pronuncia en el siguiente sentido: "Il n'est point - le mineur - restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit"

¹³⁴³ **Ripert, Georges:** La règle morale dans les obligations civiles. Paris, 1925, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, pág. 91. Parece adoptar esta visión la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 24 de junio de 1898, en la que se declaró que la mera presentación en el otorgamiento de un contrato de préstamo de una cédula, por la que inexactamente resultaba ser el prestatario mayor de edad, no era la maquinación insidiosa que pudo inducir al prestamista a celebrar el contrato, ni constituía el dolo que define el artículo 1.269 del Código civil español.

¹³⁴⁴ El artículo 1.307 del Código civil francés prevé que: "La simple déclaration de majorité, faite par le mineur na fait point obstacle à sa restitution".

¹³⁴⁵ En su versión original en italiano el artículo 1.426 del Codice civile versa del siguiente tenor: "Il contratto non é annullabile se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non é di ostacolo all'impugnazione del contratto".

En idéntico sentido, se pronuncian el Código civil portugués en su artículo 126¹³⁴⁶ y el B.G.B. austríaco en sus disposiciones 866¹³⁴⁷ y 248¹³⁴⁸.

Regresando de nuevo al Derecho español, y situándonos ante el supuesto de hecho de que el menor actuare dolosamente haciéndose pasar por mayor de edad y, en definitiva, en plenitud de condiciones para cerrar un determinado negocio jurídico, se plantea el interrogante de si se extiende a este caso la protección y el trato de favor dispensado al menor tanto por el artículo 1.302 del Código civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1.304 del Código civil, limitando o restringiendo la restitución a "*in quantum locupletiores facti sunt*" - en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera -¹³⁴⁹.

De conformidad con el tenor literal de ambos preceptos, parece que el Código civil español, aun habiendo contratado el menor fraudulentamente, se inclina por permitirle ejercitar la acción de anulabilidad, y beneficiarse así de sus previsiones. No se hace eco, por tanto, nuestra normativa civil, ni siquiera en su fórmula más evolucionada, de la regla romana de la *malitia supplet aetatem*. Todo ello, propiciado por la circunstancia de que en nuestro contexto jurídico la referencia a la buena fe del menor aparece como un *factum* incuestionable, y sólo él o sus

¹³⁴⁶ Establece el artículo 126 del Código civil portugués: "Nao tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o acto tenha usado de dolo com fim de se fazer passar por maior ou emancipado".

¹³⁴⁷ El artículo 866 del B.G.B. austríaco menciona: "Quien dolosamente afirma que es capaz para inducir a otro a celebrar un contrato, está obligado al resarcimiento, si éste último careciera de medios para informarse de su incapacidad".

¹³⁴⁸ Por su parte, el artículo 248 del B.G.B. austríaco reza: "Un menor de edad, para concluir un negocio, es responsable de todos los daños y perjuicios, cuando la otra parte no tuvo medio de comprobar tal afirmación".

¹³⁴⁹ Como respecto al pupilo se establece en el Digesto 26, 8, 5: "*Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est*" - Vendiendo el pupilo sin la autoridad del tutor no se obliga, y tampoco comprando, sino en cuanto se hizo más rico -.

representantes legales están habilitados para impugnar - artículo 1.302 del Código civil -¹³⁵⁰.

Frente a este método de interpretación gramatical adoptado por nuestro legislador - exégesis auténtica -, cierto sector doctrinal ha mostrado su disconformidad, considerando la solución más idónea la de que el dolo del menor - al igual que sucede en Francia, Italia, Portugal y Austria - venga a convalidar el contrato, impidiendo, de esta forma, su anulación. Esta tesis, favorable a la admisión o al redescubrimiento en nuestro ordenamiento jurídico de la regla que determina que la *malicia suple la minoridad*, toma como principal argumento de justificación la idea o la eventualidad de que era justamente ésta la postura mantenida tanto por la tradición histórica española como por la jurisprudencia anterior al Código civil, e incluso por alguna de posterior¹³⁵¹.

Por lo que a los antecedentes normativos se refiere, el texto de las Partidas dio acogida a la figura contenida tras la expresión "*malitia supplet aetatem*"¹³⁵², extendiéndola, además, a la mujer que oculta su condición de tal para burlar las

¹³⁵⁰ Para nada compartimos la interpretación que de dicha máxima realiza **De la Válgama, María**, op. cit. pág. 237, al considerar que el principio de la *malitia supplet aetatem* significa reconocer capacidad para el acto que se contemple, a una persona, cuando se demuestra que, a pesar de no haber cumplido la edad requerida para el mismo, estaba en condiciones de realizarlo adecuadamente.

¹³⁵¹ Vid. **Lauroba Lacasa, M^a. Elena**: El pago al acreedor incapaz: análisis del artículo 1.163 del Código civil. Madrid, 1990, Ed. Civitas, págs. 63-64; véase también **Cossío y Corral, Alfonso de**: El dolo en el Derecho civil. Granada, 2005, págs. 373- 382. En un sentido similar se pronunciaba **Mucius Scaevola, Quintus**, op. cit. pág. 1027, quien entendía que en este punto debe tenerse en especial consideración la buena o mala fe con que se haya procedido por las personas capaces.

¹³⁵² **Ley 4, Título I, Partida Quinta**: "Otro sí decimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviese, e lo negasse, diziendo que non, que por tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado"; **Ley 6, Título XIX, Partida Sexta**: "Diziendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdría el pleyto que así fuesse fecho con él, e non deve ser desatado después, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores".

limitaciones legales impuestas a su sexo y condición¹³⁵³. Claramente primaba, por tanto, la protección de la contraparte de buena fe frente a la del incapaz.

Es incomprensible, afirman los representantes de esta corriente de opinión, que se niegue la acción de anulabilidad a quien obró correctamente y en la inteligencia de que la persona con quien contrataba tenía el pleno goce de la facultad de obligarse. En consecuencia, concluyen afirmando, la aplicación estricta y literal del artículo 1.304 del Código civil, en no pocas ocasiones, puede resultar tan inmoral y deshonesto que difícilmente debiera ser sostenida por el recto espíritu de los Tribunales, teniéndose que imponer, en su parecer, un criterio por el que se la limitara al caso concreto de haber actuado con mala fe quien convino con el incapaz¹³⁵⁴.

Ante el reseñado panorama, con independencia de la vigencia o no en nuestro Derecho positivo del axioma latino objeto de estudio, entendemos de cierta relevancia el formular dos tipos de observaciones¹³⁵⁵. En primer lugar, dar por sentado que el adagio *malitia supplet aetatem* es claramente expresivo del criterio histórico de preferencia por la *bona fides* a costa del menor - o del incapaz en términos generales -, al menos cuando éste actúa dolosamente creando la apariencia de su plena capacidad de obrar; y, en segundo término, entender como legítima la

¹³⁵³ **Ley 3, Título XII, Partida Quinta:** "Por cuales razones pueden las mugeres ser fiadores por otri...La sesta (razón) es cuando la mujer se vistiese vestiduras de varón engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por fiador, cuidando que era varón. Ca el derecho que han las mugeres en razón de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: más por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente".

¹³⁵⁴ **Mucius Scaevola, Quintus**, op. cit. pág. 1027, se alinea con esta tendencia y se cuestiona ¿Qué no ha de parecernos al observar que, por la disposición del artículo 1.304 del Código civil, quien se condujo de esta manera legítima - actuando de buena fe -, víctima probablemente de documentos o apariencias hábilmente simulados. además de perder el beneficio que pretendía con el convenio, se encuentre en el trance de devolver lo que percibió y de perder, por otra parte, lo que había entregado?.

¹³⁵⁵ **Gordillo Cañas, Antonio**, op. cit. págs. 169-171.

incertidumbre sobre el significado del silencio que guarda el Código civil español en este punto¹³⁵⁶.

A tenor de esta última reflexión, algunos autores¹³⁵⁷ han planteado la disyuntiva de porqué no ver en esa omisión, en esa falta de pronunciamiento expreso de nuestra normativa civil, en lugar de la renuncia o el abandono del criterio imperante y vigente en la tradición jurídica española hasta llegado el momento de la codificación, una simple laguna a colmar desde el Derecho histórico - Base 1ª de la Ley de 11 de mayo de 1888¹³⁵⁸ -. Esta posibilidad, además, parecería enlazar mejor con el todavía vigente artículo 10 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, que afirma que "el prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad" y pondría, asimismo, a la normativa española en perfecta consonancia con las disposiciones internacionales más modernas y avanzadas en la materia¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ Para dar respuesta a estas situaciones, un sector minoritario de la doctrina ha pensado en acudir a la utilización de la *acción de jactancia*. Es decir, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si fue ya consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo. Aplicando esta teoría dogmática al supuesto que nos ocupa, **López San Luís, Rocío**, op. cit. pág. 159-164, se pregunta si cabría la posibilidad de que la persona capaz pudiera provocar el acto o su confirmación.

¹³⁵⁷ **Gordillo Cañas, Antonio**, op. cit. págs. 169-171.

¹³⁵⁸ También **García Goyena, Florencio**: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Vol. III. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial, pág. 17, sostuvo al glosar el artículo 987 de su Proyecto, que por Derecho romano y patrio, eran válidas las obligaciones de los que, habiendo llegado a la pubertad, carecían de curador; pero se les concedía el beneficio de la restitución "in integrum" en el caso de sentir lesión o daño, a menos que hubiese habido por su parte dolo o malicia.

¹³⁵⁹ Para **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. pág. 193, este precepto no afecta a su tesis. Así, la creencia del prestamista - aun creada dolosamente por el menor - no altera la condición del contrato a este respecto, y seguirá siendo impugnabile como contrato de préstamo al menor, sólo que la condición de menor de edad no será tenida en cuenta para calificar de usurario el préstamo a efectos civiles y penales.

Del mismo modo, y atendiendo ahora a la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1899, se manifestó en ese mismo sentido que "...no se pueden estimar infringidas... las leyes y doctrinas que se invocan en los motivos del recurso por la sola consideración de que a uno de los testigos del testamento le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el Tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquella una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual".

Parecida argumentación había sido esgrimida años antes por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1868¹³⁶⁰, al considerar que "fue verificada la venta de estos bienes por el menor N. B., no sólo ocultando esta cualidad, sino afirmando con juramento que era mayor de 25 años y no estaba sujeto a la patria potestad, sobre cuyos hechos se han practicado amplias pruebas por las partes, que ha apreciado la Sala sentenciadora, estimando que el vendedor demostraba por su aspecto y demás cualidades personales ser mayor de 25 años, y que además vivía ciertas temporadas separado de sus padres y formando familia aparte, sin que contra a estas apreciaciones se haya alegado infracción de ley alguna o doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales; así que, supuestas estas consideraciones, la ejecutoria que absuelve de la demanda... no ha podido infringir las leyes y doctrinas contenidas en las sentencias de este Tribunal que inoportunamente se invocan".

¹³⁶⁰ En idéntico sentido se pronunciaron las **sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1860 y de 31 de marzo de 1870.**

Igualmente, tras la promulgación del Código civil, por el Tribunal Supremo se sentó esa misma línea de opinión. Tal es el caso de la sentencia de 29 de enero de 1904, en la que se afirma que "considerando que el Tribunal sentenciador estima válido y eficaz el contrato en que funda su acción la parte actora, porque al otorgarlo el menor D. J. L. C. hizo la manifestación de ser mayor de veinticinco años, y porque además de parecerlo por sus circunstancias personales y cédula al efecto por el mismo exhibida, dio fe el notario de conocerle y de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que, esto supuesto, sean de estimar los tres primeros motivos del recurso... no ofreciendo duda alguna según el sentido, alcance y tenor de la expresada ley que en ningún caso puede alegar una persona la circunstancia de su menor edad para pretender la nulidad de lo pactado cuando ha engañado en la forma antes expresada a la persona con quien contrató".

Otro sector de autores, en cambio, aún admitiendo la vigencia del principio *malitia supplet aetatem*, y frente al problema de determinar en qué va a consistir el deber del menor de resarcir o en qué va a concretarse su responsabilidad, no secundan ni son partidarios de la opción apuntada inicialmente, partidaria de que la debida indemnización se traduzca en el mantenimiento de la validez y eficacia del contrato, para no perjudicar de esta forma al tercero de buena fe. Lo que podríamos denominar en términos coloquiales una respuesta "a la francesa"¹³⁶¹.

¹³⁶¹ En este sentido, se pronuncia **De Castro y Bravo, Federico**, op. cit. págs. 192-193, quien justifica su posición en el artículo 1.314 del Código civil. Este precepto, después de establecer la regla general de que la acción de impugnación se extingue cuando el que pueda ejercerla haya causado, por dolo o culpa, la pérdida de la cosa objeto del contrato y que debiera devolver, dispone que si la causa de la impugnación fuese la incapacidad de algunos de los contratantes, la pérdida, aún causada con dolo o culpa, no será obstáculo para que prevalezca, con tal de que aquélla sea durante el periodo de la incapacidad. El dolo o culpa del menor, concluye el autor, no borra la condición de anulable del negocio que realice.

Esta solución, subrayan estos juristas, iría en contra de la letra y el espíritu de la Ley, porque ha de observarse que, en este caso, la indemnización no puede en modo alguno extenderse al interés contractual positivo, es decir, a los daños y perjuicios que se puedan seguir del incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que ha de limitarse al interés contractual negativo, o lo que es lo mismo, a los daños y perjuicios que se hayan podido producir por la declaración de nulidad del contrato. En otras palabras, que han de reponerse las cosas al estado en que estarían si el contrato no se hubiere llevado a efecto¹³⁶².

Afirmado lo anterior, no hay que olvidar que para que haya dolo se exige, por su propia esencia, una voluntad plenamente consciente y libre o, lo que es lo mismo, un sujeto imputable, y que tal requisito no se da en aquellos individuos que por razón de su corta edad o por la enfermedad mental que padecen, carecen de voluntad propiamente dicha, y son, por tanto, incapaces de prestar consentimiento. De este modo, en el contrato otorgado por un infante o por un demente, no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe consentimiento, y, por lo tanto, el contrato al que le falta ese requisito esencial, es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

El dolo, en suma, exige la concurrencia de un mínimo de capacidad natural, una conciencia plena de la trascendencia del acto que se realiza. Sin embargo, y a pesar de lo declarado, hay autores que consideran que existiendo intención dolosa por parte del incapacitado, y buena fe en la parte capaz, no existe obstáculo alguno que se oponga al nacimiento de una responsabilidad que ha de traducirse en una

¹³⁶² **Cossío y Corral, Alfonso de:** El dolo en el Derecho civil. Granada, 2005, Ed. Comares, pág. 222. El propio autor admite, no obstante, que siempre deberá atenderse a los distintos casos que puedan presentarse en esta materia, ya que la solución variará en atención a las diferentes clases de incapacidad; según la culpa o negligencia con la que haya actuado la parte capaz; atendiendo a la capacidad natural y delictual del sujeto; y, de acuerdo con la existencia o inexistencia de dolo, en el sentido de falsa afirmación consciente de la propia capacidad.

obligación de resarcimiento, nacida al margen del contrato y fundada en el delito civil, para la que la parte contractualmente incapaz está perfectamente habilitada.

Esta postura o posición lo que pretende es no dejar al contratante capaz en una situación desventajosa. El contrato celebrado por el menor de edad que reúna aptitud para entender y querer es anulable, por falta de capacidad, pero aun habiendo dolo por su parte, una vez ejercitada la acción de anulabilidad, la restitución del artículo 1.304 del Código civil no quedaría bloqueada. Ahora bien, ello no significa que el menor de edad no incurra en responsabilidad, porque una cosa es que el contrato se anule y que se hagan las restituciones correspondientes, y otra, que el contratante capaz no pueda ser indemnizado por los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de la impugnación del contrato.

Esta opinión es reafirmada y compartida por un grupo de juristas que sostienen que partiendo siempre de que el dolo del menor de edad no bloquea la aplicación del artículo 1.304 del Código civil, así como que el contrato pueda ser impugnado por el menor o por su representante legal, ello no es razón suficiente para que el cocontratante tercero deba carecer de todo tipo de amparo. Así, la protección del menor de edad en forma de posibilidad de desvincularse del contrato, que no decae a pesar de su dolo, debe compaginarse con la responsabilidad de éste por los perjuicios causados al tercero que de buena fe - el dolo recíproco se compensa según artículo 1.270 del Código civil - resultó engañado por la actuación - no bastarían meras declaraciones - del menor¹³⁶³. En estas circunstancias este tipo de responsabilidad determina: 1) que el perjuicio, para ser indemnizable, reúna los requisitos exigidos por el artículo 1.902 del Código civil; 2) que la responsabilidad pueda recaer sobre el patrimonio del menor o de su guardador, conforme a las

¹³⁶³ **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. págs. 901-903.

previsiones del artículo 1.903 del Código civil; y 3) que el daño, como delictual, se apreciará midiendo el menoscabo patrimonial que directamente se derive del acto doloso o culposo, y no del que resulte de la ineficacia del contrato¹³⁶⁴.

Nos encontraríamos, por consiguiente, ante una responsabilidad precontractual del menor - *dolo in contrahendo* -, que tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios que le produce al tercero la anulación del contrato por el menor o el representante legal - *interés contractual negativo* -, siendo, el daño indemnizable, el derivado del acto doloso del menor, no el de la falta de cumplimiento del contrato - *interés contractual positivo* -¹³⁶⁵. En definitiva, se indemnizará el valor de la cosa entregada y no restituible, y los gastos hechos para la celebración del contrato, pero no los beneficios que se hubieran podido obtener de haber sido válido el contrato, pues el interés del tercero a la conservación del contrato se sacrifica frente a la protección del menor de edad.

Sopesando los pros y los contras de los diferentes y circunstanciales argumentos esgrimidos, por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, acerca de cómo reaccionar ante la actuación dolosa de un menor de edad, que afirma y se declara capaz para concluir un determinado negocio jurídico, reputamos como la solución más idónea, a la vez que la más adaptada al verdadero espíritu dimanante de nuestros preceptos legales, aquella que defiende la convalidación del contrato otorgado por el menor de edad, impidiendo, en consecuencia, su anulación, opción que tal y como hemos apuntado fue la aplicada por la jurisprudencia anterior y posterior al Código civil, siguiendo el texto de Las Partidas. El dolo del menor, en

¹³⁶⁴ De Castro y Bravo, Federico, op. cit. págs. 192-193.

¹³⁶⁵ Al tercero contratante, como estipula Cossío y Corral, Alfonso de: El dolo en el Derecho civil. Granada, 2005, págs. 373- 382, ha de responderse en el mismo estado de cosas que si el contrato no se hubiera llevado a efecto.

consecuencia, le excluye de la especial protección brindada por el Derecho en materia negocial¹³⁶⁶.

Además de ese argumento histórico, también existe la posibilidad de acudir al Título Preliminar del Código civil, en una interpretación de carácter sistemático, cuyo artículo 7.1 prescribe que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". La *bona fides*, como principio general del derecho, informa e integra todo el ordenamiento jurídico y simultáneamente se manifiesta como norma de conducta general que tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio. En el derecho de obligaciones la buena fe se proyecta en forma concreta sobre cada uno de los afectados por la relación jurídica. Por lo que al menor de edad contratante se refiere, determina que éste ha de ejercitar su derecho actuando según la confianza depositada por la otra parte. Así, si el menor de edad no ajusta su comportamiento a la buena fe, y perjudica con ello a la contraparte en el negocio jurídico, debe ser privado de las ventajas que de manera ordinaria le corresponderían¹³⁶⁷. Si frente al binomio *buena fe del contratante capaz - incapacidad del menor*, prima la segunda, cuando concurra mala fe en el menor de edad - persona con capacidad limitada -, la protección deberá ceder.

Una última cuestión que se plantea, es si el dolo del menor de edad debe influir en el carácter unidireccional que la impugnación de los contratos celebrados por los menores de edad tienen. Esto es, si la presencia, en el tercero que contrata con el menor, de un vicio que afecta esencialmente a su declaración de voluntad, hace que

¹³⁶⁶ **Lauroba Lacasa, María Elena**, op. cit. págs. 64-65, aplica analógicamente este mismo criterio para resolver la cuestión de si el pago efectuado por el menor de edad que, con maniobras fraudulentas, ha inducido al deudor capaz a que le pague a él, está bien realizado; llegando a la conclusión afirmativa de que el pago será perfectamente válido, sin entrar a analizar si lo recibido le ha resultado útil o no - artículo 1.163.1º del Código civil -.

¹³⁶⁷ **Ferreira Rubio, Delia Matilde**: La buena fe: el principio general en el Derecho civil. Madrid, 1984, Ed. Montecorvo, pág. 242.

él pueda pedir la anulación del negocio, ya que su interés específico de conservar el contrato no se protege, y que no tenga que soportar su impugnación posterior por el menor o su representante legal. Partiendo de los principios generales del negocio jurídico, podría pensarse afirmativamente, ahora bien desde la perspectiva singular de la protección del menor, tendríamos que manifestarnos en sentido contrario.

Ante tal tesitura hay autores que estiman que no hay razón alguna que impida que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación, en otras palabras, se atribuya legitimación activa a la parte capacitada, con base en el dolo que ha afectado su declaración de voluntad. Resultaría inicuo exigirle el cumplimiento de sus prestaciones en un contrato que en cualquier momento puede quedar sin efecto, causándose con ello perjuicios irreparables a la víctima de la conducta dolosa¹³⁶⁸.

4. INTERPRETACIÓN DE LAS LIMITACIONES A LA CAPACIDAD DE OBRAR

Asentado en nuestro ordenamiento jurídico el principio de considerar a las personas menores de edad como sujetos con capacidad de obrar limitada; identificadas, a continuación, las tres circunstancias que rebajan y reducen de manera considerable el ámbito de interacción libre e independiente de los individuos durante su etapa de minoridad; y reiterando, una vez más, la total ausencia en nuestro sistema normativo de una declaración universal capacitadora de la niñez¹³⁶⁹; llega el instante de plantearnos cómo proceder a la interpretación de los diversos lindes que acotan el ámbito sobre el que se extiende la autonomía de intervención de los sujetos menores de edad.

¹³⁶⁸ Cossío y Corral, Alfonso de, op. cit. págs. 218-222.

¹³⁶⁹ López Sánchez, Cristina: La responsabilidad civil del menor. Madrid, 2003, Ed. Dykinson, pág. 127.

En este sentido, el legislador español parece recoger en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, un principio general de interpretación restrictiva de las normas limitativas de la capacidad de obrar de los menores; estipulación ésta plenamente acorde con la nueva idiosincrasia que a la infancia y a la adolescencia otorga la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño - artículo 12 -.

Idéntica previsión, se reitera en algunas de las normas elaboradas por los Parlamentos autonómicos que inciden en el ámbito sectorial de las personas menores de edad. Este sería el caso, sin ir más lejos, de Cataluña, donde tanto el Código civil catalán - artículo 211-3.3 - como la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - artículo 17.2 - preceptúan cláusulas del estilo de la apuntada¹³⁷⁰. También en Aragón se da una situación similar, y 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 - artículo 7.2 -¹³⁷¹ y la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón - artículo 3.3.c) - recogen el principio de la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar. Por último, igualmente se hace eco de esta mención la Ley 12/2008, de 3 de julio, de

¹³⁷⁰ Ambos preceptos presentan un elemento diferenciador, que si bien en la práctica puede resultar incluso anecdótico, nos deja bien a las claras la poca conexión existente en el Parlamento de Cataluña en el momento preciso de elaborar los textos normativos que las albergan. Así, el artículo 211-3.3 del Código civil de Cataluña introduce, junto con el criterio de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar, un matiz referente a la necesidad de tener en cuenta la capacidad natural del individuo a la hora de llevar a cabo esa valoración. Por el contrario, el artículo 17.2 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, no contiene referencia alguna a esa aptitud de entender y querer de las personas. Ningún esfuerzo le hubiera supuesto al legislador autonómico unificar el redactado de esas dos disposiciones normativas. Parece ser que el simple hecho de que las iniciativas procedieran de Departamentos distintos del Gobierno catalán algo tuvo que ver en esa disyuntiva.

¹³⁷¹ Disposición que trae origen del ya derogado artículo 4.2 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

protección integral de la infancia y la adolescencia en la Comunidad valenciana - artículo 5.2 -.

Conforme a esta previsión, el menor de edad deja de ser visto como un ser inerte, carente de opinión, ajeno al comercio y a las operaciones cotidianas que lo envuelven, y pasa a concebirse como el protagonista y actor principal de su vida, con sus elecciones y preferencias; con sus derechos y responsabilidades; y sobre todo, con sus progresivas competencias de actuación en todos aquellos asuntos que son de su incumbencia.

Sin denostar la importancia de esta significativa declaración de intenciones contenida en la mal llamada Ley del menor de 1996, y reproducida *a posteriori* por diversas disposiciones autonómicas, coincidimos con parte de la doctrina española, en apreciar que hubiera resultado de mayor utilidad prever con carácter general el ámbito de extensión y régimen legal de la capacidad de obrar del menor, acabando, de esta forma, con la consideración fragmentaria e incompleta que en nuestra normativa civil recibe esta materia¹³⁷².

Es más, este tratamiento, amén de parcial e insuficiente, puede también tildarse de erróneo e inadecuado, si producto de esa carencia endémica que presenta nuestro ordenamiento jurídico privado, trasladamos la valoración integral de la aptitud de actuación de las personas menores no emancipadas al ámbito estrictamente contractual. En particular, si atendemos única y exclusivamente al redactado del ya mentado artículo 1.263.1º del Código civil español, y tratamos de extraer del mismo, como en su momento ya hicieron múltiples autores, un paradigma o regla global de intervención, arribamos a la conclusión de que su literalidad contradice, de manera

¹³⁷² **Gullón Ballesteros, Antonio:** "Sobre la Ley 1/1996 de Protección jurídica del menor" en La Ley, 8 de febrero de 1986, pág. 2.

incontestable, la realidad, puesto que la capacidad del menor es evidente en muchos ámbitos en función de su edad y nivel de discernimiento, así como de la naturaleza y entidad del acto celebrado¹³⁷³.

Esa interpretación amplia de las potencialidades y competencias que acompañan al menor durante las diversas etapas de crecimiento y evolución por las que va transitando, no deben centrarse solamente, como tradicionalmente ha ocurrido en nuestro sistema normativo, en parámetros de naturaleza económica. La importancia paulatina que han ido adquiriendo las cuestiones personales que afectan a la vida cotidiana de los individuos menores de edad, obligan a ampliar nuestro horizonte más allá del enfoque patrimonial y dar entrada a una visión más íntima y particular de las aptitudes y habilidades que presentan los niños, niñas y adolescentes.

Estas circunstancias, ya se encargó de evidenciarlas, aunque con una visión todavía estrictamente centrada en el ámbito negocial, el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1991 - Fundamento jurídico tercero -¹³⁷⁴, en la que se

¹³⁷³ **Puig Brutau, José**: Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Volumen I. Doctrina general del contrato. Barcelona, 1978, Ed. Bosch, pág. 44, califica el redactado del artículo 1.263 del Código civil como de sumamente impreciso. También, **Santos Briz, Jaime**: Comentario a los artículos 1.088 a 1.314 del Código civil" en **Albácar López, José Luis (Coord.)**: Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo IV - Artículos 1.088 a 1.444 del Código civil -. Madrid, 1995, Ed. Trivium, pág.975, considera que una interpretación declarativa del artículo 1.263 del Código civil prevé la existencia de bienes propios del hijo, cuyo dominio, usufructo y administración le corresponden en tal hipótesis, pudiendo contratar con esa base patrimonial. Actualmente, finaliza este autor, aparece indicada una interpretación extensiva de estas normas, alcanzando la contratación de estos menores a los numerosos supuestos de la contratación fáctica en que pueden intervenir. Por último, **Torralla Soriano, Vicente**: "La incapacidad contractual" en Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. Salamanca, 1984, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 704, subraya que el apartado primero del artículo 1.263 del Código civil, al afirmar que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, parece indicar que tales menores no pueden contratar en ningún supuesto y, por el contrario, que los menores emancipados pueden hacerlo sin que les afecte ninguna limitación. Sin embargo, concluye el autor, ambas conclusiones son inexactas.

¹³⁷⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo civil -, de 10 de junio de 1991 - RJ\1991\4434 -**. El caso de autos puede resumirse de la siguiente forma: en la estación de esquí de la Masella, sita en Alp - Girona - que era explotada por la compañía Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus Sociedad Anónima, propietaria de las instalaciones y, entre ellas, de un telesquí de remonta-pendientes que conduce desde el Pla de Masella al Tossal de la Pia, el 19 de septiembre de 1982, en ocasión de que el actor Don Jorge L. P., que a la sazón tenía dieciséis años de edad, provisto del correspondiente billete o tarjeta de abono - *forfait* - que por pago del

declara que por el mero hecho de que un contrato sea convenido por un menor de edad, ello no implica necesaria y automáticamente que el mismo devenga inexistente. En palabras del propio órgano jurisdiccional "esa tesis es inaceptable por ser contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios comunitarios, sin que ello exija la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas - artículo 3.1 del Código civil -, y siendo el objetivo de las mismas esencialmente tuitivo del interés de éstos".

precio correspondiente le autorizaba para realizar ese uso, se produjo el descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la mencionada instalación por causas no suficientemente determinadas, alcanzando el mismo al citado usuario y causándole importantes lesiones. En la fecha del accidente, la entidad titular tenía otorgada y vigente con la Sociedad Catalana de Seguros una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil general. Ante esta tesitura Don Jorge L. P. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la institución propietaria de la estación de esquí y la entidad aseguradora, en la que interesaba la condena solidaria de los demandados al pago de veinte millones de las antiguas pesetas por daños y 464.093 pesetas por gastos. El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdà dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago a la parte actora de diez millones de pesetas por los daños sufridos y 206.301 pesetas por gastos. Don Jorge L. P. y la demandada Compañía de Seguros La Catalana, interpusieron recurso de apelación. Y la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia del Juzgado en la medida en que condenaba solidariamente a las demandadas, absolviendo a la entidad aseguradora de toda responsabilidad. El actor y la empresa titular de las instalaciones de esquí interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, finalmente, declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus S.A. y sí al que interpuso el actor, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

En esencia, tal y como ya hemos abordado en el epígrafe anterior, la jurisprudencia, desde tiempos pretéritos, es mayoritaria al proclamar que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos, ni inexistentes, sino simplemente anulables. Se pronuncia en este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989 - Fundamentos jurídicos cuarto y quinto -¹³⁷⁵.

Tornando una vez más al polémico e incierto redactado del artículo 1.263.1º del Código civil, con su expresión de que "no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados", reabrimos nuevamente el debate doctrinal entablado acerca del verdadero significado de sus palabras. Este precepto, unido a las prescripciones del párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y a las reglas contenidas en el artículo 162 del Código civil - con su homólogo 267 del Código civil en sede de tutela - se erigen en la piedra angular informadora del actual modelo capacitador de las personas menores de edad, así como en uno de los elementos clave a la hora de valorar la extensión de sus limitaciones o restricciones.

Ante tal controversia, DÍEZ-PICAZO se ha encargado de subrayar que, a pesar de la dicción literal adoptada por este precepto, lo realmente importante y trascendente no es tanto si el consentimiento puede o no ser prestado por una persona menor de edad, sino si el negocio jurídico generado por esta declaración de voluntad es o no válido y eficaz. Por consiguiente, más que idoneidad para prestar el consentimiento, este autor defiende que debería hablarse pura y simplemente de capacidad para contratar¹³⁷⁶.

¹³⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo civil -, de 2 de junio de 1989 - RJ\1989\4283 -.

¹³⁷⁶ Díez-Picazo y Ponce de León, Luis: Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del contrato. Madrid, 1993, Cuarta edición, Ed. Civitas, pág. 144. Se hace eco de sus palabras Puig Brutau, José, op. cit. págs. 43-44. También es de esta opinión Hernández-Moreno, Alfonso: "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1.716 del Código civil" en Revista Jurídica de Cataluña,

No comparte ese posicionamiento BADOSA, quien utilizando argumentos esencialmente basados en los precedentes del artículo 1.263 del Código civil, y destacando, en igual medida, su ubicación sistemática, es partidario de entender que el precepto se refiere, en realidad, a la "incapacidad de consentir". Noción ésta que difiere, al no tratarse de expresiones sinónimas, de la aludida "incapacidad para contratar" a la que se refería DÍEZ-PICAZO. Mientras que la primera, debe entenderse en función de la conceptualización que del consentimiento se realiza en el previo artículo 1.262 del Código civil, definido bilateralmente como el resultado del "concurso de la oferta y de la aceptación"¹³⁷⁷; que se traduciría, por tanto, en clave de capacidad, en la posibilidad de realizar cualquiera de las dos declaraciones de voluntad contractual: la oferta o la aceptación¹³⁷⁸. La segunda, en cambio, desde esos mismos parámetros de ordenación, se asocia con la idea de asumir obligaciones, es decir, intervenir en el contrato precisamente en cualidad de deudor¹³⁷⁹. El concepto de convenir, así entendido, se define no en función de la

núm. 11, abril-junio 1980, págs. 379 y 380; así como **Bercovitz Álvarez, Germán**, op. cit. págs. 1513-1514, quien considera que en el artículo 1.263 del Código civil se está aludiendo a la incapacidad para contratar, o de forma más amplia, a la incapacidad de obrar.

¹³⁷⁷ Como señaló la **Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977**, "el consentimiento viene determinado por el encuentro de dos o más declaraciones de voluntad que partiendo de distintos sujetos se dirigen a un fin común y se unen para producir un aspecto práctico, protegido por el ordenamiento jurídico, siendo presupuesto del mismo la capacidad de dichos sujetos".

¹³⁷⁸ Por tanto, para **Badosa Coll, Ferran**: "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar - un estudio sobre el artículo 1.263 del Código civil -" en Centenario del Código civil. Tomo I. Madrid, 1990, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 193-194, la expresión "incapacidad para consentir" se traduce en la incapacidad para emitir las declaraciones de voluntad contractuales, independientemente de la eficacia del contrato para el sujeto parte. En esta misma línea, aunque no de forma tan plausible se pronuncia **Santos Briz, Jaime**, op. cit. pág. 978, al considerar que tras el artículo 1.263 del Código civil se esconde la capacidad para consentir.

¹³⁷⁹ En esta ocasión **Badosa Coll, Ferran**, op. cit. pág. 194, interpreta como "incapacidad para contratar" la falta de capacidad para obligarse por contrato, y por tanto es sólo operativa cuando el contrato establezca deberes para el contratante menor no emancipado; no cuando el contrato únicamente genere derechos.

declaración contractual en sí misma considerada, sino de su contenido y eficacia jurídica pasiva¹³⁸⁰.

Un estudio pormenorizado de las diferentes vicisitudes por las que transitó tal previsión a lo largo de la tarea codificadora, así como un análisis exhaustivo, de carácter comparativo, de su evolución a lo largo de los distintos Proyectos de Código civil - el de 1836 y muy en particular el de 1851 -, hasta llegar al Anteproyecto de 1882-1888 y su definitiva incorporación en el Código civil de 1889, ponen de relieve, según BADOSA, que nuestro legislador se separó del modelo francés y del Proyecto de Código civil de 1851, al no incluir como hacían aquéllos, entre los requisitos del contrato previstos en el artículo 1.261, la capacidad para contratar¹³⁸¹. Esta desaparición de la "capacidad de contratar" como requerimiento autónomo de la validez del contrato, y su integración, en contrapartida, dentro de los condicionantes propios del consentimiento, nos reporta una de las pautas indispensables para llegar a traducir con acierto y coherencia el contenido del artículo 1.263 del Código civil¹³⁸².

¹³⁸⁰ **Gómez Laplaza, María del Carmen:** "Comentarios a los artículos 1.263 y 1.264 del Código civil" en **Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVII. Vol. 1-B. Madrid, 1993, Ed. Edersa, págs. 162-163.

¹³⁸¹ Vid. artículo 1.108 del Código civil francés y artículo 985.1 del Proyecto de 1851. Este último, claramente inspirado el *Code Napoléon* rezaba del siguiente tenor: "Para la validez de los contratos son indispensables los requisitos siguientes: 1) Capacidad de los contrayentes; 2) su consentimiento; 3) objeto cierto que sirva de materia a la obligación; 4) causa lícita de la obligación; 5) la forma o solemnidad requerida por la ley". Un estudio pormenorizado de los precedentes del artículo 1.263 del Código civil en el proceso codificador lo encontramos en **Badosa Coll, Ferran**, op. cit. págs. 195-202.

¹³⁸² En palabras de **Mucius Scaevola, Quintus:** Código civil comentado y concordado extensamente. Tomo XX. Artículos 1.214 a 1.314 del Código civil - De las obligaciones. De los contratos -. Madrid, 1958, Ed. Reus, pág. 671, el Código civil español sigue camino opuesto a su antecesor, al Proyecto de 1851, y a la mayoría de los Códigos extranjeros. Sientan éstos un precepto fundamental, de carácter positivo: "quienes pueden contratar", y en general, añaden a continuación otro negativo, comprensivo de las excepciones, o sea "quiénes no pueden contratar". El Código español, por el contrario, omite el primer particular e inserta sólo el segundo en su artículo 1.263.

Es difícil delimitar con exactitud si la capacidad es o no un requisito constitutivo del negocio jurídico. Es evidente que el artículo 1.261 del Código civil no la considera manifiestamente entre los diversos elementos esenciales del contrato, si bien, a continuación, el artículo 1.263 del mismo cuerpo legal nos ofrece una relación de las personas que no pueden prestar consentimiento. Tal circunstancia nos genera el interrogante de discernir si al prestar consentimiento quien legalmente no está en condiciones para hacerlo, ello significa que aquel no existe jurídicamente hablando.

A tenor de lo estipulado en el artículo 6.3 del Código civil, que sanciona la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a la ley, debiera sustentarse que el consentimiento manifestado por quien legalmente no puede darlo, es consentimiento jurídicamente inexistente. Pero si se examinan y ponen en concordancia los artículos 1.300, 1.301 y 1.302 del Código civil, llegamos a la conclusión de que el consentimiento del incapaz no determina la inexistencia del contrato, sino sólo un elemento de legitimidad para impugnarlo. De ahí que para los contratos no sea *conditio sine qua non* la capacidad, que sólo es requisito de la inimpugnabilidad del negocio¹³⁸³.

Un último aspecto a destacar del artículo 1.263.1º del Código civil, es la falta de adecuación de sus palabras con la práctica comercial habitual desarrollada por los menores no emancipados. Una lectura rápida y poco meditada de su contenido nos empujaría a proclamar que este precepto prohíbe a los menores no emancipados, contrariando así los usos del tráfico y el sentido conferido al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, todo tipo de actividad patrimonial.

¹³⁸³ **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín**, op. cit. pág. 143, opinan que, por el contrario, en los testamentos debe entenderse que la capacidad es un requisito esencial, pues no tiene sentido la tesis contraria, no habiendo precepto en que poder apoyarla.

Sin duda, esa falta de simbiosis entre la interpretación gramatical de la citada disposición y la actividad comercial ordinaria desarrollada por los menores no emancipados, ha obligado a tener que recurrir a una exégesis, en ocasiones un tanto forzada, de esta disposición normativa. Ciertamente, algunas de las explicaciones ofrecidas por parte de la doctrina científica para tratar de coherenciar la significación y el alcance del artículo 1.263 del Código civil con la realidad práctica que le rodea, nos ofrecen una más que notable dosis de artificiosidad, llegando incluso, en ciertas ocasiones, al extremo de ni tan siquiera clarificarnos suficiente y razonablemente el fundamento último que las ampara o sustenta¹³⁸⁴.

Así, algunos autores, para legitimar la actividad transaccional ordinaria de los menores de edad, proponen presumir que, en estos casos, media una autorización implícita del guardador, o mejor aún, que menor y guardador han renunciado tácitamente a la impugnación, mediante la acción de anulabilidad, del negocio perfeccionado. Este pronunciamiento puede ser, además, complementado por aquellos que defienden y son partidarios de interpretar la cláusula del artículo 1.263.1º del Código civil con un notable grado de laxitud, por cuanto las necesidades del tráfico llevan a postular la definitiva validez de aquellas relaciones contractuales que lleven a cabo los menores no emancipados, y que, según los usos sociales vigentes en cada momento y lugar, deban reputarse concluidos con la tácita aquiescencia de su legal representante¹³⁸⁵.

¹³⁸⁴ **Sánchez-Calero, Francisco Javier**, op. cit. pág. 1707, entiende que la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, y es unánime en la atribución de plena eficacia a los actos de que se trata, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor. Pero en lo que no hay unanimidad es en la explicación sobre su eficacia.

¹³⁸⁵ **Puig Brutau, José y Puig Ferriol, Luís**, op. cit. pág. 325. De la misma opinión es **Torrallba Soriano, Vicente**, op. cit. págs. 705-706, quien se reafirma en postular que la autorización tácita - refiriéndose a los ámbitos en que los menores contratan socialmente con plena eficacia - viene a producir el efecto práctico de que a los menores se les considera capaces para contraer tales relaciones. Ésta también es la visión que nos proporciona la **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991** - RJ\1991\4434 -, en su Fundamento de derecho tercero.

Otros juristas, por su parte, encuentran una explicación de tipo consuetudinario a la validez de esos actos; lo cual, bajo su particular parecer, sirve tanto para delimitar la esfera en la que al menor se le reconoce esa capacidad - los actos socialmente admitidos para cada edad -, a la vez que proporciona un criterio objetivo y flexible para deslindar su verdadero ámbito de intervención¹³⁸⁶.

En tercer lugar, también hay quienes salvan los impedimentos contenidos en el artículo 1.263.1º del Código civil refugiándose en la literalidad del artículo 162 párrafo segundo punto primero del propio texto legal. No obstante, la amplitud de los términos en que se manifiesta este último precepto, que exceptúa de la representación legal de los padres "los actos que el hijo de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo", y las divergencias que su interpretación ha suscitado, producen un elevado grado de incertidumbre jurídica.

Por último, un sector minoritario de la doctrina ha acudido a la vía de la representación para justificar la validez de las actuaciones autónomas realizadas por los menores no emancipados, sosteniendo que, cuando éste actúa negocialmente con una voluntad propia, lo hace como mandatario o representante de sus progenitores o tutor, en su caso¹³⁸⁷. Además, tratándose de la adquisición de objetos o servicios que los mismos representantes legales hubieran debido suministrar al menor, cabría recurrir a la idea de que tal menor está cumpliendo una obligación o un quehacer

¹³⁸⁶ Siguiendo ese planteamiento, **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. págs. 1.442-1.443, esgrime, en primer lugar, una serie de argumentos para tratar de justificar su opinión; y, a continuación y tras reconocer la existencia de múltiples escollos para su admisión, ofrece nuevos argumentos para superar tales obstáculos.

¹³⁸⁷ En contra de esta solución se manifiesta **Sánchez-Calero, Francisco Javier**, op. cit. pág. 1707, quien alega que el menor de edad carece de la capacidad de obrar necesaria para ser representante y que los derechos y deberes resultantes del negocio representativo los adquieren, en realidad, los progenitores, lo cual resulta un tanto absurdo. A pesar de estar de acuerdo, en el fondo, con lo afirmado por este autor, no compartimos la forma como lo argumenta. De este modo, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.716 del Código civil, entendemos que el menor no emancipado sí que puede llegar a ser y actuar como representante o apoderado.

propio de los progenitores, y, por consiguiente, gestionando oficiosamente los negocios de éstos¹³⁸⁸.

En cualquier caso, con total independencia de la formulación contenida en el artículo 1.263.1º del Código civil, y prosiguiendo con la lectura que debe irrogársele a la cláusula de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas menores de edad, prevista en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor - con sus disposiciones equivalentes tanto en el Derecho catalán, como en el aragonés y el valenciano -, debemos destacar que, dada la abstracción y ambigüedad que presenta la grafía del cuestionado precepto, no queda plena y definitivamente evidenciada, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello comporta, cual es, realmente, la verdadera intención que se esconde tras sus palabras. Pudiera ser, perfectamente, que el legislador hubiera pretendido estipular un principio general, de aplicación universal a todo nuestro sistema normativo, tendente a reconocer, por defecto, la capacidad de obrar del menor de edad en todas aquellas intervenciones por él concluidas, exceptuando, tan solo, los actos y negocios en los que la norma legal así lo limite expresamente, en cuyo caso, esas reservas serán entendidas, con respecto a la regla general, en la forma más reducida posible; o, por el contrario, y en un sentido más minimalista, también pudiera resultar que el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, estuviera haciendo mención al hecho de que son justamente las previsiones restrictivas a la capacidad de obrar de los menores de

¹³⁸⁸ Relacionado con esta materia **Hernández-Moreno, Alfonso**: "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1.716 del Código civil" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. 11, abril-junio 1980, pág. 442, sostiene que si un menor no emancipado puede contratar, si bien de acuerdo con el régimen jurídico que preside la contratación de los menores en general, con mayor motivo podrá ser investido de la facultad de representar a otra persona, en cuyo único y exclusivo beneficio o perjuicio se producirán los efectos de la actividad sustitutoria y representativa del menor. El mismo autor reitera esa idea en **Hernández-Moreno, Alfonso**: "Comentario y anotaciones acerca del artículo 1.716 del Código civil" en **Ennecerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin**: Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 440-449.

edad, caso de existir, las que deben ser sometidas a una interpretación lo más exigua y simplificada posible¹³⁸⁹. Es decir, que sea la propia limitación la que venga a ser glosada con criterios taxativos.

Al tal respecto, y puesto que la citada disposición alude literalmente a "las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores", nos inclinamos por entender que se está acogiendo la tesis de DE CASTRO, tendente a rechazar la sinonimia entre la minoría de edad y la incapacidad para actuar. De acuerdo con esta opinión, la persona menor de edad es contemplada, tal y como se ha dejado patente con anterioridad, como un ser con capacidad de obrar, aunque ciertamente esta facultad esté restringida o limitada¹³⁹⁰. Más pragmático sobre estos aspectos se muestra ALBALADEJO, al afirmar, con rotundidad, que cualquiera que sea el medio en que se resuelva el interrogante o dilema planteado por la inadecuada o poco precisa redacción del artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, es indudable que el menor se rodea de una esfera o halo de capacidad.

¹³⁸⁹ **Linacero de la Fuente, María**: Protección jurídica del menor. Madrid, 2001, Ed. Montecorvo, S.A., págs. 67-73.

¹³⁹⁰ Un ejemplo de aplicación práctica de esta cláusula limitativa de la interpretación de las restricciones a la capacidad de obrar de los menores, la encontramos en la **sentencia núm. 11/2007 de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de enero de 2007** - JUR\2007\178715 - en la que un adolescente de 17 años tras recibir un adelanto del sueldo - 1.700 euros - por parte de la entidad para la que trabajaba, alega la nulidad del contrato de mutuo por falta de consentimiento al no poder éste tomar dinero a préstamo. Frente a esta situación, confirmado la resolución del Juzgador de instancia, el órgano de apelación entiende que "aplicando analógicamente las normas del Código civil relativas a la emancipación, a las que se debe añadir el artículo 3 del mismo cuerpo legal, puesto que hay que estar a la realidad social del momento en que se aplican tales normas, siendo común que un joven de diecisiete años, que tiene un trabajo independiente, solicite un anticipo de la nómina para adquirir un ciclomotor, y si por último se tiene igualmente presente el espíritu de la Ley orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección jurídica del menor, en cuyo artículo 2 establece que las restricciones de capacidad de obrar de los menores habrá de interpretarse de forma restrictiva, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no existe nulidad del contrato suscrito". En este mismo sentido se pronuncia, describiendo la realidad portuguesa, **Martins, Rosa**: Menoridade, (in)capacidades e cuidado parental. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora, págs. 113-115.

Sea como fuere, debemos lamentarnos, una vez más, de la excelente oportunidad desperdiciada por nuestro legislador, en el preciso instante de la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de ordenar definitiva y sistemáticamente todo lo referente a la aptitud de las personas menores de edad para actuar de forma autónoma y responsable; así como, para dotar de nuevo contenido a determinadas disposiciones del texto codificado carentes de todo rigor y sentido a tenor de las tesis *in favor filii* imperantes en la actualidad.

Por último, no podemos concluir el presente apartado sin referirnos, siquiera sea brevemente, a dos propuestas de *lege ferenda* que entendemos que, caso de incorporarse a las disposiciones civiles vigentes en nuestro Derecho, aportarían una mayor dosis de consistencia y estabilidad a las prescripciones ordenadoras de la materia objeto de nuestro estudio.

En primer lugar, cabría sugerir la inclusión en el Código civil español de un texto similar al contenido tanto en el artículo 7.1.b) del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011¹³⁹¹, como en el artículo 211-5 apartado b) del Código civil de Cataluña, en que se habilita al menor no emancipado para realizar por sí mismo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a bienes o servicios propios de su edad - lo que comprendería otorgar y concluir con plena eficacia las transacciones y actividades propias de su vida diaria -, de conformidad con los usos sociales. Paralelamente, para el caso catalán, se excluye del ámbito de la representación legal de los progenitores, a tenor de lo apercibido en el artículo 236-18.2 apartado b) del Código civil de Cataluña, "los actos relativos a bienes o servicios propios de la edad de los hijos, de acuerdo con los usos sociales, y, en caso de potestad prorrogada o

¹³⁹¹ Dicho texto ya tenía sus antecedentes en el artículo 4.1.c) de la Ley de las Cortes de Aragón 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la persona.

rehabilitada, los que pueda realizar el hijo de acuerdo con su capacidad natural"¹³⁹². Todo ello sin denostar que en Aragón la representación legal de la *autoridad familiar* termina al cumplir los catorce años; desde entonces su capacidad se completa con la asistencia - artículos 5.3 y 12.1 *a sensu contrario* del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo -.

En un sentido similar, e incluso con anterioridad a las propuestas catalana y aragonesa, se pronunciaron ya algunos autores españoles¹³⁹³ a inicios de la década de los años noventa del pasado siglo, al anunciar en sus trabajos algunas de las ventajas que supondría la inclusión en el Código civil de 1889 de una regla de excepción a la representación legal de los padres, o en su defecto del tutor, similar a la apuntada por los artículos 389.3 y 450 del Código civil francés, que estipulan el cese de dicha facultad representativa en los casos en los que la Ley o el uso autoricen al menor a obrar por sí mismo¹³⁹⁴.

¹³⁹² Similar previsión la encontramos, en sede de tutela, en el artículo 222-47.2 apartado b) del Código civil de Cataluña, en el que se determina que "se exceptúan de la representación legal los siguientes actos: b) los que pueda realizar el tutelado de acuerdo con su capacidad natural y, en la tutela de menores, los relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales".

¹³⁹³ A título de ejemplo cabe citar a **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. págs. 1432-1433 y 1.449.

¹³⁹⁴ El artículo 389-3 del Código civil francés establece que "el administrador legal representará al menor en todos los actos civiles, salvo los casos en que la ley o el uso autorice a los menores a actuar por sí mismos". Por su parte, el artículo 450 del Código civil francés se pronuncia en el siguiente tenor: "El tutor velará por la persona del menor y lo representará en todos los actos civiles, excepto en los casos en los que la ley o el uso autorice a los menores de edad a actuar por sí mismos". Muy explícito es **Cornú, Gerard**: Droit civil. La famille. París, 2001, Ed. Montchrestien, págs. 153 y 182, al afirmar que el menor dispone, desde antes de los dieciocho años de una *capacité d'usage* - capacidad de uso -, así como al constatar que el artículo 389-3 del Código civil francés contiene una remisión de la ley a la costumbre, concretamente una remisión del tipo *secundum legem* - en atención a la propia ley -. Por su parte, **Henry, Xavier; Tisserand, Alice y Venandet, Guy**: Code Civil. Textes, jurisprudence, annotations. País, 2000, ed. Dalloz, págs. 388-389 y 401, nos ofrece sus comentarios a los artículos 389-3 y 450 del Código civil francés.

Esta corriente doctrinal mostró también sus preferencias por esta solución al estilo galo, frente a una posible recepción en España de una institución propia del Derecho alemán, como es el llamado *Taschengeld* o "dinero de bolsillo" - artículo 110 del BGB alemán -, que no dejaba de representar otro posible precedente o modelo a seguir. Esta figura germana viene a convertir en eficaces los contratos celebrados por un menor de edad sin la asistencia legalmente prevista, cuando éste realiza la prestación convenida con medios que le han sido conferidos para tal fin o, en general, para su libre disposición por su representante legal o con su asentimiento.

Sin restar méritos al citado antecedente francés, lo cierto es que al referenciar el sector o el ámbito de intervención propio de los menores no emancipados que se contiene dentro de la categoría o expresión "*de acuerdo con los usos sociales*"¹³⁹⁵, las versiones ofrecidas por el Parlamento de Cataluña y las Cortes aragonesas, nos parecen más evolucionadas y más en sintonía y conexión con la filosofía emanada de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Esta aseveración la fundamentamos en dos aspectos esenciales: en primer lugar, la mayor calidad técnica y nivel de precisión alcanzados por las disposiciones catalana y aragonesa; y, en segundo término, por el enfoque más *pro* derechos de la infancia y la adolescencia con el que se aborda la materia en ambos textos autonómicos. Así, tanto el Código civil catalán - artículo 211-5 apartado b) - como el Código del

¹³⁹⁵ **Cornú, Gerard**, op. cit. págs. 182-183, refiriéndose al Derecho francés, nos recuerda que para ciertos actos el menor de edad puede actuar por sí solo en virtud de lo establecido en la ley o en la costumbre. Su intervención personal es, en estos casos, necesaria al igual que suficiente. Además, añade este autor que, dentro del ámbito de aplicación del artículo 389-3 del Código civil francés, se consagra el uso social que vive la inmensa mayoría de los menores franceses al dar aplicación al calificado como "dinero de bolsillo". Así, cada día los menores actúan autónomamente, sin necesidad de ningún tipo de autorización, en el tráfico jurídico: adquiriendo boletos de transporte o entrada para espectáculos, entre otros negocios jurídicos. En definitiva, todas las compras, ventas, trueques, intercambios, pequeños depósitos que los menores contratan diariamente caen dentro de las previsiones del citado precepto. No obstante, esta disposición debe ser completada con una línea de jurisprudencia pretoriana que transpone a este ámbito el antiguo *mandato doméstico* aplicable a los gastos del hogar propio de la mujer casada. En efecto, una cosa es permitir al menor de edad para que contrate sin necesidad de autorización de sus representantes legales - cuando paga al contado - y cosa distinta cuando los proveedores le conceden un crédito.

Derecho Foral de Aragón - artículo 7.1.b) -, contienen sendos preceptos en los que se listan y enumeran abiertamente los actos en los que el menor de edad puede desempeñarse por sí solo, según su edad y capacidad natural, incluyéndose entre ellos los relativos a la vida corriente del menor que sean conformes o estén de acuerdo con los usos sociales.

La gran novedad, pues, yace en la original visión que de la infancia y la adolescencia nos brindan estas dos disposiciones legales, que trascienden de las instituciones privadas de protección de la persona - potestad o autoridad familiar y tutela -. El menor de edad no emancipado deja, por tanto, de ser contemplado como un ser absolutamente inerte o dependiente de sus representantes legales - de ahí que tradicionalmente se articulara su ámbito de autonomía como una mera excepción a la regla general de la representación legal que sobre él ostentan sus progenitores o tutor -, y se configura, por el contrario, como un agente social activo, al cual se le viene a reconocer un espacio de intervención individual propio e independiente.

En suma, no resultaría precisamente inconveniente que una hipotética reforma legal del artículo 1.263.1º del Código civil español se viera acompañada de una mención expresa del tipo "con exclusión de los casos de los que la prestación del consentimiento, en función de las condiciones de madurez del menor vaya dirigida a la conclusión de actos socialmente admitidos" o alguna similar¹³⁹⁶.

Finalmente, una segunda propuesta de *lege ferenda*, si cabe, de mayor repercusión o entidad que la analizada con anterioridad, resultaría de la exportación o generalización al contexto nacional o al de otros territorios autonómicos con competencias en materia civil - léase el caso catalán - del modelo metodológico

¹³⁹⁶ Yzquierdo Tolsada, Mariano, op. cit. pág. 119.

aragonés de asistencia a los menores a partir de los catorce años cumplidos, cifrado en el artículo 23 del Código del Derecho Foral de Aragón¹³⁹⁷, que establece 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, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor"¹³⁹⁸. A nuestro entender, y puesto que el menor de edad a partir de los dieciséis años puede instar la emancipación, celebrar contratos de trabajo, o consentir en documento público los actos señalados en el artículo 166.1º y 2º del Código civil - artículo 236-30.a) del Código civil de Cataluña -, y habida cuenta de que el suficiente juicio o discernimiento se presume sobradamente a los dieciséis años - recordar, además, nuestra proposición de introducir una cláusula presuntiva de capacidad natural a los doce años -, esta edad podría hacer las funciones de dato objetivo para permitir al menor una cierta actividad patrimonial.

De esta forma, los menores a partir de los dieciséis años podrían realizar actos de administración ordinaria - aquellos dirigidos a la conservación y mejora del patrimonio administrado, así como a la obtención de sus normales rendimientos -, requiriendo, sin embargo, el consentimiento de sus progenitores u organismo tutelar, para los que excedan de ella - los actos de administración no ordinaria son aquellos que comprometen o arriesgan el valor del patrimonio administrado, dentro de este marco se comprenden los actos típicamente dispositivos -. Recordemos en este punto que el artículo 164.2.3º del Código Civil - artículo 236-25.c) del Código civil de Cataluña - permite la administración ordinaria al mayor de 16 años únicamente respecto de los bienes adquiridos con su trabajo e industria, pues bien, se trataría de generalizar dicho régimen para cualesquiera bienes e intervenciones.

¹³⁹⁷ Su antecedente inmediato lo encontramos en el ya derogado artículo 20 de la Ley aragonesa 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona.

¹³⁹⁸ **Linacero de la Fuente, María**, op. cit. págs. 74-77, no es partidaria, en cambio, de tal posibilidad.

**CAPÍTULO VIII. CAPACIDAD DE OBRAR DEL
MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO EN EL
DERECHO CIVIL CATALÁN. EL LIBRO II DEL
CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA**

1. INTRODUCCIÓN

Para proseguir con nuestra aproximación general a la capacidad de obrar del menor de edad y al marco jurídico básico que se ocupa de esta materia, debemos hacer una referencia explícita a las disposiciones contenidas en el seno de la legislación emanada del Parlamento de Cataluña.

Dejando al margen y tratando de superar los aspectos de marcado tinte proteccionista que desde antaño han informado y caracterizado la normativa y las políticas catalanas en aspectos relativos a la infancia y la adolescencia, el Parlamento de Cataluña inició, durante la primera década del siglo XXI, la ingente tarea de incorporar real y definitivamente en su ordenamiento jurídico la filosofía y los principios derivados del texto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta atrevida aproximación del Derecho catalán a los paradigmas dimanantes del documento de las Naciones Unidas del año 1989, se ha plasmado en dos disposiciones esenciales llamadas a erigirse, desde el preciso instante de su entrada en vigor en los pilares fundamentales sobre los que sustentar esta nueva concepción que de la niñez impera en las sociedades normativamente más avanzadas¹³⁹⁹.

A tenor de lo apuntado, tanto la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, como el Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a

¹³⁹⁹ Desde una perspectiva más nacional, **Morillas Fernández, Marta**: "Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad" en **García Garnica, María del Carmen** y **Morillas Fernández, Marta (Coords.)**: Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar. Cizur Menor, 2008, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 166, entiende que se ha reformulado la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

la persona y la familia, han optado por priorizar una visión o imagen de las personas menores de edad como verdaderos agentes activos del tráfico jurídico, tanto en lo personal como en lo patrimonial. Los niños, niñas y adolescentes dejan, por tanto, de ser contemplados como meros objetos pasivos de protección y pasan a configurarse, ya no desde un punto de vista meramente teórico, sino sobre el propio texto articulado de la ley, como individuos autónomos a los cuales se reconoce, de acuerdo con su nivel de madurez y raciocinio, aptitud suficiente para la toma de decisiones.

Así, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil español, donde el estado civil de la minoría de edad no es contemplado, al margen de su protección institucional, como referente de la genérica delimitación de un determinado ámbito de capacidad de obrar¹⁴⁰⁰ - de hecho mientras que en el Proyecto de Código civil de 1851 se dedicaba un Título específico a "La menor edad", en el vigente *Codex* de 1889 tan solo se relaciona como categoría legal expresa la "De la mayor edad y la emancipación" -; el Código civil de Cataluña, por el contrario, se sitúa más en una línea inclusiva, tendente a incorporar en su redactado un conjunto ordenado de preceptos que estructuren, de manera más minuciosa y racional, el régimen jurídico aplicable a este grupo de ciudadanos que todavía no han alcanzado los dieciocho años y se encuentran, de ordinario, bajo la potestad parental o la tutela de sus representantes legales. Se trata, en definitiva, de dotar al sistema de una *ratio* legislativa lo más coherente y uniforme posible.

¹⁴⁰⁰ **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. pág. 31.

2. LA CAPACIDAD NATURAL COMO ESENCIA Y SUBSTRATUM DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LAS PERSONAS

La capacidad general de las personas, tal y como aparece configurada en el Libro II del Código civil de Cataluña, además de ser, por definición, de ámbito restringido, es variable o flexible, en función del grado de desarrollo intelectual y volitivo que socialmente corresponda a cada edad y al estado físico o psíquico en que se encuentre cada sujeto. En este sentido, el artículo 211-3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, se expresa con meridiana claridad al establecer que "la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural de acuerdo con lo establecido por el presente Código".

Se constata, por tanto, que en la nueva realidad catalana la atribución de capacidad de obrar, y con ello la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de una actuación singular e individualizada se revela, como cauce ordinario del desarrollo de la personalidad, del tenor que allí donde tal competencia de autogobierno se verifique, debe reconocerse inmediatamente y en esa misma medida, la aptitud para ejercitar, de manera autónoma, derechos y obligaciones. En otras palabras, podemos afirmar que la consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto ineludible de la capacidad de obrar puede ser definida e incluso elevada a la categoría de principio o paradigma de aplicación integral¹⁴⁰¹.

¹⁴⁰¹ **Gordillo Cañas, Antonio**, op. cit. págs. 20 y 42. De acuerdo con esta opinión encontraríamos a gran parte de la doctrina. Así **Gete-Alonso Calera, M^a. del Carmen**, op. cit. pág. 12, quien manifiesta que la capacidad de obrar de la persona se define, ahora, en la nueva legislación, en función de la facultad de discernimiento y de autogobierno de la misma; **Roca Trías, Encarna**: "Comentario al artículo 215 del Código civil" en Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, pág. 221; **Lete del Río, José Manuel**, op. cit. pág. 24; **Gete-Alonso Calera, M^a del Carmen**: "Derecho de la persona" en **Gete-Alonso Calera, M^a del Carmen et. al.**: Nociones de Derecho civil vigente en Cataluña. Valencia, 2008, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 32-35; y **Ortuño Muñoz, Pascual**: "Comentario al artículo 211-3 del Código civil de Cataluña" en **Ortuño Muñoz,**

Amén de la relación y del vínculo existente entre la capacidad de obrar y la capacidad natural, deducimos que la primera de estas instituciones no es limitable en nuestro actual derecho sino por causas que supongan la imposibilidad natural de proceder y decidir soberana y responsablemente¹⁴⁰². Así, la correspondencia entre ambas categorías puede calificarse de teórica, pero con fundamento real, basada en presunciones legales que ostentan un alcance general, y que sitúan al sujeto en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con él¹⁴⁰³. Del mismo modo que calificamos a la capacidad jurídica como una simple versión de la personalidad¹⁴⁰⁴; la capacidad de obrar, en cambio, supuesta esa condición, exige, además, un mínimo de madurez en el sujeto: la indispensable para poder cuidar por sí mismo de sus propios intereses, para gobernar su persona y bienes, o, simplemente, para actuar con total libertad e independencia.

Esta invocación expresa de la capacidad natural como fundamento último de la capacidad de obrar es completamente novedosa en el Derecho civil catalán, y supone la introducción de una regla eminentemente interpretativa. Es por ello, que junto al criterio tradicionalmente utilizado por nuestros ordenamientos jurídicos civiles de atribuir facultades de intervención autónoma atendiendo única y exclusivamente al criterio objetivo de la obtención de una determinada edad, debe

Pascual (Coord.): Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, págs. 63-65.

¹⁴⁰² La **sentencia del Tribunal Supremo 1101/2004, de 19 de noviembre** - RJ\2004\6910 - nos delimita a la perfección las diferencias existentes entre incapacidad natural e incapacidad resultante del estado civil de incapacitado. La primera de ellas es consecuencia de que el sujeto se encuentre en una situación física o psíquica que elimine su entendimiento y voluntad y le impida entender y querer el acto que realiza. La segunda, en cambio, es fruto de una sentencia judicial que estima que una persona no tiene capacidad de autogobierno.

¹⁴⁰³ **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. pág. 1.407.

¹⁴⁰⁴ Menciona **Gordillo Cañas, Antonio**, op. cit. pág. 26, que la capacidad jurídica, en tanto que general y abstracta, estática, uniforme y constante, es reflejo directo de la personalidad; conectada inmediatamente a ella, sin que en nada se vea afectada por las circunstancias personales del individuo.

ahora necesariamente cohonestarse con la valoración *ad hoc* de que la persona actúa con pleno entendimiento y voluntad, puesto que lo verdaderamente importante es que el sujeto disponga de suficiente juicio en relación con el acto jurídico determinado que pretenda desarrollar.

En definitiva, el Código civil catalán, a tenor de lo dispuesto en su artículo 211-3.1, vincula la capacidad de obrar a la madurez del individuo, al progreso de su raciocinio - el discernimiento - que, por definición, no es igual en toda persona, ya que en su acotación pueden influir múltiples circunstancias y factores, algunos de los cuales son tenidos en cuenta incluso por las mismas leyes. La regla general, pues, es la capacidad. Es decir, a cualquier persona física, de entrada, se le atribuye aptitud para actuar de manera eficaz en el tráfico, de donde se sigue, por decirlo de algún modo, que estas facultades quedan amparadas por una especie de presunción¹⁴⁰⁵. Esta misma idea es la que se desprende del punto tercero del mismo artículo 211-3 del Código civil de Cataluña al verificarse que "las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural". En un sentido similar se pronuncia el artículo 17.2 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia al establecer que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los niños y los adolescentes deben interpretarse siempre de modo restrictivo".

¹⁴⁰⁵ **Gete-Alonso Calera, M^a. del Carmen**, op. cit. págs. 32-33, partiendo del principio de que la capacidad de obrar se presume, apunta que de ello se derivan las siguientes consecuencias: a) La interpretación de las reglas de capacidad no puede ser restrictiva; b) la capacidad de obrar abarca todos los ámbitos en que se desarrolla la actividad de los individuos, tanto de carácter personal como patrimonial; c) no es igual ni uniforme para todas las personas sino que se gradúa.

3. PARTICULAR MENCIÓN A LA CAPACIDAD DE OBRAR DE LOS MENORES NO EMANCIPADOS

Una vez constatado el principio general que informa el ordenamiento jurídico civil catalán en materia de capacidad, presidido por la idea de que la aptitud de entender y querer se ha revelado como puntal o elemento sustancial e inherente al ejercicio efectivo de los derechos y obligaciones de los que una persona es titular - artículo 211-3.1 del Código civil de Cataluña -, procedemos, a continuación, al estudio detallado de cómo afecta esa nueva configuración de la figura objeto de nuestro análisis al sector o ámbito de intervención característico de los menores no emancipados.

Precisamente, la remisión contenida en el artículo 211-3.1 *in fine* del Código civil de Cataluña a las prevenciones que el propio texto normativo pueda establecer, nos lleva a refrendar dos aspectos que juzgamos de suma importancia para llegar a vislumbrar cuál es el funcionamiento exacto de la técnica organizativa proseguida en esta materia: de una parte, refuerza el carácter de principio general atribuido a la cláusula comprendida en el apuntado precepto - "*la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural*" -; y, de otra, permite la particularización o adaptación de esa regla o forma de proceder a las diversas eventualidades o contingencias que en la práctica puedan suscitarse - "*de acuerdo con lo establecido por el presente Código*" -. Este modelo o método de concreción nos permite, en definitiva, afrontar determinadas situaciones legales, tales como la incapacitación, la minoría de edad o la trascendencia de la voluntad del paciente en lo que se refiere a las intervenciones médicas, atendiendo a sus específicas peculiaridades identificativas.

Por ese motivo, si ponemos en correlación los artículos 211-3.1 y 211-5 de la norma civil catalana, este último relativo al régimen jurídico de la minoría de edad, obtendremos como resultado que la fórmula ordinaria de actuación, es decir, fundamentar la capacidad de obrar tan solo en la capacidad natural - 211-3.1-, es inmediatamente matizada. En estos casos, además de tomarse en consideración el intelecto y la voluntad del individuo - que se da la tesitura de no haber alcanzado todavía la mayoría -, deberá también valorarse, en idéntico grado, un dato meramente objetivo como es la edad. Asimismo, se consigue con ello, salvar cualquier atisbo de contradicción que pudiera generarse entre las dos disposiciones enunciadas, manteniendo, de esta forma, la vigencia de la norma común informadora de nuestro sistema.

3.1. EL MODELO INTERMEDIO O ECLÉCTICO COMO PAUTA A SEGUIR POR EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Prosiguiendo con la idea apuntada anteriormente, y adentrándonos, ahora, en los aspectos más significativos vinculados con la capacidad de obrar de las personas menores de edad, debemos, en primer lugar, denotar que de los principales criterios teóricos, manejados por parte de la doctrina contemporánea, para delimitar si un menor reúne o no el suficiente nivel de madurez y raciocinio para emitir un consentimiento válido y consciente por y en sí mismo considerado: el método netamente biológico y el sistema del razonamiento¹⁴⁰⁶; el Derecho civil catalán parece haber optado por acudir, a la luz de la literalidad del artículo 211-5 de su Código civil, a un modelo intermedio o ecléctico, forjado por una combinación entre

¹⁴⁰⁶ Siguiendo a **Sánchez Hernández, Carmen**, op. cit. pág. 958, por lo que al método puramente biológico se refiere, en este sistema la capacidad natural se vincula al alcance de una concreta edad, de tal forma que por debajo de ésta se presume que no existe. En cambio, para el criterio del discernimiento lo relevante es reunir la suficiente aptitud psíquica para comprender la naturaleza del acto que se pretende ejecutar y las consecuencias del mismo.

ambas formulaciones extremas. Se trata de una técnica, que si bien parte de las tesis de la madurez, no renuncia a la oportunidad de prever, para actos de especial trascendencia - tanto personal como patrimonial -, ciertos límites objetivos expresamente predefinidos por la norma, fundamentados en el simple *factum* de que se haya o no alcanzado una edad previamente estipulada. En otras palabras, tan solo se reconocerá, o mejor dicho se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos.

Nuestra teoría, tal y como avanzábamos *ut supra*, viene a ser confirmada por el redactado del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña que, recordémoslo, condiciona las actuaciones que el menor pueda llevar a cabo por sí solo, sin precisar de representación legal alguna, a su edad y capacidad natural, aproximándose con ello, al *in medio virtus* deseable.

A resultas de esta alternativa tomada por el Parlamento catalán, la redacción del Libro II del Código civil de Cataluña abandona definitivamente en este punto, al igual que sucedió en el Código civil español tras las sucesivas modificaciones introducidas en su redactado tras la Ley de 1981, la práctica tradicional de vincular la adquisición - gradual - de la capacidad de obrar, única y exclusivamente atendiendo al dato objetivo de ostentar una concreta edad. DÍEZ-PICAZO ya nos puso en antecedentes en este sentido, al manifestar, en referencia a las reformas operadas en el Código civil español durante los años setenta y ochenta del pasado siglo, cómo el modelo histórico de asociar la capacidad de obrar con un lapso determinado de tiempo, estaba empezando a ser seriamente cuestionado¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁷ Díez-Picazo y Ponce de León, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio: Sistema de Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Volumen I. Madrid, 2003, Ed. Tecnos, págs. 347-349, cifran como ejemplo la Ley de 4 de julio de 1970, que reformó la materia de la

La norma catalana al exigir que se tengan en consideración para delimitar el ámbito de intervención autónoma de los menores de edad "*tanto su edad como su madurez*", utilizando una terminología propia del artículo doce, punto primero, de la Convención sobre los Derechos del Niño, da por sentado que un mero indicador cronológico no puede predeterminar la trascendencia, validez y efectos de los actos por él acometidos. Los niveles de comprensión de las personas no siempre van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Así, la información, el nivel educativo, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el grado de apoyo, contribuyen, más allá del mero dato característico de haber cumplido un concreto número de años, a la mayor o menor capacitación del niño para formarse un juicio razonable e independiente¹⁴⁰⁸.

Esta visión del menor de edad como sujeto de derechos con facultades intrínsecas de participación e incidencia en la realidad que le rodea, se traduce en la admisibilidad, nos atreveríamos a decir prácticamente unánime, de que cierto tipo de transacciones elementales vengán a ser realizadas directa y ordinariamente por él - por ejemplo,

adopción. Así, el antiguo artículo 173 del Código civil dispuso que en el expediente de adopción debía ser oído el adoptando menor de 14 años si tuviese *suficiente juicio*. Idéntica línea es la planteada por **Mata Rivas, Francisco**: "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 117, al constatar que el legislador moderno tiende más a una mayor elasticidad en cuanto a la edad para determinar actos, quedando más amplio el criterio de la madurez o suficiente juicio que pueda tener el menor, por encima de su edad cronológica. También **Moreno Antón, María**, op. cit. pág. 99, refiriéndose al grado de autonomía en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa que presenta una persona menor de edad afirma, que en algunos sistemas jurídicos se ha optado por fijar una edad a partir de la cual se presume capaz al individuo para ejercer este derecho fundamental, edad que suele coincidir con la etapa adolescente y oscila entre los catorce y los dieciséis años. Añade, a continuación la autora, que un sector de la doctrina española es también partidario de estipular una edad legal para el ejercicio de este derecho y finaliza su reflexión apostillando que a falta de previsión legal al respecto debe seguirse la regla general de la capacidad natural o suficiente madurez.

¹⁴⁰⁸ Parece que el legislador catalán se hace eco e integra en el redactado del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña la interpretación dada por el Comité de los Derechos del Niño al contenido del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Vid. en este sentido, **Comité de los Derechos del Niño**: Observación nº. 12 relativa al derecho del niño a ser escuchado, de 20 de julio de 2009. CRC/C//GC/12, pág. 11.

compra de material escolar, golosinas ó tickets de transporte urbano, -, sin que nadie ponga en tela de juicio, ni objete, su capacidad y aptitud para comprender el alcance de las mismas y manifestar, a resultas, una voluntad completamente libre y vinculante. A medida que la edad aumenta, hasta aproximarnos a los lindes de la mayoría, la gama de contratos, actos de relevancia económica, decisiones de índole personal y demás intervenciones generadoras de responsabilidad, protagonizados por el menor, crecen paulatina y exponencialmente. Ahora bien, en estos últimos supuestos, en los que daríamos entrada a la figura del calificado particularmente en el ámbito sanitario como menor maduro, también se parte de la presunción en el sujeto de una capacidad de comprensión suficiente para inferir la relevancia derivada de sus actuaciones y expresar, de esta forma, una voluntad vinculante - por ejemplo, consentir un determinado tratamiento médico, realizarse un tatuaje o un "piercing", ó adquirir prendas de ropa o equipos multimedia -¹⁴⁰⁹.

El Código civil de Cataluña apuesta por un modelo que facilite al máximo el punto de encuentro o el equilibrio perfecto entre seguridad y realidad, evitando el doble escollo que supondría, de una parte, la brusquedad en el paso *uno ictu* a la capacidad y, de otra, el excesivo casuismo con el que corremos el riesgo de toparnos, para lograr de esta forma que el beneficio del menor y su preparación para la vida sean el norte que guíe el devenir de las instituciones a él referidas¹⁴¹⁰.

¹⁴⁰⁹ El propio **Quintus Mucius Scaevola**, op. cit, pág. 679, admitía la posibilidad natural de que el menor no emancipado contratase por sí mismo.

¹⁴¹⁰ Esta misma idea, referida eso sí al derecho aragonés, la expresó ya **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La edad en Derecho aragonés" en Libro Homenaje a la Memoria de Don Juan Moneva y Puyol. Zaragoza, 1954, Ed. Estudios de Derecho aragonés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, pág. 380.

En suma, parece ser que la intuición social es la correcta, la persona menor de edad además de ser titular de una capacidad de obrar limitada - relativa o de protección, en palabras de ciertos autores¹⁴¹¹ -, posee unas ciertas facultades naturales - que son las que ahora viene a reconocer expresamente el Código civil de Cataluña -, una cierta aptitud de comprender y querer, que variará, mutará, según la edad, contenido y naturaleza del acto de que se trate.

Tomando como punto de referencia esta percepción colectiva, que, a la postre nace de la realidad práctica del día a día y de la incorporación de la infancia y la adolescencia al mundo del derecho, es obligación del legislador darle vestidura y amparo legal, en otros términos, convertir esa variable y genérica capacidad natural en una competencia normativamente relevante.

3.2. ÁMBITOS DE ACTUACIÓN AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Para cumplir con la finalidad de transformar la ambigua y abstracta noción a la que hemos venido aludiendo hasta el momento, consistente en que la capacidad de obrar de las personas se fundamenta en su capacidad natural, elemento clave sobre el que pivota el Libro II del Código civil de Cataluña, y lograr, de esta forma, construir jurídicamente con éxito una teoría general sobre la capacidad de obrar del menor en Cataluña, respetando en todo caso el ámbito limitado y versátil de sus potencialidades naturales, debemos partir de las prevenciones contenidas en el tantas veces comentado artículo 211-3.1, si efectuamos una aproximación al tema de carácter más genérico, teórico e indeterminado, así como de los artículos 211.5, 222-

¹⁴¹¹ Jordano Fraga, Francisco, op. cit. pág. 892.

47.2 y 236-18, si de una visión más específica y detallada se trata, todos ellos del Código civil de Cataluña.

Dejando a un lado, al menos momentáneamente, el enunciado comprendido en el seno del artículo 211-3.1 del Código civil de Cataluña e indagando en la plasmación concreta que de sus provisiones han efectuado los artículos 211.5, 222-47.2 y 236-18 del mismo cuerpo normativo, una lectura preliminar de los mismos nos muestra cómo el legislador catalán se ha inclinado, entendemos que de una manera acertada y coherente con sus pretensiones iniciales, por abordar y definir esta materia desde una doble vertiente o perspectiva: una positiva, ubicada en el artículo 211.5 del Código civil de Cataluña, que enumera los ámbitos en que se habilita al menor de edad para actuar por su cuenta y riesgo; y otra negativa¹⁴¹², asentada en los artículos 236.18.2 y 222-47.2 del propio texto catalán, que acota o circunscribe cuáles son los actos excluidos de la representación legal de los progenitores o, en su caso, los tutores, en relación con sus hijos o pupilos¹⁴¹³.

¹⁴¹² **Badosa Coll, Ferran**: "La persona física" en **Badosa Coll, Ferran (Dir)**: Manual de Dret Civil Català. Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 142-143 y **Badosa Coll, Ferran**: "El Derecho civil catalán. Los hechos jurídicos. Las personas" en **Martínez-Simancas Sánchez, Julián y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dirs.)**: Derechos civiles de España. Vol. II, Madrid, 2000, Ed. Aranzadi, págs. 572-577, nos recuerda como en la regulación previa al Libro II del Código civil de Cataluña, la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, la minoría de edad se definía por exclusión de las facultades de autoregulación personal - artículos 133.2 y 214.1 del Código de Familia - y de administración patrimonial - artículos 145 y 210 del Código de Familia -.

¹⁴¹³ Recordemos, en este punto, las críticas vertidas sobre el redactado del Código civil español por la falta de correlación existente entre los artículos 162 - en sede de patria potestad - y 267 - en el ámbito propio de la tutela - por no recoger este último las excepciones a la representación legal de los tutores en el ejercicio de los actos relativos a los derechos de la personalidad. **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. págs. 43-44, justificaba esta discrepancia alegando que obedece a un simple descuido del legislador debido al distinto momento de redacción de una y otra disposición. Ya que mientras la redacción actual del artículo 162 fue obra 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; la composición del artículo 267 procede de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela.

A mayor abundamiento, del redactado definitivo de estos mandatos normativos pueden extraerse tres niveles diferentes de interacción o correspondencia que, si bien todos ellos, sin excepción alguna, operan sobre el reiterado presupuesto de la capacidad natural de la persona - artículo 211-3.1 del Código civil de Cataluña -¹⁴¹⁴, cada uno ostenta, innegablemente, sus propias peculiaridades técnicas. Tales situaciones son las circunscritas bajo las rúbricas relacionadas a continuación, que identifican los diferentes sectores en que los menores de edad están habilitados para diligenciar o gestionar sus intereses con total autogobierno y libertad: los relativos a los derechos de la personalidad; los atinentes a bienes y servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales; y los demás que la ley les permita.

Operadas estas reflexiones de carácter general, abordamos, seguidamente, el análisis detallado de cada uno de esos ámbitos referenciados en los que un niño, niña o adolescente puede, según su edad y capacidad natural, intervenir de manera autónoma e individual. Culminada con éxito esta transacción, estaremos en predisposición de proyectarnos una idea mucho más clara del modo cómo se ha producido en Cataluña, durante la última década del siglo XX, la verdadera recepción de los principios y los valores emanados, tanto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, normas éstas que puestas en consonancia con la tradición romana inspiradora de todo nuestro sistema jurídico privado, han venido a configurar, cada vez en mayor medida, a los niñas, niños y adolescentes como seres activos con capacidad de intervención propia, siempre sobre la base de su aptitud de entender y querer, no ajenos al devenir y evolución de sus vidas e indudables protagonistas de cuanto acontece a su alrededor.

¹⁴¹⁴ Estos mismos criterios clasificatorios son empleados por **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. págs. 886-891, para delimitar el ámbito de interpretación del artículo 162.2.1º del Código civil español. No está, sin embargo, del todo de acuerdo con este sistema de distribución interna del mencionado precepto **Martínez de Aguirre, Carlos**, op. cit. pág. 1.447.

Un espléndido resumen a las ideas apuntadas en este apartado nos lo brinda el Preámbulo de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que sintetiza, de forma más que sobresaliente, la nueva filosofía imperante en el sistema normativo catalán tras las últimas reformas legislativas. Reproducimos literalmente, a modo de cierre, un fragmento del citado prefacio para ilustrar con ello nuestro comentario: "una de las novedades que presenta este texto legal es la voluntad, expresada en el título, de remarcar de forma explícita, un doble concepto: el reconocimiento de los derechos de los niños y los adolescentes y el de las oportunidades de estas personas. En torno al concepto de oportunidad gira la voluntad de hacer posible la apertura de nuevos caminos, de nuevas vías, de fijar medidas concretas para hacer posible el ejercicio de los derechos reconocidos a los niños en la presente Ley y en los tratados internacionales. Cuando hablamos de oportunidades, hablamos de los nuevos caminos que es preciso abrir y que deben permitir a los niños y a los jóvenes su pleno desarrollo como ciudadanos. Así, esas oportunidades deben traducirse, entre otras, en el establecimiento de canales e instrumentos para hacer que se oiga la voz de los niños y adolescentes, para hacer expresa su participación en la toma de decisiones en la comunidad y, en definitiva, para facilitar su futuro encaje, como personas responsables, en la sociedad adulta".

A pesar de la apuntada claridad con la que se expresa el Preámbulo de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, debemos huir de la tentación de circunscribir sus palabras al exclusivo ámbito de la participación social, como colectivo o grupo de sujetos, de los niños, niñas y adolescentes. De nada sirve la previsión de instrumentos o mecanismos legales tendentes a favorecer y facilitar que las personas menores de edad intervengan y sean tenidas en consideración en su comunidad, al estilo de los Consejos de participación territorial y nacional - artículo 27 de la Ley 14/2010, de

27 de mayo -, si al menor como individuo, como ser autónomo, no le es reconocido y por ende se le reserva un espacio de actuación propio, un sector de intervención independiente que contribuya al crecimiento y al desarrollo integral de su personalidad. Para lograr alcanzar este objetivo, se hace del todo imprescindible aplicar unísonamente las prescripciones de la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia y los contenidos del Libro II del Código civil de Cataluña.

4. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

El primero de los ámbitos referenciados, tanto por el artículo 211-5.a) del Código civil de Cataluña, como por los artículos 222-47-2.a) y 236-18.2.a) del mismo texto normativo catalán por los que un niño, niña o adolescente puede, según su edad y capacidad natural, intervenir de manera autónoma e individual es el de los "actos relativos a los derechos de la personalidad".

Debemos recordar, a modo de breve introducción sobre la materia, que tradicionalmente la doctrina científica ha venido discutiendo acerca de cuál es la verdadera naturaleza de este tipo de derechos fundamentales. El debate se centra en delimitar si existe un solo derecho de la personalidad o son varios¹⁴¹⁵. Según la tesis monista, teoría clásica que apenas cuenta con defensores en la actualidad, existe un único derecho de la personalidad, una facultad sobre sí mismo - *in se ipsum* - y el resto de posibles derechos - como el honor, intimidad e imagen - se configuran

¹⁴¹⁵ Vid. en este sentido a **O'Callaghan Muñoz, Xavier**: Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Madrid, 1991, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 165-166.

como simples emanaciones o derivados de la propia personalidad, carentes de toda autonomía jurídica. La postura intermedia, por su parte, estima que hay un derecho general de la personalidad, que es el derecho al respeto que se debe a todo individuo por el mero hecho de serlo; este es, en definitiva, el fundamento de los derechos de la personalidad, que, como verdaderos derechos subjetivos múltiples, se refieren a aspectos o manifestaciones concretas - nombre, imagen ó vida, entre otros -. Al no encontrarse muchos de ellos desarrollados legalmente, si se produce un ataque a la personalidad se valorará si es subsumible en alguno de los derechos singulares de la personalidad y, de no ser así, se indagará acerca de si existe una vulneración del derecho o categoría general a la que pertenecen. Finalmente, la tesis pluralista aceptada hoy comúnmente se caracteriza por entender que los derechos de la personalidad son varios, distintos e independientes, aún conformando especies del mismo género¹⁴¹⁶.

Dejando al margen estas discusiones dogmáticas y admitiendo la prevalencia de las tesis pluralistas en nuestro ordenamiento jurídico civil, procederemos, acto seguido, al estudio de las principales previsiones contenidas en el Código civil de Cataluña relativas al régimen jurídico de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de personas menores no emancipadas, enfatizando, de manera particular, las características propias de su especial naturaleza jurídica así como destacando las similitudes y diferencias en la manera cómo ha sido regulada tal vicisitud en la mentada norma catalana y la forma en que se obró en el Código civil español. Hechas estas reflexiones de índole más general, pro seguiremos con el

¹⁴¹⁶ La misma opinión nos muestra **Sempere Rodríguez, César**: "Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen" en **Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.)**: Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo II. Madrid, 1996, Ed. Edersa, págs. 388-389, al manifestar que en España se acoge la tesis pluralista en la protección a la personalidad, al tiempo que se conserva una cláusula general de tutela de esta clase de derechos en el artículo 10 de la Constitución española - dignidad y libre desarrollo de la personalidad-. También se hace eco de esta controversia **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. págs. 66-74.

análisis minucioso de la concreción legal adoptada por las disposiciones de la norma civil catalana en relación a concretos derechos de la personalidad. Puesto que la argumentación teórica propuesta por el Código civil catalán sólo tendrá sentido en la medida en que se muestre idónea para la resolución de problemas concretos. De esta forma, indagaremos en el tratamiento irrogado a la capacidad de obrar del menor de edad no emancipado en el ámbito de su derecho a la intimidad, el honor, la propia imagen, la protección de datos, la vida y la integridad física. Todos ellos conforman paradigmáticos derechos de la personalidad de los que pueden extraerse conclusiones extrapolables a toda la categoría.

4.1. ACTOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. IDEAS GENERALES Y PAUTAS DE DELIMITACIÓN

La tendencia seguida por el Código civil de Cataluña de otorgar relevancia jurídica a la capacidad natural o madurez de los menores de edad en aras de reconocer la capacidad de obrar, es especialmente marcada en el territorio de los derechos de la personalidad y es precisamente en este entorno en el que nacieron las primeras voces partidarias de sostener que, si bien la dicotomía "capacidad jurídica - capacidad de obrar" podía todavía tener cierta relevancia en el ámbito patrimonial, era insostenible en el ámbito de la personalidad¹⁴¹⁷. Parece que negar la capacidad de

¹⁴¹⁷ **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit., pág. 26. También tener en cuenta que la doctrina italiana fue pionera en la defensa de esta tesis. Uno de sus máximos exponentes es **Stanzione, Pasquale**: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino, 1976, Ed. Jovene, págs. 130-131, 164-166, 242 y 250, donde expone que "se taluni diritti, più di altri, sono concepiti ai fini dello sviluppo della persona umana (...), non ha alcun valore riconoscere astrattamente uno di essi senza concedere anche la possibilità di esercitarlo immediatamente. La conseguenza è che per tali situazioni non ha senso ricorrere alla figura della capacità giuridica e della capacità d'agire". De esta misma opinión son **Beltrán de Heredia y Castaño, José**: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976). Madrid, 1976, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pág. 22; **Rico Pérez, Francisco**: "La individualización de la persona humana en el Derecho civil" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º. 238, enero 1975, págs. 9-30; **Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín**: "Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona" en **Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.)**: *Comentarios a la Constitución española de 1978*. Tomo II. Madrid, 1996, Ed. Edersa, pág. 68; y **Martins**,

obrar en el espacio de los derechos de la personalidad cuando el sujeto reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes para ejercitarlos por sí, se torna en una plausible vulneración a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del individuo, reconocidos en el artículo 10 de la Constitución española como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico¹⁴¹⁸.

La manifestación legal de esta tesis encuentra su amparo tanto en el artículo 211.5 apartado a) del Código civil de Cataluña, en el que se reconoce autonomía al menor de edad, según su edad y capacidad natural, "en el ejercicio de los actos relativos a derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan cosa distinta"¹⁴¹⁹; como en los artículos 222-47.2 apartado a) y 236-18.2 apartado a),

Rosa: Menoridade, (in)capacidades e cuidado parental. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora, págs. 56-66.

¹⁴¹⁸ Tal y como apunta **Stanzione, Pasquale**, *ibidem*, págs. 184-185 y **Stanzione, Pasquale**: "Interesse del minore e statuto dei suoi diritti" en Gorla, Gino: Studi in memoria di Gino Gorla: la figura e l'opera le fonti, il precedente, la sentenza la cultura del diritto. Vol. I. Milano, 1994, Ed. A. Giuffrè, pág. 1.755, es la capacidad natural la que debe marcar el criterio para determinar la posibilidad de ejercer los derechos de la personalidad de manera que el menor podrá ejercer sus derechos fundamentales siempre que tenga suficiente autogobierno. La misma idea la encontramos en **Moreno Antón, María**, op. cit. pág. 97, quien considera que la capacidad natural se ha convertido en la regla básica para que el menor pueda ejercer por sí mismo sus derechos fundamentales y se concibe como la aptitud para adoptar una decisión consciente y libre respecto a un determinado asunto, aptitud que debe valorarse en cada caso concreto y no de forma abstracta (...) Con capacidad natural sólo el menor está legitimado para ejercer sus derechos fundamentales. También **Badosa Coll, Ferran**: "La persona física" en **Badosa Coll, Ferran (Dir)**: Manual de Dret Civil Català. Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, pág. 139 y **Badosa Coll, Ferran**: "El Derecho civil catalán. Los hechos jurídicos. Las personas" en **Martínez-Simancas Sánchez, Julián** y **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dirs)**: Derechos civiles de España. Vol. II, Madrid, 2000, Ed. Aranzadi, págs. 572-577, sostiene que la capacidad natural tiene eficacia plena en los derechos de la personalidad.

¹⁴¹⁹ Un estudio pormenorizado de la categoría jurídica de los derechos de la personalidad lo encontramos en **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. págs. 66-77. Esta autora, tras recalcar las dificultades para ofrecer un listado cerrado e inmutable de esta clase de derechos, dada la variabilidad histórica de los valores esenciales de la persona que en cada momento demandan ser objeto de atención específica por el legislador, utiliza, a continuación, el tradicional criterio de distinción entre los pertenecientes a la esfera física o corporal del individuo y los relativos a la esfera moral o espiritual. En el primer grupo encuentran cabida, básicamente, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo y la libertad en su vertiente material. A su vez, encajan en el segundo, el derecho al nombre o a la identidad personal, los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, el derecho a la protección de los datos personales, la mayor parte de las libertades - en particular, la ideológica y la religiosa - y, en su caso, el controvertido derecho moral de autor.

ambos también del Código civil de Cataluña, en los que se exceptúa del ámbito de la representación legal de los tutores o de los progenitores la puesta en acción de este tipo de derechos fundamentales¹⁴²⁰.

El ejercicio de los llamados derechos de la personalidad corresponde, por consiguiente, al mismo individuo y el representante legal no podrá siquiera, sin justa causa, impedir su práctica. Es decir, al afectar a prescripciones de carácter personalísimo, no puede atribuirse legitimación para su acción a sujeto distinto de su titular, caso de ser así, se interpretaría no como una excepción a las limitaciones preestablecidas a la representación legal, sino como singularidad propia del funcionamiento ordinario de las instituciones de la potestad y la tutela¹⁴²¹.

Clarificadoras son en este punto las reflexiones de DÍEZ-PICAZO, quien al analizar las reformas del Código civil español en materia de potestad, que tuvieron lugar en el año 1981, y concretamente las prescripciones del entonces innovador redactado del artículo 162 párrafo 2º punto 1º del Código civil español, se plantea si en los casos en que resulte obvio - por ejemplo, por cuestiones de edad - que un menor no reúne las condiciones de madurez suficientes para ejercitar por sí los actos relativos a los derechos de la personalidad, nos encontramos realmente ante un verdadero supuesto de representación, es decir, que son los progenitores - en su caso, el tutor - los que ejercitan los derechos personalísimos de sus hijos - o de su pupilo -, o si

¹⁴²⁰ Podemos traer a colación las palabras de **López Jacoiste, José Javier**: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad" en Anuario de Derecho Civil, 1986, pág. 1060, en referencia al Código civil español, y aplicarlas plenamente a la realidad descrita por el Libro II del Código civil de Cataluña. Este autor manifiesta que no se especifican variedades concretas de tales derechos al entender que todas ellas, en sus manifestaciones actuales o futuras, lo mismo si se encuentran legalmente reguladas como si no, al dar razón de su ser y de sus más esenciales virtualidades asisten y corresponden a la persona. Y ello en los términos más amplios de ejercicio y efectividad.

¹⁴²¹ **Montés Penadés, Vicente L.**, op. cit. pág. 1086.

éstos más bien se limitan a cumplir los deberes que la responsabilidad parental o tutelar les imponen¹⁴²².

A nuestro parecer, tal y como ya expusimos en el apartado dedicado al estudio en profundidad del mentado artículo 162.2 del Código civil español, los representantes legales del menor no actúan en este ámbito en calidad de tales -respetando así la regla general de que los actos personalísimos no son susceptibles de sustitución -, sino en condición de la potestad-función que les compete para velar por el interés de su representado¹⁴²³. En otras palabras, no se les reconoce un derecho subjetivo sino una potestad, es decir cumplen una serie de deberes para asegurar determinados bienes jurídicos, en este caso la protección integral de la personalidad del sujeto menor de edad¹⁴²⁴.

Sentado lo anterior y en consonancia con el principio del *favor filii*, la puesta en acción de los derechos de la personalidad por sus legítimos titulares, sólo cabe limitarla cuando su voluntad de activarlos sea contraria a intereses preponderantes

¹⁴²² **Díez Picazo y Ponce de León, Luís**: "Nota sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad" en Anuario de Derecho Civil, 1982, pág. 16, ejemplifica su posicionamiento indicando que un padre que autoriza una operación quirúrgica o la extracción de un órgano de su hijo no ejercita tal acto por representación de los derechos de la personalidad del mismo. Más bien, entiende dicho autor, parece que cumple con su propio ámbito de funciones y potestades.

¹⁴²³ En particular, así lo ha puesto de relieve **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís**, *ibidem*, pág. 16; "La reforma del Código civil en materia de patria potestad" en Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia. Sevilla, 1982, Ed. Universidad Hispalense, pág. 304. En igual medida, **Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín**, op. cit. pág. 68, defiende que la dignidad básica no está ligada a la edad o a la salud mental de la persona, circunstancias que tienen, sin duda, incidencias en determinados aspectos jurídicos de la capacidad de obrar, pero no en la personalidad profunda, desligada del desarrollo psicológico o cultural - el niño es persona - ; ni se quiebra por perturbaciones anímicas. Más aún, en tales casos la sociedad y los poderes públicos deben reforzar la tutela y la asistencia a esos seres humanos y contribuir, en la mayor medida posible, al desenvolvimiento de su personalidad. También **Morillas Fernández, Marta**: "Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen, y patria potestad" en **García Garnica, María del Carmen y Morillas Fernández, Marta (Coords.)**: Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar. Cizur Menor, 2008, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 175 y **Asensio Sánchez, Miguel Ángel**: La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. Madrid, 2006, Ed. Tecnos, pág. 43.

¹⁴²⁴ **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit. pág. 48.

en atención al pleno desarrollo de su personalidad, de la misma forma que se puede limitar la *voluntas* de sus representantes cuando su intervención sea contraria a los intereses del menor. En consecuencia, cuando el menor realice determinadas actividades que en sí mismas entrañen un menoscabo de su autogobierno, la posibilidad del menor de edad de intervenir con total autonomía quedará descartada o disminuida. Estamos pensando, *ad exemplum*, en una eventual vinculación de los niños, niñas o adolescentes con el mundo de las sectas, o en su posible afectación por trastornos de conducta alimentaria, e incluso en un consumo querido y consciente de ciertas sustancias psicotrópicas, situaciones todas ellas que, por definición, entrañan una disminución o incluso una desaparición de la capacidad natural, por lo que son contrarias a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del menor de edad que es, *in fine*, el objetivo último que se pretende atender.

En este orden de factores, por tanto, para verificar la capacidad natural del menor de edad, a efectos del ejercicio de los actos relativos a derechos de la personalidad, hay que tener en cuenta varios elementos o vectores fundamentales de delimitación. En primer lugar, cabe identificar la existencia de algún tipo de previsión general o criterio cronológico de atribución que habilite al individuo para actuar de manera autónoma en la puesta en acción de un específico derecho de la personalidad. En segundo término, no debemos perder de vista la particular naturaleza jurídica que presenta el derecho que se ejercita. Y por último, hay que constatar si el sujeto activo es o no consciente de los efectos derivados de su decisión; y, ante todo, si éstos redundan u obedecen a su interés, es decir, si le son o no beneficiosos. Luego, cuando al menor de edad se le niega la capacidad para consentir no podemos pensar única y exclusivamente en la hipótesis de que no tiene capacidad natural suficiente, sino que, aun ostentándola, es posible que su ejercicio no responda a su provecho, en

cuyo caso la declaración de voluntad cede frente a su interés. Por tanto, ante el conflicto entre "capacidad natural-interés del menor" debiera primar este último.

Además, la diversidad de supuestos que se engloba tras la noción de derechos de la personalidad y su dispar trascendencia nos impiden establecer con carácter general cuando se tiene madurez suficiente para su desarrollo. Por lo que no siempre el menor de edad estará habilitado para su ejercicio autónomo, sino que habrá que estar, tal y como ya hemos constatado, a la relevancia del acto de que se trate, a la irrevocabilidad o no de sus resultados, así como a lo dispuesto por la ley que desarrolle el régimen jurídico específico del determinado derecho de la personalidad que sea analizado¹⁴²⁵.

Por otro lado, cuando la controversia opera entre la voluntad del menor, al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento, y la de sus progenitores o tutores, en este caso, la *voluntas* del menor prevalece sobre cualquier otra en la medida en que nos movemos dentro del ámbito del artículo 211-5.a) del Código civil de Cataluña, siempre y cuando se constate que la decisión por él tomada es lo que le resulta más conveniente.

Otro aspecto a destacar de la propuesta que nos presenta el Libro II del Código civil de Cataluña, al referirse al ejercicio por parte de los menores no emancipados de los actos relativos a los derechos de la personalidad, surge de comparar la manera cómo ha sido prevista tal vicisitud en la mentada norma catalana y la forma como se reguló en el Código civil español. En este sentido, el Código civil de Cataluña

¹⁴²⁵ En opinión de **Santos Morón, María José**: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor" en **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.)**: El menor ante el derecho en el siglo XXI. Madrid, 2011, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 64, en el ámbito de los derechos de la personalidad debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico. La seguridad no puede primar sobre el respeto a la personalidad y a la dignidad del individuo.

partiendo de las bases prefijadas por la normativa estatal ha tratado de perfeccionar y clarificar el tenor de sus preceptos.

Así, los artículos 211-5.a) - sede de capacidad -, 222-47.2.a) - sede de tutela - y 236-18.2.a) - sede de potestad - del Código civil de Cataluña, acogen, tal y como ya hemos verificado con anterioridad, las tesis que habilitan al menor no emancipado para ejercer por sí, de acuerdo con su edad y grado de madurez, los actos relativos a los derechos de la personalidad. La redacción literal de estas disposiciones sigue la línea marcada originariamente por el artículo 162.2.1º del Código civil español - de acuerdo con las reformas introducidas al mismo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio - que se caracteriza por prever, de manera expresa, unas limitaciones o restricciones a la representación legal que ostentan, por principio, los progenitores - o tutor en su caso - sobre los hijos menores no emancipados; siendo precisamente la primera de esas cautelas la concerniente a "los actos relativos a los derechos de la personalidad". Esta misma prevención, ya había sido acogida inicialmente en Cataluña por la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre - artículo 25.2.a) - y posteriormente por la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia - artículos 155.2.a) y 209-2.a) -, antecedentes inmediatos del vigente Código civil catalán¹⁴²⁶.

¹⁴²⁶ De la literalidad de los artículos 155.2.a) y 209.2.a) del ya derogado Código de Familia catalán se deducía que la representación legal quedaba siempre excluida de los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulasen la permitieran excepcionalmente. Es decir, la regla general era la negativa a la intervención de los progenitores o los tutores en tanto que representantes legales en el ámbito de los derechos de la personalidad del hijo o del pupilo menor de edad mientras que la excepción conllevaría la necesidad de previsión legal en ese sentido.

No obstante lo apuntado, y huyendo de las dificultades de comprensión y entendimiento que históricamente han acompañado a las confusas y desordenadas palabras contenidas en el párrafo segundo, punto primero, del artículo 162 del Código civil español - recordemos la acusación que pesa sobre el mismo de entremezclar dos órdenes conceptuales distintos: por una parte, los actos relativos a los derechos de la personalidad y otro tipo de acciones y, por otra, las referencias a las leyes y a las condiciones de madurez -, el legislador catalán se ha decantado, desde antaño, por mesurar con mayor nivel de rigor y exactitud el verdadero sentido y significado que debe atribuírsele a esta cláusula limitativa de las facultades representativas que ostentan los progenitores - o tutores - sobre sus hijos menores no emancipados - o pupilos -.

Tal finalidad u objetivo se ha procurado alcanzar a través de dos vías, a la vez que dispares, totalmente interrelacionadas una con la otra. En primer término, y a diferencia de lo acaecido en la disposición referenciada del Código civil español - artículo 162.2.1º -, donde se acomete en un único apartado dos situaciones de hecho totalmente diferenciadas entre sí¹⁴²⁷: una atinente a los derechos de la personalidad, que el hijo esté en condiciones de ejercitar por sí solo de conformidad con su madurez o raciocinio; y, otra de naturaleza más indeterminada, centrada en todos aquellos actos que el menor, de acuerdo con las leyes, pueda desempeñar con total autonomía y libertad, remitiéndonos con ello a los mandatos que otras disposiciones normativas puedan contener¹⁴²⁸; el Código civil de Cataluña, por el contrario, se ha

¹⁴²⁷ Es justamente la fusión de esas dos realidades dispares la que ha venido a complicar la interpretación del párrafo segundo, punto primero, del artículo 162 del Código civil español. Son de esta opinión: **Montés Penadés, Vicente**, op. cit. págs. 1085-1086, **Prada González (de), José María**, op. cit. pág. 392, **Uribe Sorribes, Antonio**, op. cit. págs. 261-262, **Lacruz Berdejo, José Luis**, op. cit. pág. 129, **Sevilla Bujalance, Juan Luís**, op. cit. pág. 560, **Santos Morón María José**, op. cit. pág. 7, **Jordano Fraga, Francisco**, op. cit. pág. 893 y **Albácar López, José Luís** y **Martín-Granizo Fernández, Mariano**, op. cit. pág. 1592.

¹⁴²⁸ Por citar algunos ejemplos, todos ellos comprendidos en el seno del Código civil español, nos podemos referir al reconocimiento de hijo extramatrimonial - artículo 124 -, a los actos ordinarios de administración -

decantado por reglar separadamente, dando con ello una imagen de mayor concisión y seguridad jurídica, las dos circunstancias apuntadas. Reconociéndose, de este modo, al menor la suficiente capacidad para ejercitar por sí solo: de una parte, los actos relativos a los derechos de la personalidad; y, de otra, el resto de intervenciones que la ley le permita - norma de reenvío -.

Esta estructura o composición, sin embargo, tan sólo ha sido seguida en su integridad por el artículo 211-5 del Código civil de Cataluña, no así en sus disposiciones homólogas tanto en sede de responsabilidad parental - artículo 236-18.2 del Código civil de Cataluña -, como en el ámbito de las instituciones tutelares - artículo 222-47.2 del Código civil de Cataluña -. Estos dos últimos preceptos se han limitado a mencionar, únicamente, como excepción a la representación legal asignada a los progenitores o al tutor, el supuesto relativo a los derechos de la personalidad, guardando silencio, en cambio, sobre la citada cláusula de reenvío.

Con esta nueva manera de proceder, el Código civil de Cataluña se aparta ostensiblemente de las previsiones que en su momento contenían tanto la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre - artículo 25.2 apartados a) y b) - como el Código de Familia - artículos 155.2 puntos a) y b) y 209.2 puntos a) y b) -, que sí hacían mención dentro del listado de actuaciones excluidas a los representantes legales a los "actos que, de conformidad con las leyes y según la edad o capacidad natural, pueda realizar el hijo o hija - o la persona tutelada - por sí mismo".

artículo 164.3 -, a la adquisición de la posesión de los bienes y derechos - artículo 443 -, a la aceptación de donaciones puras - artículo 625 y 626 *a sensu contrario* -, al otorgamiento de disposiciones testamentarias - artículo 663 -, y a la posibilidad de actuar como mandatario - artículo 1.716 -.

Si bien es cierto que, para justificar tal ausencia del Código civil de Cataluña, podría argumentarse que esta norma de cierre encuentra actualmente su ubicación o cabida dentro del grupo de disposiciones referidas, de forma general, a delimitar cuáles son las capacidades de actuación con las que cuentan las personas menores de edad - artículo 211.5. c) -, haciendo, en consecuencia, innecesaria su reiteración en los preceptos específicos de responsabilidad parental y tutelar; no es menos cierto, que no ha sido éste el criterio aplicado de manera uniforme por nuestro legislador en otras situaciones de naturaleza manifiestamente análoga. Tal circunstancia, en última instancia, denota o hace patente un cierto margen de improvisación o una falta de homogeneidad en la redacción final ofrecida por el texto civil catalán.

En segundo lugar, la atribución de competencias autónomas a los menores no emancipados, que reúnan las condiciones de madurez necesarias, sobre sus derechos de la personalidad, contenida en los artículos 211-5.a) - sede de capacidad -, 222-47.2.a) - sede de tutela - y 236-18.2.a) - sede de potestad - del Código civil de Cataluña, no presenta un carácter absoluto e ilimitado, sino que, por el contrario, su dicción literal incorpora una cortapisa o acotación que viene a confinarla. Tal restricción, no es otra que la comprendida tras la expresión "salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa". Este enunciado presenta como propósito o motivo último el de proteger el respeto efectivo de los derechos de las personas menores de edad, así como permitir que las leyes especiales que desarrollen de manera completa esta clase de facultades o atribuciones, al reconocer como titulares a los niños, niñas o adolescentes, estén autorizadas a incluir determinados elementos o mecanismos de control y garantía que eviten los posibles perjuicios que un

ejercicio inadecuado o desmesurado de los mismos pudiera llegar a suscitar en la persona y patrimonio del menor¹⁴²⁹.

De esta forma, aunque al menor le sea reconocido un derecho subjetivo para actuar por sí, los verdaderos garantes de la protección de sus intereses son aquéllos a los que legalmente les ha sido encomendada su guarda, ya que la ley les ha impuesto un deber de especial vigilancia y atención¹⁴³⁰. Esta misma idea, si bien expresada de una manera más genérica y no circunscrita exclusivamente a los derechos de la personalidad, la encontramos igualmente reflejada en el artículo 17.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que establece expresamente que "los niños y los adolescentes pueden ejercer y defender ellos mismos sus derechos, salvo que la ley limite este ejercicio", quedando siempre a salvo poder hacerlo mediante sus representantes legales, excepto en los supuestos en que éstos presenten intereses contrapuestos a los suyos.

La justificación de estos límites legales al ejercicio de un derecho de la personalidad no es sino la atención y protección del propio individuo. Reconociendo la vital importancia de conceder al menor la puesta en acción de este tipo de derechos, por resultar ello beneficioso tanto para el desarrollo integral de su personalidad como

¹⁴²⁹ La doctrina catalana mayoritariamente ha entendido que el menor podrá ejercer por sí mismo sus derechos de la personalidad cuando tenga suficiente madurez para ello, a salvo las excepciones legales. Claros representantes de esta línea de pensamiento son **Roca Trias, Encarna** y **Puig Ferriol, Lluís**: Instituciones de Derecho civil de Cataluña. Vól. II. Valencia, 2005, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 39 y **Miralles González, Isabel**: "Comentarios al artículo 155 del Código de Familia" en **Egea y Fernández, Joan** y **Ferrer y Riba, Josep (Dir.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pág. 717.

¹⁴³⁰ **Miralles González, Isabel**, *ibidem*, pág. 717. Asimismo, **Cortada Cortijo, Neus**: "Comentarios al artículo 209 del Código de Familia" en **Egea i Fernández, Joan** y **Ferrer i Riba, Josep (Dir.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, págs. 894-896. Por su parte, **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit. pág. 79, afirma que fruto de la patria potestad existe un deber y un interés legítimo en la defensa de la personalidad del hijo menor de edad con base en la función social que están llamados a cumplir los padres.

para el crecimiento progresivo de su nivel de autosuficiencia y responsabilidad, también lo es que, en ocasiones, se le prive o limite esa posibilidad al entenderse que puede ser lesiva o contraproducente para su crecimiento y formación¹⁴³¹. En estos supuestos, se entiende que es más grave el peligro que se corre priorizando únicamente el indicador de la madurez que pueda presentar el menor de edad al concluir una determinada actuación, que restringir su participación directa en el mismo, no obstante contar éste con suficiente capacidad natural¹⁴³².

La situación es muy evidente en el caso del consentimiento a la donación de órganos o la utilización de técnicas de reproducción humana asistida. En ambos supuestos se exige la mayoría de edad. Tanto el artículo 4 de la Ley 39/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, como el artículo 9 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, requieren que el donante sea mayor de edad, goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. El consentimiento debe otorgarse por escrito en presencia del juez encargado del Registro Civil -ante quien debe comparecer también un médico que acredite el estado de salud física y mental del donante, así como el médico responsable del trasplante¹⁴³³ -.

¹⁴³¹ En palabras de **Lama Aymá (de), Alejandra**, *ibidem*, pág. 64, la protección del menor de edad se manifiesta de forma activa fomentando su autonomía y permitiendo que actúe por sí mismo y de forma pasiva impidiendo su actuación cuando ésta pueda ser perjudicial para el normal desarrollo de su personalidad.

¹⁴³² La situación es muy evidente en actos relacionados con la disposición del propio cuerpo, pues la posible equivocación en la apreciación de la existencia de madurez suficiente tiene unas consecuencias irreparables. Por ello se opta por retardar a los dieciocho años la intervención del interesado.

¹⁴³³ Para **Santos Morón, María José**: Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen. Madrid, 2000, Ed. Escuela Libre, págs. 90-92, la exigencia de la mayoría de edad resulta lógica si se tiene en cuenta que el grado de entendimiento y juicio requeridos para consentir un tratamiento médico está estrechamente ligado al resultado del balance riesgo-beneficio del mismo. La

En cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, exige tanto para ser donante -artículo 5.6 - como para ser usuaria de estas técnicas -artículo 6.1 -, que se tenga más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. Por consiguiente a estos fines no basta siquiera la emancipación, siendo *conditio sine qua non* que se haya alcanzado la citada edad¹⁴³⁴.

Una vez abordadas, de forma general, las cuestiones relativas a la caracterización y calificación que reciben los derechos de la personalidad cuando su titularidad y posible ejercicio autónomo corren a cargo de una persona menor de edad no emancipada, así como las particularidades que presenta su regulación en el Código civil catalán con respecto a su homólogo español, iniciamos en los siguientes epígrafes un estudio pormenorizado de determinados derechos de la personalidad que, por su especial vinculación con los niños, niñas y adolescentes, consideramos que son merecedores de un análisis más exhaustivo. Principiamos, pues, este apartado con el examen detallado de los derechos del menor al honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de datos personales.

extracción de un órgano es un acto que disminuye sensiblemente la integridad del donante, no implica ningún beneficio objetivo para éste y además puede implicar riesgos para su salud.

¹⁴³⁴ Para **Santos Morón, María José**: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor" en **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.)**: El menor ante el derecho en el siglo XXI. Madrid, 2011, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 65, la necesidad de que el usuario tenga al menos dieciocho años se explica si se piensa que la donación de gametos tiene importantes implicaciones éticas, al igual que el empleo de técnicas de reproducción humana asistida. Esta última exige además valorar convenientemente todas las posibles alternativas, así como los riesgos del tratamiento y, en particular, las consecuencias de una gestación futura. De igual modo, también presenta importantes connotaciones morales la donación de embriones y preembriones para fines de investigación, lo que explica que la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, no permita a los menores de edad ni a los incapacitados otorgar el consentimiento al efecto - el artículo 4.2 dispone que "se otorgará el consentimiento por representación cuando la persona esté incapacitada legalmente o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación" -, si bien se exige que participen "en la medida de lo posible y según su edad y capacidades en la toma de decisiones a lo largo del proceso de investigación" - artículo 4.2 inciso tercero -.

4.2. HONOR, INTIMIDAD, PROPIA IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

4.2.1. El ejercicio de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de las personas menores de edad

Al lado de la denominada como "protección de la esfera corporal de la persona", el ordenamiento legal ha consagrado formas de protección civil de bienes jurídicos de la personalidad atinentes a lo que puede englobarse dentro de la conocida como "esfera espiritual de los sujetos". Es por ello que el artículo 15 de la Constitución española, junto a la integridad física, considera el derecho que ostentan todos los individuos a la integridad moral, esto es, al reconocimiento de la propia dignidad y al respeto y consideración por parte de los demás miembros de la comunidad. Tal derecho genérico se plasma y concreta en el propio texto constitucional en su artículo 18.1 al garantizarse el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; precepto que, a su vez, ha sido objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El rápido y exorbitado nivel de crecimiento alcanzado progresivamente por las diferentes técnicas que facilitan de manera notable la reproducción, exposición y distribución de la información o las imágenes de las personas, así como el desarrollo logrado por las técnicas publicitarias que de manera habitual utilizan como elemento de reclamo a toda suerte de sujetos, y muy especialmente a niños, niñas y adolescentes, ha provocado que la protección de los derechos de la personalidad y, más concretamente, del derecho a la propia imagen hayan adquirido a día de hoy cuotas insospechadas de relevancia práctica.

Es posible, incluso, que las innovaciones introducidas por las nuevas tecnologías y el grado de sofisticación adquirido por los métodos de venta y comunicación comercial hayan estimulado el nacimiento y la difusión de una nueva visión del derecho a la intimidad y a la imagen, que amplía su campo de acción más allá de las lesiones al honor, reputación, decoro y pudor. En efecto, en la sociedad actual se reputa como "lo más normal del mundo" que las personas dispongan de su imagen y de su privacidad o dicho de otra forma, utilizando ahora este término en un sentido amplio, que la comercialicen, en la convicción de que tienen derecho a ello, aunque no estén en juego ni su honor ni ninguno de los otros bienes morales. Obviamente, en el ejercicio de la facultad de disponer de su intimidad y propia imagen la persona puede celebrar contratos de variada naturaleza o prestar su consentimiento para autorizar la reproducción y utilización de sus datos personales o de su imagen.

Dada esta coyuntura socio-jurídica, es precisamente éste el ámbito en que mayor interés suscita el análisis de los derechos de la personalidad en aquellos supuestos en que sus titulares y, por ende, los legitimados activamente para su ejercicio, siempre que reúnan las suficientes aptitudes intelectivas y volitivas, sean personas menores de edad no emancipadas. En tal caso, además de la normativa aplicable en materia de reconocimiento y protección de los derechos inherentes a la persona en su esfera espiritual - Constitución española y Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo - debemos tener en cuenta todo el acervo legislativo, tanto internacional¹⁴³⁵ como interno - ya sea estatal o catalán - relativo a los derechos de la infancia y la adolescencia.

¹⁴³⁵ El artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas reconoce el derecho del niño "a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación", así como "a ser protegido por la ley contra esas injerencias o ataques".

Estas disposiciones de referencia consideran que el consentimiento para la intromisión en uno de estos derechos de la personalidad debe ser emitido por su titular; caso de que éste sea una persona menor de edad, la Ley estatuye que deberán ser ellos mismos los que presten la declaración de voluntad, siempre y cuando así lo permitan "sus condiciones de madurez": es decir, cuando tengan una capacidad de discernimiento y un control de su voluntad que posibiliten el presuponer que comprenden la trascendencia de su decisión, saben lo que quieren y quieren lo que conocen. Lo apuntado, guarda perfecta coherencia con lo dispuesto tanto en el artículo 211-5.a) del Código civil de Cataluña que reconoce a los menores, según su edad y capacidad natural, facultades para ejercitar por sí solos "los actos relativos a los derechos de la personalidad" como en los artículos 222-47.2.a) y 236.2.a) del Código civil de Cataluña que sustraen del ámbito de la representación y disponibilidad de tutores y progenitores este mismo tipo de intervenciones. En el caso de que el menor de edad no tenga raciocinio suficiente, el consentimiento deberá otorgarse por escrito y por su representante legal, quien estará obligado a poner su intención de consentir en conocimiento del Ministerio Fiscal.

En este sentido se pronuncia la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹⁴³⁶. Esta norma tras reconocer en su artículo tercero que es el propio menor el que debe

¹⁴³⁶ Desde esta perspectiva hay que tener en cuenta, entre otros y a nivel internacional: el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que veta las intromisiones en la intimidad del menor de edad al proclamar que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o a su reputación" por lo que la ley ha de regular el derecho del menor frente a esas injerencias; los artículos 8.29 y 8.43 de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 21 de septiembre de 1992, cuando manifiestan que todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados legales contra su honor, ni a ser objeto de utilización lesiva de su imagen; artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que formula la protección que necesita el menor tanto en la familia como en la sociedad; y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, que exige la toma de medidas especiales de protección y asistencia en relación a los menores.

consentir cualquier tipo de intromisión en su derecho al honor, intimidad personal y familiar o propia imagen, siempre que sus condiciones naturales se lo permitan¹⁴³⁷ y sin sujeción a requisito formal alguno¹⁴³⁸, acto seguido, matiza que en el resto de ocasiones, es decir, cuando el menor no reúna el intelecto y la voluntad apropiados, el consentimiento tendrá que otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal la declaración de voluntad proyectada. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, pues considera que la intromisión en nada favorece al adecuado desarrollo de la personalidad del menor, le corresponderá resolver la controversia a la autoridad judicial¹⁴³⁹.

¹⁴³⁷ Idéntica mención se contiene en el artículo 7.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual - Boletín Oficial del Estado, núm. 79, de 1 de abril de 2010 -, en el que se afirma que "los menores tienen el derecho a que su imagen y voz no sean utilizadas en los servicios de comunicación audiovisual sin su consentimiento o el de su representante legal, de acuerdo con la normativa vigente".

¹⁴³⁸ Aunque por regla general este consentimiento debería prestarse de forma expresa, hay que destacar que la jurisprudencia admite la validez del consentimiento tácito. Por citar un ejemplo, la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 1999** deduce el consentimiento del menor a la difusión de su imagen y la intromisión en su intimidad llevadas a cabo por un programa de televisión al que su madre acudió para relatar las vicisitudes de su divorcio, de la misma presencia del menor durante la emisión del programa. Pues, "dada la evidente madurez del menor referido - próximo ya a la mayoría de edad civil, con madurez incluso acelerada por los avatares de su ascendencia - ha de considerarse que consintió tácita y válidamente la divulgación de su imagen en atención a lo establecido en los artículos 154 y siguientes del Código civil, estando presente en el diálogo mantenido con su madre y sin que mostrara ningún género de oposición a la presencia de las cámaras y de los periodistas o informadores". También en este sentido la **sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1992** - RJ\1992\975 -, que igualmente dedujo de la presencia del hijo durante la entrevista realizada a su madre su consentimiento tácito a la previsible divulgación posterior de la misma; asimismo, esta resolución estima relevante la neutralidad de los periodistas respecto al contenido de la información publicada como determinante de la inexistencia de intromisión ilegítima en la intimidad de la parte actora.

¹⁴³⁹ El tratamiento procesal de esa eventual oposición del Fiscal no ha sido desarrollada. El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, dedica el capítulo VII del título III - artículos 98 y 99 - a la regulación del procedimiento para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado conforme a los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y para canalizar la oposición del Ministerio Fiscal, estructurándolo como una comparecencia contradictoria con resolución susceptible de recurso de apelación con efectos suspensivos. No obstante, hasta tanto se apruebe la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, ante la falta de una regulación específica, siguiendo las pautas de la **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito**, podrá encauzarse la oposición del Fiscal a través de un expediente de jurisdicción voluntaria conforme al artículo 1.811 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

A pesar de esta obligación que pesa sobre los representantes legales, debe constatarse que estadísticamente hablando son escasísimos los supuestos en los que éstos cumplen con las prescripciones de la Ley y ponen en razón del Fiscal esos consentimientos concebidos o planeados. No obstante, los fiscales, de conformidad con lo preestablecido en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores¹⁴⁴⁰, deben abstenerse de utilizar el incumplimiento de las mentadas exigencias *ad solemnitatem* para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor¹⁴⁴¹. Si por el contrario, la intromisión en el honor, la intimidad o la imagen se considera contraproducente a sus prioridades y se decide la interposición de una demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en las correspondientes cuestiones de fondo, en el quebrantamiento de los requisitos de *ius cogens* del artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

En coherencia con las aludidas prescripciones estipuladas en este artículo 3 de la Ley Orgánica de 1982, la jurisprudencia viene estimando suficiente el consentimiento prestado por el menor en primera persona, atendiendo a su grado de madurez, para legitimar una injerencia en estos derechos de la personalidad¹⁴⁴². Este

¹⁴⁴⁰ **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores** - JUR\2006\94040 -.

¹⁴⁴¹ En ese sentido, y con anterioridad a la mentada Instrucción de la Fiscalía General del Estado, se pronunciaba **Rosa Cortina, José Miguel (de la)**: "El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en derecho civil, penal y en reforma de menores" en Revista del Poder Judicial, nº. 22, 2003, págs. 2, indicando que no procederá utilizar la omisión de la puesta en conocimiento para impugnar negocios jurídicos respetuosos con los intereses del menor.

¹⁴⁴² El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no hace más que determinar lo que ya establecen con carácter general el artículo 162 del Código civil español y los artículos 211-5.a), 222-47.2.a) y 236-18.2.a) del Código civil de Cataluña que eliminan la representación legal de los progenitores o de los tutores en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad siempre y cuando el menor tenga madurez suficiente para realizarlos por sí mismo. La actual redacción que nos aporta el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, mejora enormemente la versión contenida originariamente en el Proyecto de Ley - Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 104-I, de 19 de diciembre de 1979, pág. 639 - que

es el caso, sin ir más lejos, de la sentencia del Tribunal Supremo nº. 778/2000, de 19 de julio de 2000 - RJ\2000\6753 -, por la que se resuelve el recurso de amparo interpuesto por el padre de un menor de dieciséis años al considerar que "su hijo fue utilizado sin consentimiento para programas televisivos que pueden dañar su futura formación o que van en contra de la moral o creencias de su familia, así como dañar la imagen de la misma"¹⁴⁴³. Frente a lo cual, el Tribunal Supremo ratificó como válida y eficaz la declaración de voluntad prestada por el propio menor para autorizar intrusiones en esta clase de derechos fundamentales con base en dos razones de peso. De un lado, y al amparo de lo estipulado en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, atendiendo a la capacidad natural del menor, ya que en el momento de producirse los hechos litigiosos contaba con "dieciséis años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica". Y, en segundo término, porque el consentimiento emitido por el menor a la participación y sujeción de las reglas del

establecía que "los incapaces mayores de doce años y los menores que tengan suficiente uso de razón habrán de contribuir junto con su representante legal a la prestación del consentimiento o su revocación". Así, el diputado Sr. Pons Irazábal, del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, se pronunció en el siguiente tenor: "Entendemos que debe reforzarse con la máxima energía la participación del menor o incapaz en la prestación de ese consentimiento. Nosotros hubiéramos preferido que en lugar de decir que el consentimiento se presta por el concurso del representante legal y del menor, se hubiera dicho que el consentimiento del menor que está en condiciones, de alguna manera, de prestarlo, debe ser prestado por el propio menor, aun a riesgo de que no sea capaz de calibrar todas las consecuencias de índole económica o de otra naturaleza que puedan plantearse, asistido por su representante legal; pero que el consentimiento lo preste el menor". El diputado Sr. Trías de Bes i Serra, del Grupo Parlamentario Minoría Catalana, se manifestó de forma similar aunque de forma indirecta pues afirmó que el artículo 3 "no hace sino alterar el régimen normal de la prestación del consentimiento y, por tanto, nosotros creemos que esta ley no es lugar para alterar este régimen normal de prestación del consentimiento y que, en todo caso, éste debe prestarse según la legislación civil". Ambas intervenciones pueden encontrarse en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 206, de 10 de diciembre de 1981, págs. 12302-12303.

¹⁴⁴³ El menor de dieciséis años y su novia habían participado en un programa concurso de una televisión local, cuya peculiaridad radicaba en que los participantes iban perdiendo prendas de vestir a medida que fallaban las preguntas que se les hacían en relación a la historia de la localidad; y cuya emisión se cortó ante la llamada del padre del menor. A pesar de lo cual, éste consideró que la entidad demandada fue negligente, al "utilizar a un menor de edad, sin el consentimiento del mismo, ni de quien goza la patria potestad", así como que cuando se interrumpió su emisión el daño a la imagen y reputación del menor, así como de su familia, ya estaba hecho" - Fundamento jurídico primero -.

concurso televisivo fue libremente manifestado, sin que se apreciara vicio alguno en la formación y expresión de su voluntad - Fundamento jurídico tercero -.

Idéntico parecer se desprende de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 14 de septiembre de 1999 - AC\1999\11363 -. En ella, a raíz de la participación en un programa de televisión de una mujer relatando los pormenores de su divorcio, acompañada de su hijo menor de edad, el padre estima que se ha vulnerado el derecho a la intimidad y a la imagen de su hijo. Ante tal vicisitud, y en la medida en que el menor tenía por entonces dieciséis años, y de forma voluntaria acompañó a su madre y contestó a algunas preguntas que ésta le formuló, la Sala estima que "dada la evidente madurez del menor referido - próximo ya a la mayoría de edad civil, con madurez incluso acelerada por los avatares de su ascendencia - ha de considerarse que asintió tácita y válidamente la divulgación de su imagen en atención a lo establecido en los artículos 154 y ss. del Código civil español, estando presente en el diálogo mantenido con su madre y sin que mostrara ningún género de oposición a la presencia de las cámara y de los periodistas o informadores" - Fundamento jurídico tercero -. También en esta línea se enmarca un supuesto análogo contenido en la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1992 - RJ\1992\975 -¹⁴⁴⁴.

¹⁴⁴⁴ En este caso, el Tribunal Supremo consideró relevante para desestimar la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del hijo a raíz de la publicación de una entrevista realizada a su madre, de un lado, el hecho de que éste estuvo presente durante la realización de la entrevista periodística, sin mostrar oposición alguna a la revelación de datos relativos a su intimidad - tales como su filiación extramatrimonial - que en ella se produjeron; y, de otro, la neutralidad de los periodistas en cuanto al contenido de las manifestaciones vertidas por la madre - Fundamento jurídico segundo -. Similar razonamiento utiliza la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 3 de marzo de 1998**, en relación al relato biográfico realizado por una adolescente, aún menor de edad, de sus avatares y su lucha para salir del mundo de la droga. Además, la difusión de ese relato, como ejemplo digno de encomio para la sociedad y los jóvenes que se encuentren en situaciones similares, se acompañó de imágenes accesorias a su contenido, cuya inclusión se consideró que no vulneraba el derecho a la propia imagen, al ser amparable a lo dispuesto en el artículo 8.2. c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

Conforme a estos pronunciamientos jurisprudenciales, y en un intento de brindar unas pautas meramente orientativas acerca de los límites en los que en la mayoría de los casos cabe considerar que un menor de edad ostenta suficiente raciocinio para ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, se constata que, por regla general, cabe presumirla en los menores con más de dieciséis años. Sin perjuicio de que en relación a los actos o intromisiones de escasa relevancia esa apreciación pueda rebajarse incluso a los menores con una edad comprendida entre los doce y los dieciséis años¹⁴⁴⁵. Estos márgenes de edad, en última instancia, se corresponden con los que toma en consideración la normativa catalana en el artículo 211-6.2 del Código civil de Cataluña al referenciar que el "menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial" y que, además, coinciden plenamente con el momento cronológico escogido en nuestra propuesta de *lege ferenda*, tomando como modelo el sistema aragonés, para establecer en el derecho civil catalán una presunción general *iuris tantum* de capacidad natural.

¹⁴⁴⁵ Un ejemplo a lo apuntado lo encontramos en la **sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2003**, en la que se presume la suficiencia de la capacidad de un menor en un supuesto que generó mucha polémica. En él se cuestionaba por parte del Ministerio Fiscal la posible ilegitimidad de la intromisión en la intimidad y la imagen de una menor resultante de la entrevista realizada al mismo - de catorce años de edad y, al parecer con un ligero retraso mental - mientras estaba hospitalizado al haber sido gravemente agredido pocos días antes por parte de otros menores, mientras todos ellos se encontraban en un centro de menores; y en la que el menor narraba su precaria situación económica, familiar y social, y su relación con el centro de menores. Es cierto que la entrevista se realizó en presencia de la madre del menor, y por tanto con su consentimiento, pero éste no se había manifestado por escrito ni comunicado previamente al Ministerio Fiscal, tal y como lo exige el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Sin embargo, a pesar de todo ello, y de las dudas existentes en torno a las condiciones de madurez del menor, el Tribunal Supremo señala que mientras no se acredite una incapacidad, debe presumirse que la capacidad del menor de catorce años es normal y reúne unas claras condiciones de madurez, para consentir una entrevista y la divulgación de su imagen por televisión; aparte de subrayar la prevalencia del derecho de información, dado que los hechos narrados eran de evidente interés público - Fundamentos jurídicos tercero y cuarto -.

A lo expuesto hasta el momento, debemos añadirle la precisión introducida, *ad abundantia maior*, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor¹⁴⁴⁶, que en su artículo cuarto, punto tercero, nos define qué debe entenderse como una intromisión ilegítima al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los niños, niñas y adolescentes¹⁴⁴⁷. Por tal, debe juzgarse cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta su consentimiento o el de sus representantes legales, cautela esta última que viene exigida para evitar eventuales abusos de terceros en relación a un derecho ajeno¹⁴⁴⁸. A tenor de esta formulación legal, el consentimiento de los

¹⁴⁴⁶ La **sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 782/2004, de 12 de julio** - RJ\2004\4374 - declara que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, artículo 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. En idéntica línea, se pronuncia la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, 621/2002, de 30 de abril de 2003** - PROV\2004\160714 -, que considera que la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, extrema y amplía la tutela a los derechos de los menores de edad respecto de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. También en ese sentido pueden citarse entre otras las sentencias de las **Audiencias Provinciales de Asturias, Sección 7ª, 96/2003, de 13 de febrero** - PROV\2003\186572 -, **Madrid, Sección 13ª, 83/2003, de 14 de noviembre** - AC\2004\1165 -, **Álava, Sección 1ª, 293/2004, de 25 de noviembre** - PROV\2005\39764 - y **Cádiz, Sección 6ª, 18/2001, de 10 de abril** - PROV\2001\187770 -.

¹⁴⁴⁷ Este artículo ha sido criticado por la doctrina por ocioso y reiterativo. Particularmente duros con este precepto han sido los comentarios de **Gullón Ballesteros, Antonio**: "Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor" en La Ley, núm. 3970, febrero 1996, págs. 1-3; **Alonso Pérez, Mariano**: "La situación jurídica del Menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil: luces y sombras" en Actualidad Civil nº. 2, enero 1997, pág. 27; **Díez-Picazo y Ponce de León, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio**: Sistema de Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Volumen I. Madrid, 2003, Ed. Tecnos, págs. 347-349; y, **Leal Pérez-Olagüe, María Luisa**: "Comentarios a la 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" en La Ley, 1996-2, D-73, pág. 1310. Por su parte, la jurisprudencia no pareció tampoco aceptar, al menos inicialmente, de buen grado las novedades introducidas en la materia por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. La **sentencia del Tribunal Supremo 778/2000, de 19 de julio** - RJ\2000\6753 -, reproducida *a posteriori* por la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, de 30 de abril de 2001** - AC\2002\250 -, a las que no era aplicable la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, conforme a lo dispuesto en su disposición transitoria única - se limita a advertir que el panorama claro existente bajo la vigencia de la Ley Orgánica 1/1982 en cuanto a cuándo cabe apreciar una intromisión en los derechos a la intimidad, el honor y la imagen de los menores de edad, ha sido afectada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero - Fundamentos jurídicos tercero y séptimo, respectivamente -.

¹⁴⁴⁸ Corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones tendentes a la protección y garantía de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de las personas

progenitores o del propio menor maduro puede llegar a ser irrelevante, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses, como así lo constatan expresamente las sentencias del Tribunal Supremo 354/2009, de 14 de mayo - RJ\2009\3175¹⁴⁴⁹ - y 778/2000, de 19 de julio - RJ\2000\6753 - y las sentencias de las Audiencias Provinciales, de Asturias, Sección 7ª, 96/2003, de 13 de febrero -

menores de edad. Este organismo público, garante de la justicia y la legalidad, puede actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública - artículo 4.4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor -. El celo con el que esta institución debe velar por el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores aparece reiteradamente invocado en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado. Así queda constancia en la **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito**, prevista con anterioridad a los trascendentales cambios introducidos por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en la **Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores**, donde se exhorta al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho; en la **Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles**, que alienta a los Fiscales para que en todos los procesos que afecten a menores orienten su actuación conforme a los principios recogidos en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero. primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y de manera particular para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento; en la **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación**, que se pronuncia en el ámbito de las informaciones sobre asuntos penales en el sentido que el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado; y, finalmente, en la **Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores**, que pretende por una lado abordar sistemáticamente la aludida materia y por otro dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁴⁴⁹ Esta **sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2009**, versa sobre la difusión en un medio televisivo de una noticia relativa a dos menores que habían sido víctimas de un delito, a las que se identificó por su imagen y otros datos. La resolución - que considera lesionada la intimidad, no el honor de las menores - señala que "con independencia de la relevancia e interés público de la noticia en cuestión, referente al asesinato de un abogado madrileño, y partiendo de la base fáctica de la sentencia recurrida, según la cual los datos proporcionados en los distintos programas de forma directa o indirecta permitían su completa identificación, develando hechos de ellas que pertenecen a la esfera más íntima de las menores como es el haber sido víctimas de delitos violentos, debe concluirse que, aunque estos hechos pudieran ser de interés público, por lo que en cuanto comisión de hechos delictivos se refiere, dejan de serlo cuando se conectan unas personas menores de edad en el momento de los hechos perfectamente identificables como víctimas de los mismos".

PROV\2003\186572 - y de Madrid, Sección 12ª, de 30 de abril de 2001 - AC\2002\250 -.

Este precepto de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, tal y como ha sido redactado, parece entrar en franca colisión o al menos ignorar lo dispuesto en el primer apartado del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que recordémoslo reconoce al menor con suficiente madurez capacidad para legitimar mediante su consentimiento las injerencias realizadas por terceros en su honor, intimidad o imagen. Sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, ha venido a limitar, aunque sea aparentemente, esta posibilidad. De modo que, contrariando también uno de sus principios rectores - el de interpretar restrictivamente los límites de la capacidad de obrar de los menores de edad -, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, reduce la extensión del ámbito de intervención autónoma que se reconoce a los menores en este campo de los derechos de la personalidad¹⁴⁵⁰.

Si el objetivo último del legislador fue reforzar las garantías del menor frente a las acometidas contra su honor, intimidad o imagen llevadas a cabo a través de los medios de comunicación¹⁴⁵¹, mucho más acertado y coherente con el derecho

¹⁴⁵⁰ De esta misma opinión es **Santos Morón, María José**: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor" en **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.)**: El menor ante el derecho en el siglo XXI. Madrid, 2011, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 77, quien considera que si los menores que tienen suficiente madurez pueden dar un consentimiento eficaz a las intromisiones en sus derechos a la personalidad resulta incongruente que el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, considere intromisiones ilegítimas aquellas que han sido consentidas por el menor. Tampoco tiene sentido, añade la mencionada autora, considerar ilegítimas las intromisiones consentidas por los representantes legales.

¹⁴⁵¹ Para la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, ante un conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la imagen de un menor, la libertad de información cede ante el principio de protección de la infancia. La **Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, de la Fiscalía General del Estado** señala al respecto - punto 3.4 - que "cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre los derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de

positivo vigente hubiera sido ampliar al supuesto de hecho del artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, el control previo que el apartado 2º del susodicho precepto atribuye al Ministerio Fiscal -y, de forma subsidiaria a la autoridad judicial - respecto al consentimiento proyectado por los representantes legales del menor aun carente de aptitud para entender y querer para autorizar por sí la objetada incursión¹⁴⁵².

Esta hipótesis, implicaría atribuir al Ministerio Fiscal la función de constatar que el menor de edad en cuestión tiene madurez suficiente para emitir por sí mismo el consentimiento a la intromisión de que se trate, y de que esa declaración de voluntad se manifieste de forma reflexiva, consciente, libre y evitando perjuicios al integral desarrollo de su personalidad. De modo que esta propuesta *de lege ferenda* no sólo tendría la ventaja de ser coherente con lo dispuesto tanto en los artículos 211-5.a) - sede de capacidad -, 222-47.2.a) - sede de tutela - y 236-18.2.a) - sede de potestad - del Código civil de Cataluña, así como en el artículo 2 de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sino sobre todo la de constituir una medida preventiva, y no meramente reparadora, de eventuales injerencias ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores de edad; lo cual es particularmente importante en relación a derechos y bienes jurídicos como los que nos ocupan, que no admiten una verdadera y propia reparación *in natura*.

expresión o de información en estos casos ha de quedar muy relativizada". En esta misma línea, la **sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de junio de 2010** - EDJ\2010\184511 -, relativa a la participación en un programa de televisión de las abuelas de dos menores, que revelaron ciertos datos relativos a la guarda y tutela de éstos, difundiéndose además la imagen de los menores, afirma que "cuando se trata de menores, se parte, por tanto, constitucionalmente hablando, de un doble límite en el derecho a la información: un límite en cuanto a otros derechos fundamentales, al que hay que añadir, cuando se trata de menores, otro límite que consiste en atender al interés del menor en cuanto objeto de protección de los poderes públicos".

¹⁴⁵² **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. pág. 210.

Pero más sorprende aún, si cabe, la irrelevancia del consentimiento de los representantes legales que establece el comentado precepto, ya que parece ignorar por completo los requisitos a los que el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, supedita su validez y eficacia. En este sentido, puede objetarse que lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, carece de utilidad y no aporta nada nuevo respecto del consentimiento manifestado por los representantes legales de un menor incumpliendo los requisitos establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo - control previo de la declaración de voluntad encomendado al Ministerio Fiscal y, en su caso, a la autoridad judicial -; ya que conforme a lo preceptuado en ésta tal consentimiento carecería de virtualidad legitimadora de la intromisión producida - y ello, con independencia de que haya tenido lugar a través de un medio de información o de cualquier otro instrumento de comunicación -.

Pues bien, tal y como queda patente en la sentencia del Tribunal Supremo 354/2009, de 14 de mayo - RJ2009\3175 -, la identificación de una menor y la falta del requisito de informar previamente de tal hecho al Ministerio Fiscal desembocaron en una condena judicial por injerencia ilegítima en su intimidad y en la utilización de su imagen. Los hechos acaecieron en 1996 cuando un programa de televisión emitió un reportaje sobre la intervención quirúrgica de una menor en el que ésta era perfectamente reconocible. Aun cuando los progenitores consintieron la proyección de la susodicha grabación - a la misma conclusión se hubiera arribado caso de haber sido la misma menor la que hubiera autorizado esa retransmisión -, y tanto el cirujano que practicó la operación como el centro hospitalario en el que la misma se llevó a término mostraron también su acuerdo en la emisión del reportaje, el Ministerio Fiscal instó de oficio un procedimiento que acabó en sentencia condenatoria civil al Insalud, al médico, al presentador del programa de televisión y a los progenitores de la menor. La resolución judicial esgrime una intrusión

ilegítima en la intimidad e imagen de la menor, pero no por haber divulgado datos confidenciales, de conformidad con lo recogido en la Ley General de Sanidad, como es la información relativa a la salud, sino por la utilización de su imagen y las consecuencias negativas que ello pudieran acarrearle en un futuro próximo.

A fortiori, en Cataluña debemos tener presente las disposiciones contenidas en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que vienen a corroborar, en particular en su artículo 36, por lo que al derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen se refiere¹⁴⁵³, los mandatos comprendidos en las Leyes Orgánicas de 1982 y 1996¹⁴⁵⁴.

Concretamente, el aludido precepto de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia viene a reconocer que "el niño o el adolescente tiene derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen".

Un aspecto inicial a subrayar de la dicción literal de este artículo, yace en las dificultades de comprensión que nos suscita la eventualidad de que el derecho a la dignidad aparezca identificado, al mismo nivel, junto a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Así, mientras que los tres últimos

¹⁴⁵³ El artículo 36 Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia se pronuncia del siguiente tenor: 1. El niño o el adolescente tiene derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen. 2. Hay que preservar a los niños y a los adolescentes de la difusión de sus datos personales, de la difusión de imágenes que atentan contra su dignidad y de la explotación económica de su imagen. 3. Los poderes públicos deben velar, con especial interés, por el derecho al honor y a la intimidad de los niños y adolescentes, especialmente de aquellos que han sido objeto de agresiones sexuales, maltratos o cualquier otra experiencia traumática.

¹⁴⁵⁴ Estas mismas previsiones ya habían sido realizadas con anterioridad por la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, cuyo artículo 9 ha sido reproducido casi literalmente por el artículo 36 de la actual Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

representan una explícita manifestación de la categoría de los derechos de la personalidad relativos a la esfera moral o espiritual de los sujetos - al igual que el derecho a la protección de los datos personales, la mayor parte de las libertades, en particular la ideológica y religiosa, el derecho al nombre o a la identidad y, en su caso, el controvertido derecho moral de autor -, el derecho a la dignidad, articulado en el número 10 de la Constitución española, por el contrario, tiene una concepción más amplia y abstracta y abarca no sólo la vertiente espiritual de estos derechos, sino también la esfera física o corporal de la persona¹⁴⁵⁵. En otras palabras, entendemos que los derechos inherentes al propio individuo, globalmente considerados, son expresión directa de la dignidad y la personalidad de los sujetos, pues estos encuentran su fundamento último en los valores emanados del artículo 10.1 de nuestra Carta magna¹⁴⁵⁶. Tal circunstancia, provoca que la inclusión de este

¹⁴⁵⁵ Grupo este último que da cabida, básicamente, al derecho a la vida y a la integridad física, al derecho a las partes separadas del propio cuerpo y a la libertad en su vertiente más material.

¹⁴⁵⁶ Parece existir cierta unanimidad en la doctrina en poner en correlación los valores de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad con los derechos de la personalidad. En este sentido se pronuncian **Stanzione, Pasquale**: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. Camerino, 1976, Ed. Jovene, pág. 111; **López Jacoiste, José Javier**, op. cit. págs. 1064-1065, quien sostiene que los derechos de la personalidad son expresión jurídica de proyecciones intrínsecamente humanas; se trata de titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativos no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo, consiguientemente, un contenido ideal, inmaterializado. Es usual, concluye el autor, incluir en tal categoría el derecho a la vida e integridad física con todas sus derivaciones; la plenitud moral con sus componentes de creencias, honor e intimidad de la vida privada; el secreto de las comunicaciones y de la actividad profesional, y el respeto a la propia imagen; la identificación, con el derecho al nombre, los demás apelativos individualizadores e incluso el pseudónimo; la libertad personal, así como sus diversas manifestaciones y aplicaciones concretas. Pero sin que éstas ni otras similares enunciaciones agoten nunca la posible gama, la cual se encuentra necesariamente abierta a las sucesivas explicitudes que la dignidad de la persona requiera como propias en razón de cambiantes circunstancias o de nuevos condicionamientos históricos; **Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín**, op. cit. págs. 57-58, que defiende que en el apartado primero del artículo 10 de la Constitución española se integran los valores y principios esenciales de libertad, igualdad y justicia enunciados por el Preámbulo y por los artículos 1 y 9 del Título Preliminar. A su vez, en el artículo 10 esos principios y valores se concretan, se positivizan más inequívocamente, como norma imperativa, que sirve de soporte o eje a todos los derechos fundamentales, tipificados en los artículos siguientes; **Sempere Rodríguez, César**, op. cit. págs. 388-389, por su parte, entiende que debe destacarse que el reconocimiento constitucional de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad no resulta baladí, pues se encuentra en la base del reconocimiento de otros derechos - honor, intimidad, vida e integridad física -.

principio esencial, que sirve de soporte y eje a todos y cada uno de los derechos calificados como de la personalidad, en el cuerpo normativo del artículo 36 de la citada Ley de infancia catalana, además de superfluo e innecesario, carezca de sentido alguno¹⁴⁵⁷.

Ciertamente, el artículo 9 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes y de modificación de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de los menores desamparados y de la adopción, antecedente inmediato del actual artículo 36 de la Ley catalana de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, se limitaba a reconocer el derecho de los niños y los adolescentes a la protección del honor, la intimidad y la propia imagen, sin incluir mención alguna sobre el derecho a la dignidad¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁷ Como señala **O'Callaghan Muñoz, Xavier**: "La función de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil: los derechos de la personalidad" en X Jornadas de estudio: Introducción a los derechos fundamentales. Vol. II. Madrid, 1988, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, pág. 845, los principios de la personalidad se refunden en el principio de la dignidad humana.

¹⁴⁵⁸ Esta mención aparecía ya recogida en el artículo 36 del Proyecto de Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 517, de 20 de julio de 2009, págs. 41-42 -, y durante el trámite de enmiendas no se hizo ninguna alusión o comentario crítico al respecto - Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 689, de 27 de abril de 2010, pág. 23 -. Tampoco incluyen ninguna alusión al derecho a la dignidad las diferentes normas autonómicas vigentes en la actualidad en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, todas ellas hacen referencia única y exclusivamente a los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Así, artículo 13 de la Ley asturiana 1/1995, de 25 de enero, de protección del menor; artículo 27 de la Ley de la Comunidad autónoma de las Islas Baleares 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Islas Baleares; artículo 11 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 3/1999, de 31 de marzo, del menor de Castilla-La Mancha; artículo 8. i) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, gallega de la familia, la infancia y la adolescencia; artículo 11 de la Ley 1/12006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; artículo 8 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia - únicamente menta en su enunciado los derechos a la intimidad y a la propia imagen, aunque en su contenido también se incluye la protección al derechos al honor -; artículo 17 de la Ley foral navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; artículo 10 de la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y a la adolescencia; artículo 15 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad valenciana; artículo 6 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor; artículo 17 de la Ley del Parlamento de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia; artículo 21 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; y artículo 11 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón.

En definitiva, y a modo de compendio, cabe definir los derechos inmanentes o consustanciales al ser humano, entre los cuales se insertan los relativos al honor, la intimidad y la propia imagen, como aquellos derechos subjetivos en virtud de los cuales se reconocen a su titular las facultades de goce y protección de los atributos e intereses esenciales e inherentes a su persona. Su razón de ser última se encuentra en el principio general de tutela de la dignidad del individuo y del libre desarrollo de su personalidad, consagrado en el artículo 10.1 de la Constitución española de 1978.

En este contexto, los valores desprendidos del precepto constitucional de referencia operan como una cláusula general de la que dimanar una serie de derechos individuales puestos al servicio de la consecución de los mismos. Es decir, se entienden la dignidad y la personalidad como unos valores superiores del ordenamiento de los que se derivan los derechos que recaen sobre cualidades directas del individuo, sean éstas físicas o espirituales¹⁴⁵⁹. Además, son llamados a cumplir funciones, tanto de principio interpretativo como de norma integradora del ordenamiento, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencia 214/1991, de 11 de diciembre - RTC\1991\214 -, en la que el máximo intérprete constitucional se pronuncia reconociendo que "el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 del texto constitucional" - Fundamento jurídico primero -.

¹⁴⁵⁹ En palabras de **O'Callaghan Muñoz, Xavier**, op. cit. pág. 845, en la Constitución española hay un principio básico: el de la dignidad de la persona. Lo proclama expresamente el artículo 10 y además está implícito en todo su articulado, especialmente en los artículos 15 y siguientes. No son otra cosa que la dignidad humana es el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al honor, imagen e intimidad.

Otro aspecto a destacar del redactado del artículo 36 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, lo encontramos en su apartado segundo, el cual hace especial hincapié en la insoslayable necesidad de preservar a los niños y a los adolescentes de la divulgación de sus datos personales, de la difusión de imágenes que atenten contra su dignidad y de la explotación económica de su imagen.

En este inciso, la previsión de la Ley catalana parece tener especialmente en consideración la circunstancia de que el contenido de la intimidad y, en particular, de la imagen no se agotan en su dimensión moral, innata a todo ser humano, como atributo inescindible de su dignidad, sino que, por el contrario, hay que destacar ineludiblemente una faceta patrimonial de estos derechos que presenta, además, su propia sustantividad¹⁴⁶⁰. De todos es bien sabido que la utilización con fines

¹⁴⁶⁰ Una clara diferenciación entre ambos aspectos la encontramos reconocida en la **sentencia del Tribunal Supremo 816/1996, de 7 de octubre** - RJ\1996\7058 -. En el caso de autos, un fotógrafo en cumplimiento de un contrato concertado con el Ayuntamiento de Madrid, captó diversas imágenes en la vía pública, una de las cuales sirvió a la municipalidad para difundir una campaña informativa de "respeto a los mayores" en aras de "sensibilizar al público para que adopte un tipo de conducta más humanizada y tolerante con ellos". Son los padres del niño fotografiado y la pareja que aparecen en la imagen quienes interponen la demanda sobre el derecho a la imagen, puesto que en ningún momento prestaron consentimiento alguno autorizando dicha utilización. Ante tal tesitura, el Ayuntamiento de Madrid trató de escudarse en que no existía intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad de los afectados alegando que la Ley Orgánica 1/1981, de 5 de mayo - artículo 7 número 6 -, sólo protege la utilización de la imagen de una persona para fines publicitarios, que sean comerciales o análogos, no para aquellos otros supuestos de publicidad en los que no existe interés crematístico, o no existe ningún tipo de interés. Ante semejante argumentación el Tribunal Supremo contesta que "la imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión...El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga" - Fundamento de derecho quinto -. La misma argumentación la encontramos en la **sentencia del Tribunal Supremo 1120/2008, de 19 de noviembre** - RJ\2008\6055 -, en la que se resolvió un litigio que tenía como objeto la tutela judicial del derecho a la imagen de dos menores, que fue interpuesta contra un medio de comunicación, por la utilización tanto en la edición impresa como digital, de una fotografía obtenida en el Real de la Feria de Sevilla en la que aparecían los menores ataviados con los trajes típicos en la parte trasera de un coche de caballos, iniciando un gesto de darse un beso - Fundamento de derecho segundo -. También **Gómez Corona, Esperanza**: "Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet" en **Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.)**: Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, pág. 455,

publicitarios de la imagen de personas con notoriedad pública por sus actividades profesionales, artísticas o deportivas, es un eficaz reclamo y tiene un indiscutible valor económico; y otro tanto ocurre con el relato de la intimidad, presente o pasada, de tales individuos. De modo que hay casos en los que no están en juego ni la intimidad ni la imagen de la persona, en tanto pilares de la dignidad humana y valores merecedores de la más alta tutela jurídica, sino los intereses patrimoniales a ella vinculados ¹⁴⁶¹.

Justamente por ello, y ligando la acotación efectuada por la Ley de infancia catalana - artículo 36.2 -, a los aspectos económicos que pudieran suscitarse de una eventual explotación comercial de la imagen - a pesar de su dicción literal, entendemos que esta previsión debiera extenderse en igual medida a la intimidad y más dudosamente al honor ¹⁴⁶² -, con las previsiones comprendidas en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de

hace mención a como el Tribunal Constitucional ha admitido la naturaleza bifronte de este derecho, destacando cómo mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo del contenido patrimonial sometido al tráfico comercial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho a la personalidad.

¹⁴⁶¹ **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. pág. 217. La doctrina del Tribunal Constitucional se muestra proclive al reconocimiento del derecho patrimonial a la imagen y la intimidad y paulatinamente va contribuyendo a la clarificación de su régimen jurídico. A título ilustrativo cabe citar la **sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre** - RTC\1988\231 -, que en relación a la difusión de las imágenes de la muerte del torero Paquirri afirma que tras la muerte "si se mantienen acciones de protección civil encaminadas a la obtención de una indemnización, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales" - Fundamento de derecho tercero -, ya que una vez extinguida la personalidad desaparece el objeto de la protección constitucional; la **sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril** - RTC\1994\117 -, que con relación a la cesión de unas fotografías por Ana Obregón para su publicación en la revista Play-Boy puso de relieve que "mediante la autorización del titular la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial" - Fundamentos jurídicos tercero y sexto -; y la **sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo** - RTC\2001\81 - que, en relación a la utilización incontestada con fines publicitarios de la que puede denominarse técnicamente como la *imagen escénica*, profesional o pública de Emilio Aragón, afirma la naturaleza del interés lesionado y no personalísimo, ni susceptible de tutela constitucional - Fundamento de derecho segundo -.

¹⁴⁶² No puede negarse que hoy día, en determinados programas de la denominada *prensa rosa* se llevan a cabo ataques consentidos en el derecho al honor de los participantes que obtienen, como contraprestación, una remuneración más o menos cuantiosa. Podría defenderse, por tanto, que el honor sí es susceptible de comercialización. Sin embargo, lo habitual es que en tales casos la lesión del derecho al honor sea consecuencia indirecta de la explotación de otros bienes de la personalidad, fundamentalmente la intimidad, y de la forma como la prensa utiliza esos datos íntimos referentes al interesado. En definitiva, entendemos que

mayo, nos llevan a distinguir entre los supuestos en que el consentimiento a una intromisión implique o no al mismo tiempo la celebración de una relación contractual. En otras palabras, discriminar entre aquellos actos que supongan un mero ejercicio subjetivo del derecho fundamental - dimensión personal del mismo¹⁴⁶³ -, de los que permitan, comercializando su puesta en acción, su materialización efectiva - dimensión patrimonial¹⁴⁶⁴ -. Este último, sería el caso, por poner un ejemplo, de un convenio a través del cual un menor cede de forma onerosa o gratuita el derecho de explotación de su imagen a un tercero y que, generalmente, incluirá una prestación personal del mismo¹⁴⁶⁵ .

En la primera de las hipótesis, cuando se autoriza la intromisión en el derecho a la imagen sin que ni el titular del derecho ni quien realiza la injerencia persigan la explotación de su valor de mercado - se ejerce, por tanto, el simple derecho a la imagen -, la declaración de voluntad consintiendo tal intrusión le corresponderá emitirla al menor siempre que cuente con suficiente capacidad natural - por ejemplo, se fotografía a un niño en el contexto de un reportaje gráfico sobre los centros educativos de una determinada localidad; un adolescente participa en un sondeo televisivo aportando su parecer sobre un tema de actualidad; ó un menor de edad publica su fotografía en una de las redes sociales existentes en internet¹⁴⁶⁶ -.

la celebración de un contrato en el que un sujeto se obligue a consentir la lesión de su derecho al honor debe ser considerada como inadmisibles, por contrariar las previsiones del artículo 1.255 del Código civil español.

¹⁴⁶³ Por citar un ejemplo, afectaría a esta denominada dimensión personal la autorización del uso de la imagen de un menor para que el estudio de fotografía ponga una foto en el escaparate; la aparición de la imagen del menor en la página web del colegio donde cursa sus estudios; la participación del menor en un programa concurso de televisión.

¹⁴⁶⁴ También con carácter meramente enunciativo, formarían parte de esta dimensión patrimonial, la contratación de una menor para participar en una campaña publicitaria o en una serie televisiva.

¹⁴⁶⁵ Navarro Michel, Mónica, op. cit. pág. 51.

¹⁴⁶⁶ En este sentido, tal y como manifiestan **Hernández Fernández, Asunción** y **Ramón Fernández, Francisca**: "El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales"

Contrariamente, en la segunda de las conjeturas, al celebrarse un contrato que tiene como objeto la imagen del menor de edad, si bien es cierto que existe un ejercicio del derecho de la personalidad que puede ser homologado por éste cuando reúna la suficiente madurez, no hay que olvidar que simultáneamente también se da un consentimiento contractual, con lo cual será preciso valorar la conveniencia del complemento de su capacidad. En otro modo, la celebración de un contrato sobre el derecho a la imagen tiene esencialmente un contenido patrimonial pero igualmente implica un previo ejercicio del derecho en su vertiente personalista o fundamental.

Ante tal tesitura, cabe que nos replanteemos qué sucede cuando aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que el menor de edad podría, en

en Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, nº. 20, 2009-2, pág. 31, las redes sociales y los sitios web colaborativos, en la medida que no tienen capacidad de control sobre las publicaciones que realizan los menores que son usuarios, ni disponen de herramientas que garanticen su plena identidad, provoca mayores dificultades a la hora de lograr una protección efectiva de los usuarios de la red. La Comisión europea, consciente estos problemas, ha propiciado un acuerdo suscrito por diecisiete de las principales redes sociales europeas para incrementar la seguridad de los menores. Algunas de las medidas a las que se han comprometido son: a) tratar de impedir el acceso de usuarios demasiado jóvenes para utilizar sus servicios; b) colocar en el sitio un "informe de abuso" accesible y fácil de usar; c) hacer claramente visibles las opciones de elegir entre diferentes grados de protección de la intimidad en cuanto a los accesos a los perfiles; y d) dar de alta los perfiles de los menores automáticamente en modo privado, de forma que sean accesibles sólo a los "amigos" e inaccesibles desde los buscadores. Mayor información nos aportan **Miguel Molina, María (de)** y **Oltra Gutiérrez, Juan Vicente**: "La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España" en **Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.)**: Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, págs. 478-479, quienes apuntan que en la Unión Europea, el EU Kids Online Project - 2006/2010 -, que pertenece al *European Union Safer Internet Programme*, consiguió que desde 2009 las principales redes sociales que operan en el territorio del viejo continente firmasen voluntariamente el acuerdo "*The Safer Social Networking Principles for EU*". Se trata de siete principios generales que las redes sociales deben intentar aplicar y que el propio programa evalúa, debiendo utilizarse como una base para compartir buenas prácticas entre las 25 redes sociales participantes. Por su parte, **Miguel Molina, María (de)**: "Contenido de los códigos de conducta para el marketing móvil dirigido a los menores de edad" en **Cotino Hueso, Lorenzo (Coord.)**: Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías. Valencia, 2008, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 347-366, presenta algunas acciones empresariales - códigos de auto-conducta - de protección del menor. Por último, también encontramos un estudio detallado sobre la materia en **Aba Catoira, Ana**: "La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales" en **Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.)**: Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales; ejercicio, amenazas y garantías. Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, págs. 486-511 y en **Movillas Fernández, Marta**: "La protección jurídica del menor ante las redes sociales" en **Boix Reig, Javier (Dir.)**: La protección jurídica de la intimidad. Madrid, 2010, Ed. Iustel, págs. 361-380.

principio, realizar de manera autónoma, revisten a su vez forma negocial, pues los artículos 211-6.3 y 236-19 del Código civil de Cataluña - que encuentran su antecedente histórico en el artículo 162 *in fine* del Código civil español - establecen que "el menor mayor de doce años o con suficiente capacidad intelectual y volitiva debe consentir las actuaciones del representante legal que le comporten algún tipo de prestación de índole personal".

La doctrina se halla dividida al respecto e intenta solventar la controversia otorgando prevalencia, bien a la intervención de los legítimos representantes, bien a la del menor de edad. Así, cierto grupo de autores sostiene que el menor de edad ostenta capacidad para actuar de manera independiente pero ésta deberá ser complementada por sus progenitores o curador en su defecto¹⁴⁶⁷. Otros, en cambio, niegan esa posibilidad a los menores por entender que carecen de capacidad contractual¹⁴⁶⁸, por lo que el acuerdo negocial deberá ser realizado por los representantes legales, no obstante será necesario el consentimiento del menor con suficiente madurez - y, en todo caso, si ha alcanzado los doce años - para complementar la legitimación de los progenitores o del curador.

¹⁴⁶⁷ Se muestran favorables a esta opción **Lama Aymá (de), Alejandra**, op. cit. págs. 138-139; **Navarro Michel, Mónica**, op. cit. pág. 51; **Concepción Rodríguez, José Luís**: Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Barcelona, 1996, Ed. Bosch, pág. 136; **Concepción Rodríguez, José Luís**: "El consentimiento en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con especial referencia al prestado por menores e incapaces" en la Ley, 1997-I, pág. 1839; y **Royo Jara, José**: La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública según Ley de 5 de mayo de 1982. Madrid, 1987, Ed. Colex, pág. 111.

¹⁴⁶⁸ Siguen estas tesis **Amat i Llari, Eulalia**: "El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 2001" en Revista Jurídica de Cataluña, n°.2, 2003, pág. 12; **Crebillén Sánchez, Clemente**: Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y propia imagen en la jurisprudencia. Madrid, 1995, Ed. Actualidad editorial, pág. 106; y **Salvador Coderch, Pablo (Dir.)**: El mercado de las ideas. Madrid, 1990, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, pág. 382.

Desde nuestro punto de vista, cuando se celebra un contrato que tiene como objeto el derecho a la imagen del menor y que le obliga a la realización de una prestación personal, si el menor cuenta con la madurez suficiente deberá prestar su consentimiento no sólo respecto de la intromisión en su derecho de la personalidad sino también con relación a la celebración del convenio que suponga la ejecución de la mentada actividad. Mientras que la aquiescencia a la injerencia en la imagen adopta la naturaleza jurídica de una mera autorización, el consentimiento a la prestación de carácter personal se reviste de un halo de verdadero consentimiento contractual.

Para delimitar con exactitud cuál es la capacidad requerida para poder prestar este consentimiento contractual puede sernos de gran ayuda acudir a la normativa laboral, no en vano es ésta la que nos marca la edad exigida para que el menor pueda consentir una relación de trabajo por cuenta ajena - artículos 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores - pues, aunque no todas las "prestaciones personales" encuentran su acomodo en el ámbito de las relaciones laborales por cuenta ajena, sí que buen número de ellas se sitúan en este contexto¹⁴⁶⁹.

Concretamente, cuando anteriormente analizábamos la incidencia que presentaba la edad sobre la capacidad de obrar exigida para concluir un contrato de trabajo - negocio jurídico generador de prestaciones personales por excelencia -, apuntábamos ya tres claros supuestos de hecho, cada uno de los cuales, a su vez,

¹⁴⁶⁹ Es evidente que debe diferenciarse entre el contrato civil que obliga a la realización de una prestación personal y el contrato laboral, pero pese a ello puede ser de utilidad tener en cuenta la normativa laboral.

obtenía su particular respuesta normativa: capacidad plena, limitada y situaciones de incapacidad¹⁴⁷⁰.

El menor de edad ostenta plena capacidad de obrar laboral - a tenor de lo previsto en el artículo 7 punto a) del Estatuto de los Trabajadores - si está emancipado o en la situación *de facto* de vida independiente. Lo mismo cabría afirmar en relación al ámbito contractual civil ya que el artículo 211-7.1 del Código civil de Cataluña establece que el menor emancipado - que a diferencia de lo acaecido en el Código civil español integra bajo una única categoría tanto la emancipación *stricto sensu* considerada como el beneficio de la mayoría de edad - actúa jurídicamente como si de un mayor de edad se tratase. Podemos añadir, además, que la celebración de contratos relativos a derechos de la personalidad no se encuentra entre los supuestos para los que excepcionalmente el artículo 211-12.1 del Código civil de Cataluña requiere un complemento de capacidad. En conclusión, el menor emancipado estará cumplidamente habilitado para prestar por sí mismo y de forma autónoma el consentimiento contractual y la autorización a la intromisión en su derecho a la imagen.

En relación al menor que no ostenta capacidad laboral plena, sino limitada, - menor entre dieciséis y dieciocho años, no emancipado ni de hecho ni de derecho, que no vive, por tanto, de forma independiente -, se condiciona su aptitud para convenir contratos de trabajo - prestaciones de carácter personal - a la obtención de la correspondiente autorización, expresa o tácita, de su representante legal - artículo 7.b) del Estatuto de los Trabajadores -. Es decir, para que un menor de edad con capacidad limitada pueda prestar servicios laborales es imprescindible, a tenor de lo expuesto por la normativa vigente, que la relación contractual esté debidamente

¹⁴⁷⁰ Vid. en este sentido, *ut supra*, el estudio de la mención a las prestaciones personales del artículo 162 *in fine* del Código civil.

autorizada por sus progenitores o representantes legales, para, de esta forma, complementar su *ius laboris*.

En conclusión, desde los dieciséis años el menor tiene capacidad para celebrar un contrato sobre la imagen que conlleve la realización de una prestación personal pues tiene capacidad contractual y para ejercer por sí mismo el derecho a la imagen aunque, cuando no exista emancipación - incluyendo la situación del menor de vida independiente -, la capacidad negocial deberá ser complementada por los representantes legales.

Finalmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, se desprende que los individuos menores de dieciséis años carecen por completo de *ius laboris*. Esta regla no admite más excepción que la contemplada en el punto cuarto del propio artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores, que prevé la posibilidad de la participación o colaboración de menores de esa edad en espectáculos públicos, siempre que ello no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana¹⁴⁷¹.

En similares términos se pronuncia el artículo 2.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, de regulación de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, que dispone expresamente que "la autoridad laboral podrá autorizar excepcionalmente la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos. La autorización deberá solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente

¹⁴⁷¹ Vid. en este mismo sentido el artículo 1.3 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo - Diario Oficial de la Unión Europea, de 20 de agosto de 1994 - en el que se afirma que los Estados miembros deben velar "contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda perjudicar su seguridad, su salud o su desarrollo físico, psicológico, moral o social o poner en peligro su educación".

juicio - ya que se trata de asumir la obligación de realizar una prestación de carácter personal -, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando la exhibición o actuación para la que se confiere. Otorgado el permiso, corresponde a los progenitores o al tutor la celebración del correspondiente acuerdo de voluntades, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde a los legítimos representantes el ejercicio de las acciones derivadas del convenio"¹⁴⁷².

Por debajo de los dieciséis años, por tanto, la única prestación personal posible es la intervención en un espectáculo público en la cual se incardina precisamente el contrato sobre la imagen que conlleva la realización de una prestación personal como, por ejemplo, la realización de una película o un anuncio televisivo. Por ello, cuando los artículos 211-6.3 y 236-19 del Código civil de Cataluña exigen el consentimiento del menor de edad para la realización de prestaciones personales si ha cumplido doce años o, teniendo menos presenta madurez suficiente, básicamente se están refiriendo a este tipo de intervenciones.

Es cierto que tanto el artículo 6.4 del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 2.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, exigen el beneplácito de la autoridad laboral para permitir la participación de un menor de dieciséis años en un espectáculo público puesto que se circunscriben a un contrato de trabajo. Pero en relación al derecho de imagen dicha garantía queda asegurada además, cuando el menor no ostenta el adecuado raciocinio - artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo - por la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal, el cual deberá

¹⁴⁷² El artículo 5 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo - Diario Oficial de la Unión Europea, de 20 de agosto de 1994 - después de permitir que los menores intervengan en actividades culturales, artísticas, deportivas o publicitarias, afirma que deberá garantizarse que éstas no perjudican a la seguridad, la salud o el desarrollo de los niños, ni afectan a su asistencia escolar o formativa.

cerciorarse de que se respetan los bienes jurídicos de la personalidad del menor, las normas imperativas de protección a la infancia y la adolescencia y que la prestación a realizar no sólo no vulnera la formación profesional y humana del menor de edad sino que contribuye a su desarrollo intelectual y artístico pues, de lo contrario, deberá comunicarlo a la autoridad judicial para que ésta tome las medidas oportunas. Cuando el menor de edad tenga madurez para consentir por sí mismo la intromisión, el Ministerio Fiscal no puede intervenir *a priori* pero sí *a posteriori* si se ha perjudicado el interés del menor según dispone el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero¹⁴⁷³.

Además, no debemos obviar la existencia de una serie de disposiciones que prevén medidas específicas para evitar que la realización de prestaciones personales por menores de edad pueda perjudicar el libre e integral desarrollo de su personalidad. A este grupo de preceptos pertenecen, fundamentalmente, el artículo 3.b) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad¹⁴⁷⁴ - en redacción ofrecida por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios -, así como el artículo 96.1.c) de la Ley del Parlamento de Cataluña 22/2005, de 29 de diciembre, de la comunicación audiovisual de Cataluña¹⁴⁷⁵, por lo que a la presentación de menores en situaciones peligrosas se refiere, y el artículo 93.1.f) de la misma ley catalana, en lo atinente a la publicidad y televenta de bebidas alcohólicas¹⁴⁷⁶. En la misma línea se sitúa el artículo 7.3.d) de

¹⁴⁷³ Lama Aymá (de), Alejandra, op. cit. págs. 154-155.

¹⁴⁷⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 274, de 15 de noviembre de 1988.

¹⁴⁷⁵ Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 4543, de 3 de enero de 2006.

¹⁴⁷⁶ Contiene esta misma previsión el artículo 19 del Acuerdo 296/2007, de 19 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción general del Consejo del Audiovisual de Cataluña sobre protección de la infancia y la adolescencia, señalización orientativa y derecho a la información de las personas usuarias de los servicios de

la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual que, de acuerdo con su disposición final sexta, tiene el carácter de legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.27 de la Constitución española. Y en último lugar, cabe citar el artículo 60 de la Ley catalana de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que nos recuerda que la participación de niños y adolescentes en anuncios publicitarios que promueven la venta de bebidas alcohólicas o de productos de tabaco y la aparición del menor consumiendo tales productos o realizando cualquier otra actividad prohibida queda vetada en los términos establecidos por la legislación vigente¹⁴⁷⁷.

Finalmente, y retornando nuevamente al redactado del artículo 36 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, esta disposición alberga en su punto tercero un mandato especialmente dirigido a los poderes públicos - informador de todas sus actuaciones -, en virtud del cual deben velar, con *especial interés*¹⁴⁷⁸, por el derecho a la intimidad y al honor de los niños, niñas y adolescentes, especialmente de aquellos que han sido objeto de agresiones sexuales, maltratos o cualquier otra experiencia traumática.

televisión - Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 5037, de 28 de diciembre de 2007 -. El mentado precepto se pronuncia en el siguiente tenor literal: "Los menores de edad no pueden ser utilizados en anuncios publicitarios: a) que promuevan actividades prohibidas para los niños y los adolescentes; b) que presenten, sin motivo justificado, niños o adolescentes en situaciones peligrosas; y c) que presenten niños o adolescentes consumiendo bebidas alcohólicas".

¹⁴⁷⁷ La misma mención ya se contenía en el artículo 38 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes, antecedente inmediato de la actual Ley de la infancia y la adolescencia catalana.

¹⁴⁷⁸ Este inciso de "*con especial interés*", fue introducido por la enmienda de adición número 23 al texto del Proyecto de Ley por el grupo parlamentario del partido popular. Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña núm. 637, de 22 de febrero de 2010, pág. 4.

4.2.2. El tratamiento de datos de carácter personal de las personas menores de edad

El derecho fundamental de la protección de datos personales viene recogido en los artículos 10.1 y 18.4 de la Constitución española; aunque ha sido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 292/2000, de 30 de noviembre¹⁴⁷⁹, el que ha venido a darle un carácter autónomo e independiente, basándose principalmente en el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo referente al tratamiento de datos personales y a su libre circulación y en otras disposiciones comunitarias de la misma índole¹⁴⁸⁰.

De todo este acervo constitucional y europeo, sin olvidar el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, emanan nuestras principales disposiciones internas sobre la materia, ocupando un lugar preeminente entre ellas la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal y su reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, la Ley 59/2003, de 20 de diciembre, de firma electrónica y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

¹⁴⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre - RTC\2000\292 -.

¹⁴⁸⁰ Tales como la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, también conocida como "Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas" y las Directivas 2000/31/CE, de comercio electrónico y 1999/93/CE, sobre firma electrónica.

Al hilo de toda esta normativa imperante se ha constatado la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos derechos fundamentales íntimamente vinculados entre sí a la par que claramente diferenciados: el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de los datos personales. Con el primero de ellos, se protege la confidencialidad de la información relativa a un individuo, mientras que con el segundo se garantiza el buen uso de la información referente a un sujeto una vez que ésta se ha revelado a un tercero, ya que el dato confesado no es por ello público y en consecuencia, no puede circular libremente. Así, el poder jurídico de disponer y controlar en todo momento el uso y tráfico de esta información pertenecen enteramente a su titular; por tanto, el derecho fundamental a la protección de datos no constituye un derecho al secreto o a la reserva de los mismos, sino más bien una facultad de gobierno sobre su publicidad¹⁴⁸¹. Así vino a confirmarlo la propia sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, al afirmar:

"El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, para un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos

¹⁴⁸¹ **Valero Nisimblat, Carlos:** "El entorno jurídico: los principios generales legislativos y reglamentarios referidos a la protección de datos de los menores y adolescentes" en el Informe del Proyecto para niños y adolescentes destinado a fomentar desde la escuela el uso de las tecnologías de la información, y a concienciar sobre la protección de datos de carácter personal elaborado por el Proyecto de la Comisión de Libertades e Informática (CLI-Prometeo). Año 2009, págs. 16-17.

indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué fines los está sometiendo, y, por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos"¹⁴⁸².

Adentrándonos ya en aspectos concernientes al ejercicio del derecho a la protección de los datos personales por parte de las personas menores de edad, tanto las Directivas pertinentes sobre protección de datos - es decir la 95/46/CE y la 2002/58/CE -¹⁴⁸³ como la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal¹⁴⁸⁴, carecen de precepto específico alguno que se

¹⁴⁸² Fundamento de derecho séptimo de la **sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre** - RTC\2000\292 -.

¹⁴⁸³ Las Directivas del Parlamento europeo y del Consejo 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995 - Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 281/31, de 23 de noviembre de 1995 - y 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002 - Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 201/37, de 31 de julio de 2002 -, no mencionan de manera explícita los derechos a la intimidad de los menores. Estos instrumentos jurídicos se aplican a todas las personas físicas, pero no hay disposiciones específicas relativas a cuestiones concretas de los niños. No obstante, esto no significa que los niños no tengan derecho a la intimidad y que estén fuera del ámbito de dichas Directivas. De conformidad con la redacción de las propias Directivas, éstas se aplican a cualquier "persona física" y, por consiguiente, incluyen a los niños, niñas y adolescentes.

¹⁴⁸⁴ La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, nos define en su artículo 3 apartado a) qué deba entenderse como datos de carácter personal, estableciendo "cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables". La **sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de enero de 2003**, Sala de lo contencioso-administrativo - JUR\2005\190526 -, relativa al tratamiento de datos de carácter personal a través de imágenes captadas por una *webcam* y su transmisión a través de Internet, declaró en su fundamento de derecho segundo que "el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre ofrece una definición amplia de *datos de carácter personal*...considerándose incluida en la misma los datos consistentes en imágenes". En la actualidad, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, debe entenderse por "datos de carácter personal", cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables - artículo 5.1.f) -; y, por "datos de carácter personal relacionados con la salud", las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular se considerarán datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética - artículo 5.1.g) -. También la **Agencia Española de Protección de Datos** se ha pronunciado sobre la presente cuestión en un par de situaciones fácticas: en el Informe jurídico 0477/2009, relativo a las medidas de seguridad aplicables al campus virtual de un centro escolar, en el que este órgano de derecho público incluye dentro de los datos personales de los alumnos las imágenes concernientes a los mismos; y en el Informe jurídico 0194/2009, relativo a la publicación no consentida en la página web de un centro escolar de fotos de una alumna con motivo de la realización de diversas actividades extraescolares, donde se precisa que las imágenes sobre las que versa la consulta tendrán la consideración de datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de los sujetos que en ellas aparecen, no encontrándose amparadas por la Ley Orgánica de protección de datos en caso contrario.

pronuncie a tales efectos¹⁴⁸⁵. Tal circunstancia, motivó que la Agencia Española de Protección de Datos tuviera que elaborar, partiendo de la casuística suscitada en la aplicación práctica de la normativa vigente, un criterio de intervención que viniera a suplir las lagunas legales existentes¹⁴⁸⁶.

La Agencia Española de Protección de Datos se pronunció por primera vez sobre esta materia en su memoria de actividades del año 2000¹⁴⁸⁷. A juicio de este ente de derecho público, para resolver con éxito los interrogantes suscitados acerca de cuándo los menores pueden tratar sus propios datos de manera autónoma, debían diferenciarse dos supuestos básicos, uno referido a los mayores de catorce años, a los que la normativa civil dota de capacidad para la realización de determinados negocios jurídicos, y la declaración de voluntad emitida por sujetos que no hayan alcanzado la citada edad. Unos dispondrían de las condiciones de madurez necesarias para consentir, por sí mismos, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal; mientras que, para el resto de situaciones, a tenor de lo

¹⁴⁸⁵ **Guerrero Picó, María del Carmen**: El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Cizur Menor, 2006, Ed. Thomson Civitas, pág. 227, subraya la idea de que en la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal nada se dice con respecto al tema de los menores y la doctrina duda acerca del momento en que éstos pueden consentir el tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan. En idéntico sentido se manifiestan **Chaveli Donet, Eduard** y **Picazo Sentí, Pedro**: "El tratamiento de datos de menores: la necesidad del consentimiento paterno" en Revista Electrónica de Derecho Informático, n.º. 56, marzo 2003, pág. 2, quienes subrayan que la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal no realiza ninguna consideración particular respecto del tratamiento de datos de menores, cuestión que debe ser abordada desde la óptica más genérica del Derecho civil.

¹⁴⁸⁶ **Guerrero Picó, María del Carmen**, *ibidem*, pág. 227, trayendo a colación el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen, que dispone expresamente que el consentimiento de menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil; se pregunta si ha de aplicarse la misma solución al ámbito del tratamiento de datos. Por su parte, **Télez Aguilera, Abel**: Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. Madrid, 2001, Ed. Edisofer, pág. 153, defiende que la capacidad para prestar un consentimiento sobre limitaciones de derechos fundamentales sólo la tendrían los menores emancipados y los mayores de edad.

¹⁴⁸⁷ **Agencia Española de Protección de Datos**: Memoria de actividades del año 2000, pág. 381.

preceptuado por el artículo 162. 1º del Código civil español - en el caso catalán la remisión acertada sería a los artículos 211-5.a), 222-47.1.a) y 236-18.1.a) todos ellos del Código civil de Cataluña -, la respuesta debería formularse atendiendo, esencialmente, a las particulares condiciones de raciocinio que presentara el menor en cada caso concreto.

Esta interpretación fue posteriormente ratificada por el Informe jurídico 466/2004 redactado por la propia Agencia Española de Protección de Datos. Este documento aborda nuevamente esta cuestión, resolviendo en esta ocasión una consulta relativa a la obligatoriedad o no de la comunicación a los progenitores, por parte de los centros educativos, de las calificaciones escolares obtenidas por sus hijos/as menores de edad¹⁴⁸⁸.

El aludido dictamen se plantea, en primer término, el momento temporal a partir del cual pueden recabarse directamente de un menor sus datos personales, sin contar con la preceptiva autorización parental¹⁴⁸⁹. Entiende la Agencia que un menor con catorce años cumplidos - retomando, en consecuencia, su previo pronunciamiento del año 2000 - tiene suficiente madurez cómo para prestar autónomamente su consentimiento para el tratamiento automatizado de sus datos, toda vez que nuestro

¹⁴⁸⁸ **Agencia Española de Protección de Datos:** Informe jurídico 466/2004, acerca del consentimiento otorgado por menores de edad.

¹⁴⁸⁹ El Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la Unión Europea sobre protección de datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esta información, en el Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de datos personales de los niños - Directrices generales y el caso especial de los colegios -, pág. 7, ya reconoce "los problemas en relación con el grado de madurez individual de los niños, así como el requisito de representación en los actos jurídicos". Es por ello, que el mentado grupo de expertos llega a la conclusión de que "las necesidades de protección de datos de los niños deben tener en cuenta dos aspectos principales. Se trata, en primer lugar, de los niveles variantes de madurez que determinan cuándo pueden los menores tratar sus propios datos y, en segundo lugar, la medida en que los representantes tienen derecho a representar a los menores en casos en que la divulgación de datos personales perjudicaría el interés superior del niño".

ordenamiento jurídico viene, en diversos casos, a reconocer a los mayores de esa edad el imprescindible grado de discernimiento cognitivo y volitivo para adoptar por sí determinados actos de la vida civil. Baste a estos efectos recordar los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por el ejercicio del derecho de opción o por residencia, que se efectúa por el mayor de catorce años, asistido de su representante legal, o la capacidad para testar - con la única salvedad del testamento ológrafo - prevista en el artículo 421-4 del Código civil de Cataluña - 662.1 del Código civil español - para los mayores de catorce años¹⁴⁹⁰.

Sin embargo, entiende la Agencia que, con respecto a los restantes menores de edad - siguiendo, nuevamente, los dictámenes marcados por su resolución del año 2000 - no puede ofrecerse una solución abiertamente favorable a la posibilidad de que éstos puedan prestar por sí el consentimiento necesario para el tratamiento, por lo que la respuesta deberá extraerse de las previsiones contenidas en el artículo 162.1º del Código civil¹⁴⁹¹, tomando como principio inspirador el concepto jurídico indeterminado de las *condiciones de madurez* del individuo.

¹⁴⁹⁰ Para reafirmar sus posiciones la Agencia Española de Protección de Datos utiliza dos argumentos de apoyo muy sólidos: de una parte, reinterpreta las palabras contenidas en la **resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1989**, en las que este organismo administrativo se pronunciaba en el siguiente tenor literal: "no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados"; y de otra, trae a colación el redactado del artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor que considera "intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor de edad o de sus representantes legales", de lo que se deriva que el menor haya podido dar su consentimiento incluso sin la asistencia de su representante legal. Vid. en este sentido a **Chaveli Donet, Eduard** y **Picazo Sentí, Pedro**, op. cit. pág. 3 y **Zabía de la Mata, Juan**: "Artículo 13 del Reglamento 1720/2007, de 21 de diciembre" en **Zabía de la Mata, Juan (Coord.)**: Protección de datos. Comentarios al Reglamento. Valladolid, 2008, Ed. Lex Nova, pág. 188.

¹⁴⁹¹ Cabe recordar que este precepto del Código civil español encuentra sus previsiones homólogas en los artículos 211-5.a), 222-47.1.a) y 236-18.1.a) todos ellos del Código civil de Cataluña.

Ahora bien, la ambigüedad con la que en este punto se pronunció la Agencia suscitó ciertas críticas doctrinales, pues se ponía en tela de juicio que un menor con catorce años fuera realmente consciente de las repercusiones que pudiera acarrearle el tratamiento de sus datos, o si éste era verdaderamente capaz de entender los términos en que el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, obliga al responsable del fichero a informarle. Esto sin contar con el fundado temor de que el menor sea utilizado como cauta fuente de información sobre reseñas concernientes a sus familiares - número de ordenadores operativos en la vivienda, automóviles disponibles para ser manejados o lugar de vacaciones, todos ellos indicadores del *modus vivendi* de su núcleo familiar de convivencia -¹⁴⁹².

De acuerdo con lo expuesto, la solución definitiva al dilema planteado, la posibilidad de recabar directamente de un menor de edad sus datos personales sin contar con la expresa autorización de sus progenitores o tutores, no depende - en palabras de la propia Agencia Española -, del tipo de dato personal de que se trate, ni debe vincularse al diferente nivel de protección que la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, dispensa al dato personal en atención a la naturaleza de la información manejada y a la mayor o menor necesidad de garantizar su confidencialidad e integridad. Por el contrario, la resolución a cada caso concreto debiera extraerse de lo revelado anteriormente. De este modo, a los mayores de catorce años se les presumirá capacidad bastante para autorizar el tratamiento automatizado de sus datos; mientras que, por el contrario, deberá atenderse a las particulares condiciones de madurez cuando de personas por debajo de la cifrada edad se trate, para determinar así si reúnen o no la capacidad natural requerida para actuar con plena

¹⁴⁹² En contra de dejar la puerta abierta a la posibilidad de que un menor de catorce años pueda consentir por sí mismo válidamente un tratamiento automatizado de datos, vid. **Chaveli Donet, Eduard y Picazo Sentí, Pedro**, op. cit. pág. 3.

libertad de movimientos. La presunción, pues, en este último supuesto parece invertirse y, en principio, salvo prueba en contrario, prevalecerá la de inmadurez¹⁴⁹³. Por tanto, con independencia del dato personal ante el que nos hallemos, es *conditio sine qua non* recabar, en todo caso, el consentimiento libre, específico, inequívoco e informado del sujeto, siendo asimismo necesario el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre¹⁴⁹⁴. Podemos añadir a ello, que si de menores que no hayan alcanzado la edad de los catorce años se trata, y cuyas condiciones de juicio no garanticen la plena comprensión de la declaración de voluntad emitida, se requerirá, además, el consentimiento de sus representantes legales¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹³ A idénticas conclusiones llegó la **Agencia Española de Protección de Datos** en su Informe jurídico 409/2004, acerca del acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores. En este supuesto de hecho la Agencia llegó a la determinación de que los menores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para ejercitar por sí mismos, el derecho de acceso a sus datos de carácter personal, sin que pueda admitirse la existencia de una representación legal del titular de la patria potestad, dado que precisamente estos actos se encuentran excluidos de la mencionada representación por el tan citado artículo 162.1º del Código civil. De este modo, si el padre o la madre de un mayor de catorce años acude a un centro sanitario solicitando un informe de analítica o cualquier dato incorporado a la historia clínica de su hijo, sin constar autorización alguna de éste, no sería aplicable lo establecido en el artículo 18.2 de la Ley 41/2000, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, por lo que no debería procederse a la entrega de la información en tanto no conste la autorización fehaciente del hijo. Respecto de los restantes menores de edad - por debajo de los 14 años - debería tomarse en cuenta, fundamentalmente, sus condiciones de madurez.

¹⁴⁹⁴ El artículo 5.1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal establece que "los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco: a) de la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; b) del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; c) de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; d) de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y e) de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante".

¹⁴⁹⁵ Dadas las especiales características de Internet, los titulares de los sitios web han ideado múltiples soluciones a fin de lograr el consentimiento paterno para el tratamiento de datos de menores en aquellos casos en que éste sea necesario. Pese a ello, debemos ser conscientes del peligro que entraña el hecho que en la mayoría de las ocasiones estos procedimientos únicamente se pongan en marcha cuando el usuario declara ser menor de edad, lo que permite al sujeto la oportunidad de falsear sus datos y eludir así el filtro establecido. De los sistemas de control utilizados en la práctica para recabar el consentimiento paterno los más frecuentes son los citados a continuación: a) Identificación del progenitor mediante su tarjeta de crédito; b) envío de un correo electrónico al representante legal recabando su consentimiento a posteriori; c) transcripción literal de políticas de privacidad - en muchas ocasiones no respetan la legislación comunitaria por tratarse de meras remisiones a la normativa norteamericana que carece de eficacia alguna en el Estado español -; d) páginas en

Más delicada es la segunda de las cuestiones tratadas en el Informe jurídico 466/2004 de la Agencia Española de Protección de Datos, en cuanto que entra a valorarse la posibilidad de ceder los datos académicos de los menores a sus progenitores o tutores sin obtener la debida autorización de aquéllos o incluso contrariando su voluntad¹⁴⁹⁶. En otras palabras, se plantea - *en concreto* - si debe prevalecer la *voluntas* de un alumno de catorce años que muestra su oposición a que se faciliten sus resultados escolares a sus progenitores o tutores, sobre la pretensión de éstos de acceder a dicha información. Si la respuesta fuera afirmativa, significaría, para el caso de autos, que el centro educativo no estaba obligado a atender la petición formulada por los representantes legales.

Por lo que a la naturaleza del acto jurídico se refiere, la Agencia Española parece no tener dudas al respecto, y afirma categóricamente que nos encontramos ante lo que la Ley orgánica ha definido como una "*cesión o comunicación de datos*" - artículo 3.i -, con respecto a las que el artículo 11.1 del mismo cuerpo normativo prevé taxativamente que "sólo podrán ser comunicados a un tercero con el previo consentimiento del interesado". Asimismo, este mandato normativo tan sólo se ve exceptuado en los supuestos previstos en el apartado segundo del propio artículo 11 de la Ley Orgánica de protección de datos, entre los que se sitúa la posibilidad de que "una norma con rango de ley habilite la cesión".

las que no se contempla la necesidad del consentimiento paterno, bien sea porque se presume que si el menor cumplimenta el formulario publicado en la red lo está haciendo con la autorización de sus progenitores, o bien porque directamente se desentienden de toda responsabilidad al efecto.

¹⁴⁹⁶ Una situación muy similar aunque en el ámbito sanitario es tratada por la **Agencia Española de Protección de Datos** en su Informe jurídico 0114/2008, acerca de la comunicación de los informes médicos de los menores a los padres. La conclusión final a la que llega la Agencia es la de considerar que disponer de la información sanitaria de los hijos es fundamental para poder velar adecuadamente por su salud, por ello, entiende que el Código civil - artículo 154 - habilita la cesión de la información sanitaria a quienes ostenten la patria potestad - dando con ello cumplimiento a las previsiones del artículo 7.3 y 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, que limitan la posible cesión de datos relativos a la salud de un individuo, sin contar con su consentimiento expreso, cuando así lo disponga la Ley -.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 - sede de potestad¹⁴⁹⁷ - y 269 - ámbito de la institución tutelar¹⁴⁹⁸ - del Código civil, toda vez que la facultad de acceder a la información de tipo académico - entre ellas la cesión de las notas obtenidas por los menores no emancipados -, se imbrica dentro del marco de los derechos y deberes que corresponden a los progenitores en el ejercicio de sus competencias parentales, llevó a la Agencia Española a concluir que en el supuesto de autos existe, a pesar de la negativa del titular, un precepto legal habilitante que ampara la transmisión de los datos académicos a favor de los progenitores¹⁴⁹⁹.

Por último, en el Dictamen objeto de nuestro análisis se discute si en el caso de los menores, el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación y cancelación requerirá, en todo caso, de la concurrencia de la autorización de sus representantes legales o, por el contrario, será suficiente atender a la edad del menor para su válida recogida, sin requerir en este supuesto complemento alguno de capacidad.

Para resolver este interrogante, la Agencia Española de Protección de Datos recurre al texto del artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que dispone que "tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los

¹⁴⁹⁷ Vid. en este mismo sentido el artículo 236-17 del Código civil de Cataluña.

¹⁴⁹⁸ Vid. en este mismo sentido el artículo 221-1 del Código civil de Cataluña.

¹⁴⁹⁹ Idéntica habilitación se reconoce en el supuesto de que los datos sean solicitados por el órgano competente en materia de protección de menores de una comunidad autónoma que actúe como representante legal del menor.

menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate".

De lo anterior deducimos que los menores de edad a los que no se les exija complemento alguno de su capacidad en orden a la recogida de sus datos de carácter personal, podrán, asimismo, ejercitar sus derechos de acceso, rectificación y cancelación, sin la concurrencia de la autorización de sus progenitores o tutores.

En conclusión, y a modo de recapitulación, podemos recordar que la Agencia Española de Protección de Datos, en respuesta a las carencias normativas presentes en nuestro ordenamiento jurídico, elaboró - desde comienzos del año 2000 -, una teoría fundamentada, esencialmente, en la noción legal de la capacidad natural para, de este modo, delimitar el verdadero alcance del autogobierno de los menores, así como deslindar el grado de injerencia reconocido a los titulares de la potestad o la tutela en este ámbito material de intervención¹⁵⁰⁰. En esta misma línea de actuación, y para dotar al modelo de mayores dosis de certeza y seguridad, la propia Agencia se encargó de incorporar una presunción consistente en que tal aptitud se adquiere, salvo prueba en contrario, a los catorce años. Toda esta labor integradora del sistema, sin embargo, se ha visto ulteriormente superada por la promulgación del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, cuyo artículo 13 está dedicado íntegramente a la forma cómo debe obtenerse el consentimiento para el tratamiento automatizado de datos pertenecientes a personas menores de edad¹⁵⁰¹.

¹⁵⁰⁰ **Orozco Pardo, Guillermo**, op. cit. págs. 386-387 y **Zabía de la Mata, Juan**, op. cit. pág. 188.

¹⁵⁰¹ La propia exposición de motivos del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre al referirse al Título II, relativo a los principios de la protección de datos, afirma que "reviste particular importancia la regulación del

Al margen de nuestras fundadas dudas acerca de si una norma de rango reglamentario era lo más acorde para desarrollar este apartado¹⁵⁰², el precepto en cuestión prosigue la tendencia ya iniciada por las resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, fijando la frontera del consentimiento en los catorce años de edad. En concreto, el artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, formaliza tres reglas elementales. Primera, podrán ejercitar libremente los derechos reconocidos en la legislación protectora de datos los menores de dieciocho años y mayores de catorce. Este inciso, no obstante, queda modulado por una segunda mención que obliga a contar con la asistencia de los titulares de la potestad o tutela cuando la Ley así lo prevenga. Finalmente, se requerirá autorización de los representantes legales para proceder al tratamiento automatizado de los datos personales de menores cuando éstos no hayan alcanzado la *mágica* cifra de los catorce años de edad.

Este último inciso nos da que pensar. Por una parte, si bien es cierto que el parámetro cronológico consagrado en el Reglamento - la edad de los catorce años - es un criterio temporal que puede deducirse, perfectamente, de las disposiciones emanadas de la normativa civil, no es menos cierto que el propio texto codificado y

modo de captación del consentimiento atendiendo a aspectos muy específicos como el caso de los servicios de comunicaciones electrónicas y, muy particularmente, la captación de datos de los menores".

¹⁵⁰² Esta misma crítica la vierte **Martínez Martínez, Ricard**: "Principios y aspectos clave del nuevo Reglamento de protección de datos de carácter personal" en **Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.)**: El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, págs. 33-34. Igualmente, **Grimalt Servera, Pedro**: "El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial" en **Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.)**: El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, pág. 71, subraya que no considera adecuado al principio de reserva de ley orgánica de los derechos fundamentales que se fije mediante reglamento la edad a partir de la cual los menores de edad pueden prestar válidamente su consentimiento para que sus datos sean objeto de tratamiento.

otras normas privadas de idéntica relevancia han optado, en cambio, por emplear límites temporales distintos - siendo el más habitual el de los doce años de edad - o incluso se han decidido por manejar otros indicadores alternativos que se caracterizan por ofrecernos un mayor grado de delimitación subjetiva, al estilo de la cláusula del *menor maduro*¹⁵⁰³. Esta falta de homogeneidad característica de nuestro sistema, tal y como hemos ido constatando a lo largo de nuestro estudio, introduce un elemento distorsionador y que en nada ayuda al tan anhelado objetivo de la seguridad jurídica. De otra, y a primera vista contrariando la doctrina de intervención elaborada en sus informes y resoluciones por la Agencia Española de Protección de Datos, el Reglamento parece apartarse, desdeñar sin conmiseración, la remisión que este organismo de Derecho público realizaba, como eje sustancial de nuestro modelo, a la capacidad natural. Es decir, mientras que la Agencia reservaba la participación de los representantes legales únicamente para aquellos casos en los que los menores de catorce años no ostentaran la madurez suficiente para consentir por sí, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, amplía esa previsión y la extiende, sin excepción alguna, a todos los supuestos en que se recaben datos de menores de catorce años, con total independencia de las facultades de entender y querer constatadas en cada caso concreto. Esta elección, entendemos, no está en sintonía con la tendencia generalizada seguida por nuestro Derecho civil proclive a dotar cada vez de mayor incidencia y relevancia a los aspectos relacionados con la madurez de las personas.

¹⁵⁰³ Para el **Comité de Bioética de Cataluña**: La persona menor de edad en el ámbito de la salud. Noviembre, 2009, pág. 16, en el ámbito sanitario la expresión de "*menor maduro*" significa tener suficiente competencia y recursos personales para comprender las alternativas posibles, evaluar las consecuencias de cada una de ellas y decidir en situaciones que afectan la salud. Para **Benac Urroz, Mariano**, op. cit. pág. 93, por la expresión "*menor maduro*" se viene conociendo al menor que por su condición de madurez puede realizar por sí mismo actos relativos a sus derechos de la personalidad, como podrían ser, por ejemplo, otorgar el consentimiento a una intervención sanitaria o de carácter quirúrgico. Vid. también en este mismo sentido el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y el artículo 12 de la Ley 21/2000 del Parlamento de Cataluña, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica.

A mayor abundamiento, y para reafirmar nuestra posición, si defendemos que el derecho a la protección de datos personales es un derecho de la personalidad, tal y como se reconoce en la sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre, una interpretación literal de las previsiones contenidas en el apartado primero del artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, entraría en franca contradicción con lo establecido en los artículos 211-5.a), 222-47.2.a) y 236-18.2.a) del Código civil de Cataluña - lo mismo afirmaríamos con referencia al artículo 162.1º del Código civil español -, en virtud de los cuales el ejercicio de los derechos de la personalidad no se hace depender única y exclusivamente de la edad del individuo, sino que, por el contrario, se otorga un papel predominante a la capacidad natural del mismo.

En definitiva, no deberían ser los catorce años los que automáticamente determinasen la capacidad del menor de edad para otorgar válido consentimiento para que un tercero trate sus datos, sino más bien sus condiciones de madurez y raciocinio. En este mismo sentido, cabe señalar que el Grupo de Trabajo del artículo 29, órgano consultivo independiente de la Unión Europea sobre protección de los datos y la vida privada, creado en virtud de lo previsto en el citado artículo de la Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esta información, en su Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de datos personales de los niños - Directrices generales y el caso especial de los colegios -, puso de manifiesto que "puesto que el niño es un ser todavía en desarrollo, el ejercicio de sus derechos - incluyendo los relativos a la protección de datos - debe adaptarse a su nivel de desarrollo físico y psicológico. El modo en que se gestiona este proceso en los diferentes ordenamientos jurídicos varía de un Estado a otro, pero en cualquier sociedad, los niños deben tratarse de conformidad con su nivel de madurez. Por lo que respecta al consentimiento, la solución puede variar de la mera consulta al

menor, al consentimiento paralelo del niño y el representante legal, e incluso, a la declaración de voluntad única del niño si ya es maduro"¹⁵⁰⁴.

Apuntado lo anterior, estimamos ineludible una relectura del texto del artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en su último inciso, favorable a considerar que tener catorce años de edad o más, de conformidad con el principio de normalidad¹⁵⁰⁵, debe, en nuestro contexto social de referencia, conformar una simple presunción "*iuris tantum*" de madurez suficiente para otorgar el consentimiento prevenido por la Ley Orgánica de Protección de Datos y no ostentarla, antagónicamente, inducirnos a pensar justamente lo contrario. Así, a tenor de nuestro razonamiento, un menor de catorce años maduro podría perfectamente otorgar consentimiento por sí, mientras que un menor con más de catorce años inmaduro, no estaría en disposición de hacerlo.

Finalmente, para concluir con el análisis de los aspectos más relevantes que nos ofrece el citado artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, y abordando ahora la cuestión desde un punto de vista más funcional, los propósitos perseguidos por el legislador con la introducción de un precepto del estilo del apuntado, se circunscriben, por lo que a la defensa de los derechos de los sujetos implicados se refiere, tanto a la protección directa de los niños, niñas y adolescentes como al de su inmediato entorno familiar. Ello nos explica por qué su apartado segundo, en aras de evitar un uso instrumental del menor, veda la posibilidad de utilizarlo como fuente de captación de datos relativos a otros miembros de la

¹⁵⁰⁴ **Artículo 29. Grupo de trabajo sobre protección de datos:** Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de datos de los niños - Directrices generales y el caso especial de los colegios -, pág. 7.

¹⁵⁰⁵ Este principio está recogido expresamente en las **sentencias del Tribunal Supremo**, de 14 de mayo de 1994 - RJ\1994\3583 - ; de 25 de marzo de 1995 - RJ\1995\2141 -; de 11 de diciembre de 1995 - RJ\1995\9478 -; y de 28 de enero de 1999 - RJ\1999\328.

familia, o sobre sus características identificadoras, como los datos relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, indicadores sociológicos o cualesquiera otros, sin la autorización de sus titulares.

Esta prohibición tiene una única excepción, reconocida en el último apunte del artículo 13.2 del Reglamento, a fin de permitir que se complete la capacidad del menor para consentir. Tal prerrogativa se traduce en la posibilidad de "poder recabar los datos de identidad y dirección del padre, madre o tutor, precisamente con la única finalidad de conseguir la referida autorización prevista en el apartado anterior"¹⁵⁰⁶.

Asimismo, se impone al encargado del fichero y responsable del tratamiento la obligación de informar a los menores de edad, en un lenguaje claro y fácilmente comprensible, de todos sus derechos en torno a la protección de datos personales - artículo 13.3 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre -¹⁵⁰⁷, al igual que garantizar que se haya comprobado de modo efectivo la edad del menor y, en su

¹⁵⁰⁶ En este mismo sentido, en sede de protección de datos, nuestro Código Penal se hace eco de determinadas conductas delictivas cometidas tanto por particulares como por funcionarios públicos, tipificándolas como delito en sus artículos 197 a 201. Para proceder por estos delitos es precisa la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, cuando fuere menor de dieciocho años, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal; asimismo el perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal o la pena impuesta, excepto cuando el agraviado sea menor o incapacitado, en cuyo caso el Juez puede rechazar el perdón otorgado por el representante de aquél, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena, con intervención del Ministerio Fiscal.

¹⁵⁰⁷ **Mitjans Perelló, Esther**: "Algunos aspectos generales sobre el Reglamento de protección de datos de carácter personal" en **Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.)**: El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, pág. 17, hace especial énfasis en la preocupación mostrada por el sistema por adecuar la información al lenguaje de los menores para que les sea comprensible. Por su parte, la **Agencia Española de Protección de Datos** en su Informe jurídico 0046/2010, en que resuelve una controversia relacionada con el tratamiento de datos personales de los menores de edad a los que se facilita una tarjeta de fidelización, sostiene que "la obligación de información prevista en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Protección de Datos exige un mayor rigor cuando el consentimiento se obtiene de un menor de edad, puesto que se dirige a una persona todavía no formada, lo que justifica que deba ser adaptada para que éste pueda comprenderla".

caso, la autenticidad del consentimiento prestado por los padres, tutores o representantes legales - artículo 13.4 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre¹⁵⁰⁸ -.

El precepto, por tanto, no impone un procedimiento determinado para dar cumplimiento a ese mandato legal, dejando libertad al responsable del fichero para establecer el que estime más conveniente¹⁵⁰⁹. Evidentemente, lo que corresponde al responsable del fichero es organizar los trámites oportunos para comprobar la verdadera edad del menor o el consentimiento de sus representantes legales, lo cual se articula en una obligación de hacer y no en una de resultado. Por tanto, si el gestor del archivo prevé diligentemente estos mecanismos, documenta adecuadamente su actuación y comprueba su efectiva formalización, no se le puede imputar, por ejemplo, el hecho de que un sujeto haya alterado o falsificado su identidad - su fecha de nacimiento - o suplante la rúbrica de su representante legal¹⁵¹⁰.

Afirmado lo anterior, podemos identificar dos claras situaciones ante las que puede encontrarse el responsable de un fichero. Si el archivo no tiene por objeto el tratamiento directo de datos atinentes a menores de edad, su encargado se verá obligado a fijar las estrategias necesarias para impedir su acceso al mismo. Tal eventualidad, relativamente sencilla de lograr en el mundo físico, puede, sin embargo, plantear serias dudas en la realidad *online* que nos rodea.

¹⁵⁰⁸ **Zabía de la Mata, Juan**, op. cit. págs.189-190, desarrolla el difícil tema de la prueba del consentimiento de padres o tutores para el tratamiento de datos de menores de catorce años.

¹⁵⁰⁹ Vid. en este sentido **Agencia Española de Protección de Datos**: Informe jurídico 0046/2010, en que se resuelve una controversia relacionada con el tratamiento de datos personales de los menores de edad a los que se facilita una tarjeta de fidelización.

¹⁵¹⁰ **Martínez Martínez, Ricard**, op. cit. pág. 35.

Por contra, cuando el responsable tenga por objeto gestionar específicamente datos relativos a menores de edad deberá aplicar diligentemente las prescripciones contenidas en el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre. La mayor dificultad en estos casos estriba en la prueba de la edad del mayor de catorce años, en particular cuando éste opere a través de la red. En principio, cuando el DNI electrónico esté implantado, acompañado de la imprescindible infraestructura doméstica para su puesta en marcha, la prueba de la edad, identidad y capacidad se convertirá en una mera formalidad de tipo técnico. Mientras tanto, el responsable deberá valerse de otros criterios alternativos de validación, tales como requerir documentos de filiación, recurrir a los test de madurez, acompañar la solicitud de documentos digitalizados - partida de nacimiento, libro de familia - , y en último extremo diferir la confirmación de la prestación efectiva del consentimiento, a través de los tradicionales medios escritos en soporte papel¹⁵¹¹.

4.3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD NO EMANCIPADA EN EL ÁMBITO SANITARIO

4.3.1. Introducción

El artículo 15 de la Constitución española dispone que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" y, el artículo 43.1 del propio texto constitucional reconoce "el derecho a la protección de la salud".

¹⁵¹¹ Véase la interesante **resolución R/00284/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos** en la que se plantea un problema de acreditación de la edad de un menor de 14 años. El menor había introducido en un formulario que había nacido en el año 95 y el sistema le atribuyó una edad de 1.911 años y no que fuera menor. También ver la **resolución R/01349/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos** en la que se presenta el caso de una compañía de telefonía móvil que ha inscrito a una menor de trece años en un fichero de morosos por impago de una factura.

Aunque los derechos a la vida y a la integridad física son dos derechos distintos e individualizables, es usual abordar su tratamiento conjuntamente porque su ámbito tuitivo se encuentra íntimamente ligado. Ambos persiguen en última instancia la salvaguarda de la persona en sí misma, en su vertiente existencial y física, que sirve de presupuesto y razón de ser al resto de los derechos de la personalidad.

Advertida esta posibilidad, nos interesa precisar cuál es el régimen jurídico de la capacidad para ejercitar estos derechos en el caso de que su titular sea un menor de edad no emancipado, y ello, a partir de la exégesis de los principales supuestos que se pueden plantear al respecto en la práctica. Asimismo, estimamos conveniente delimitar aún más el objeto de nuestro análisis, centrando la atención en el desenvolvimiento de estos derechos en el sector de la actividad médica y sanitaria.

En efecto, uno de los ámbitos en los que más ilustrativo y lleno de matices se muestra el limitado poder de disposición que el individuo ostenta sobre su vida e integridad corporal es la actividad facultativa y terapéutica¹⁵¹². De modo que constituye un excelente banco de pruebas de las conclusiones extraídas con carácter general del análisis de los artículos 211-5.a), 222-47.2.a) y 236-18.2.a) todos ellos del Código civil de Cataluña; al tiempo que resulta ocioso justificar la especial relevancia que este ámbito material presenta para todo individuo, con independencia de cuál sea su edad.

¹⁵¹² Estamos de acuerdo en este punto con la opinión vertida por **Lama Aymá, Alejandra (de)**, op. cit. págs. 310-311, quien sostiene que cuando se tiene que tomar una decisión sobre un tratamiento o intervención médica en un menor de edad se está afectando a sus derechos fundamentales, pues la salud forma parte del derecho a la vida y a la integridad física pero también al derecho fundamental a la intimidad. En efecto, si negamos al menor, que tiene capacidad natural para decidir sobre la intervención o tratamiento, la posibilidad de prestar por sí mismo su consentimiento, le estamos condenando a que sus representantes legales conozcan determinados datos de su vida privada que, quizás, el menor no quiera revelar y a que exista una injerencia en su intimidad que el menor capaz debe poder controlar. De esta misma opinión es **Gete-Alonso Calera, M^a del Carmen**: "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997) en La Notaría, núms. 11-12, noviembre-diciembre de 1998, págs. 48-53.

Adentrándonos ya en el contexto estrictamente sanitario, tradicionalmente, se consideró a las personas menores de edad como sujetos absolutamente incapaces de poder participar, ya sea directa o indirectamente, en la toma de decisiones vinculadas con su estado de salud. De esta forma, el paciente menor de edad era considerado como un mero objeto pasivo de intervención médica, y, en consecuencia, debían actuar y consentir por él sus representantes legales¹⁵¹³. Ahora bien, el tratamiento legal irrogado a estas situaciones empezó a experimentar un cambio sustancial de tendencia a partir de finales del pasado siglo. El punto de inflexión de esta metamorfosis vino provocado por el advenimiento de una nueva filosofía acerca de la verdadera naturaleza de la declaración de voluntad en el

¹⁵¹³ **García Andreu, Aznar**: "Sobre el respeto a la autonomía del paciente" en **Casado González, María (Comp.)**: Bioética y derecho. Valencia, 2000, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 198, subraya la importancia que ha adquirido en la actualidad el consentimiento informado, y vincula ese hecho a un cambio en el modelo tradicional de la relación médico-paciente, basada en una relación autoritaria, paternalista y a veces de beneficencia, en la que el paciente estaba a merced de la figura del médico, y éste no era cuestionado en su actividad. En idéntico sentido se pronuncian tanto **Ruiz Jiménez, Juana**: "La capacidad del menor en el ámbito sanitario" en **Pous de la Flor, María Paz; Leonseguí Guillot, Rosa Adela, y Yáñez Vivero, Fátima (Coords.)**: La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid, 2009, Ed. Exlibris, págs. 81-82, como **García Alguacil, María José**: "Alcance de la autonomía de la voluntad del menor maduro: el camino de la incoherencia legislativa" en Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 157, enero-febrero de 2012, pág. 99, y **González Mirasol, Pablo**: "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica" en Diario La Ley, núm. 6326, 26 de septiembre de 2005, Tomo IV, D-213, págs. 1618-1620. También reproduce esa idea, aunque añadiendo un nuevo elemento para la reflexión **Junquera de Estéfani, Rafael**: "Autonomía y minoría de edad. El menor de edad ante la sanidad" en **Pous de la Flor, María Paz; Leonseguí Guillot, Rosa Adela, y Yáñez Vivero, Fátima (Coords.)**: La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid, 2009, Ed. Exlibris, págs. 137-138, al afirmar que a finales del siglo XX ese principio de autonomía ha quedado establecido como uno de los cuatro principios orientadores de la bioética. Finalmente, concluye este autor haciéndose eco de la opinión mayoritaria de quienes defienden que el ejercicio de la autonomía, en el campo de la bioética y de las ciencias de la salud, significa una autoafirmación del enfermo frente al poder de los profesionales y la técnica. Por su parte, **Craven-Bartle Lamote Grignon, Jordi**: "La prestación del consentimiento informado por el paciente. Desde las exigencias legales a la práctica médica" en **Abel Lluch, Xavier (Dir.)**: El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, págs. 129-153, distingue, al hacer referencia a la evolución sufrida por la relación médico-paciente, entre los modelos de relación: paternalista, informativo, interpretativo y deliberativo. Igualmente, destacar a **Abel Lluch, Xavier**: "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho de autonomía y el consentimiento informado (Artículos 1 a 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002, pág. 1065, quien subraya que en la actualidad hay que tener en consideración al paciente, y no sólo como sujeto de derechos, sino también como progresivo y principal protagonista en la toma de sus decisiones, convirtiéndose el paciente, en consecuencia, en el interlocutor por excelencia del facultativo.

ámbito sanitario. El denominado como consentimiento informado pasó a ser concebido como un acto de ejercicio de los derechos fundamentales y de la personalidad del individuo, no susceptibles, por definición, de representación legal. Concretamente, tal y como ya hemos puesto de manifiesto, conforme a los artículos 211-5.a), 222-47.2.a) y 236-18.2.a) todos ellos del Código civil de Cataluña, el menor puede hacer por sí - o se excluyen de la representación legal del tutor o de los progenitores -, según su edad y capacidad natural, "los actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan cosa distinta". En otras palabras, la capacidad exigida al menor de edad para ejercitar sus derechos de la personalidad no es otra que la natural; aptitud ésta, intelectual y volitiva, que debe apreciarse en cada caso concreto, en función de la gravedad y trascendencia de la decisión a adoptar, así como de las facultades del sujeto que las profesa. No en vano, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia estatuye, en primer término, que "los niños y adolescentes pueden ejercer y defender ellos mismos sus derechos, salvo que la Ley limite este ejercicio"¹⁵¹⁴ - artículo 17.1- y, acto seguido, les reconoce el derecho a "la promoción, la prevención y la protección de la salud y a la atención sanitaria" - artículo 44.1 -¹⁵¹⁵.

¹⁵¹⁴ Restricciones que, por supuesto, deben interpretarse siempre de modo restrictivo - artículo 17.2 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia -.

¹⁵¹⁵ Acto seguido el punto segundo del artículo 44 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia enumera los principales aspectos en los que se concreta este derecho general a la salud de los niños y los adolescentes. Más específicamente señala que "cualquier niño o adolescente tiene derecho a: a) beneficiarse de las acciones de promoción de la salud, recibir información y educación para la salud en todos los ámbitos de su vida y beneficiarse de las acciones de salud comunitaria, con el fin de desarrollar al máximo sus potencialidades físicas y psíquicas y la capacidad para gestionar su propia salud; b) recibir actuaciones preventivas, con el objetivo de prevenir las enfermedades y sus complicaciones y disminuir la exposición a factores de riesgo para la salud; disponer de vacunaciones, cribados neonatales y protocolos de seguimiento de la infancia, únicamente con los límites que la ética, la tecnología y los recursos asistenciales imponen al sistema sanitario; c) recibir los efectos beneficiosos de la protección de la salud, que se expresa en el derecho a desenvolverse en entornos saludables, tanto en el ámbito público como en el privado; d) recibir información sobre su salud y sobre la atención sanitaria que recibe, y a poder participar en su proceso asistencial de manera adecuada a su edad y grado de madurez; e) recibir atención sanitaria adecuada a su nivel evolutivo, atendiendo tanto a los aspectos orgánicos como a los

Con base en estas teorías, principiaremos con un estudio pormenorizado sobre el instante en que se adquiere en Cataluña la autonomía sanitaria. Es decir, el momento exacto en el que una persona alcanza plena capacidad para tomar decisiones médicas y que, una vez reconocida, supone la imposibilidad de imponer al paciente un acto médico contra su voluntad, a pesar de su minoría de edad, exceptuando aquellos supuestos en los que la falta de intervención implique un riesgo para la salud pública o en caso de imposibilidad de obtener su autorización por la urgencia de la situación.

No obstante, a pesar de que esta regla estaba consagrada con carácter general en el ordenamiento civil catalán desde inicios de los años noventa¹⁵¹⁶ - y desde principios de los años ochenta en el Código civil español¹⁵¹⁷ - fue necesario que un texto

aspectos emocionales, y, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación vigente, beneficiarse de las prestaciones del sistema sanitario público; y f) recibir información sobre sus necesidades sanitarias especiales. En particular, sobre la fisiología de la reproducción, la salud sexual y reproductiva, el riesgo para la salud que conlleva el embarazo a edades muy primerizas, la prevención de las infecciones de transmisión sexual y de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), así como la promoción de una sexualidad responsable, con la garantía de la confidencialidad de la información recibida". Este precepto desarrolla las prevenciones recogidas en el ya derogado artículo 25.2 de la Ley catalana 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de los niños y los adolescentes.

¹⁵¹⁶ En concreto, en Cataluña, esta materia está prevista en la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación sanitaria de Cataluña. Esta Ley centra básicamente su atención en el establecimiento de la ordenación del sistema sanitario desde un punto de vista organizativo, aunque, también, contiene diversas previsiones sobre la necesidad de humanizar los servicios sanitarios, destacando el respeto máximo a la dignidad de la persona y a la libertad individual, como objetivos prioritarios del Servicio Catalán de la Salud. Además, esta Ley declara que la organización sanitaria catalana debe, de algún modo, garantizar la salud como derecho inalienable de la población, mediante la estructura del Servicio Catalán de la Salud, que debe ofrecerlo respetando la intimidad personal y la libertad individual del usuario y garantizando la confidencialidad de la información relacionada con los servicios sanitarios que se prestan, sin ningún tipo de discriminación. Posteriormente, partiendo de esas normas, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los Derechos de Información concernientes a la Salud y la Autonomía del Paciente, desarrolla los principios generales que la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña había enunciado, dando un trato especial al derecho a la autonomía del paciente. También es digno de ser tenido en consideración el ya derogado artículo 25.2.a) de la Ley del Parlamento de Cataluña 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre, que excluía, por primera vez en el Derecho civil catalán, los actos relativos a los derechos de la personalidad de la representación legal que ostentan los progenitores sobre sus hijos menores no emancipados.

¹⁵¹⁷ Debido a que el artículo 162 del Código civil debe su redacción actual a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

internacional la predicara expresamente respecto de la capacidad para consentir el acto médico¹⁵¹⁸ para advertir una clara evolución a nivel interno tendente a respetar la voluntad emitida por un paciente menor de edad que reúna suficientes facultades de autogobierno.

Este cambio de orientación jurídica se consolidó en Cataluña con el texto de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, que en su artículo 7.2.d) sentó definitivamente el criterio de la aptitud intelectual y emocional del individuo como paradigma esencial a tener en cuenta a la hora de resolver si una persona reúne o no la capacidad necesaria para consentir por sí una determinada intervención facultativa¹⁵¹⁹.

Posteriormente, los principios emanados de esta Ley especial catalana del año 2000, precedente inmediato, sin duda, de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre y del

¹⁵¹⁸ El Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, de 4 de abril de 1997, también conocido como el Convenio de Oviedo, y que entró en vigor en España desde el 1 de enero de 2000, dispone a este respecto que aún cuando, conforme a la ley, el menor de edad no tenga capacidad para expresar su consentimiento a una intervención médica, deberán intervenir en la medida de lo posible en el procedimiento de autorización. En particular, la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante cuanto mayor sea su edad y grado de madurez - artículos 6.2 y 3 -. Al tiempo que sujeta a ciertas cautelas el consentimiento emitido por sustitución por su representante legal, la autoridad o la institución que proceda según ley - artículos 6.1, 7 y 17.2 -. En palabras de **Rodríguez Izquierdo, Raquel**: "Los derechos y obligaciones de los pacientes" en **Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.)**: Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters, págs. 395-396, este Convenio, tras numerosas declaraciones internacionales, es el primer instrumento internacional que vincula a todos los países que lo han suscrito y su importancia reside en que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. En concreto este Tratado internacional, apunta la autora, señala la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, como el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, con el fin de que las legislaciones de los distintos estados se armonicen sobre estas materias.

¹⁵¹⁹ Idéntica posición fue la adoptada a nivel estatal por 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 - artículo 9.3.c) -.

resto de disposiciones autonómicas al estilo¹⁵²⁰, han sido recogidos por los artículos 212-1 y 2 del Código civil de Cataluña¹⁵²¹.

Hechas estas consideraciones generales acerca del reconocimiento progresivo del derecho de autonomía del paciente y su tratamiento jurídico, procedemos, a continuación, a enumerar algunas de las principales situaciones que, entendemos, mayor número de controversias generan en la *praxis*, tanto a nivel social como jurídico, cuando el sujeto involucrado activamente en ellas es una persona menor de edad. La interrupción voluntaria del embarazo, la participación en ensayos clínicos, las operaciones de cirugía estética, la realización de tatuajes o piercings, la extracción y el trasplante órganos y la aplicación de técnicas de reproducción asistida, representan tan solo algunos de esos ámbitos de posible intervención autónoma de las personas menores de edad que provocan un sinfín de interrogantes, a los que trataremos de dar cumplida respuesta.

¹⁵²⁰ La misma idea aparece recogida en **Navarro Michel, Mónica**: "Comentario al artículo 212-1 del Código civil de Cataluña. Derecho a la información sobre la salud" en **Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.)**: Persona y familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 92; y, en **Abel Lluch, Xavier**: "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho de autonomía y el consentimiento informado (Artículos 1 a 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002, pág. 1061.

¹⁵²¹ La competencia de la Generalitat de Cataluña sobre esta materia viene determinada por los artículos 129 - Derecho civil - y 162 - sanidad - del Estatuto de Autonomía. Expresamente en este sentido tuvo la oportunidad de pronunciarse el **Consell de Garanties Estatutàries**, en el Dictamen 13/2010, de 6 de julio, sobre el Proyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña - Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 763, de 7 de julio de 2010, págs. 12 y 13 -, al entender que "la Generalitat de Cataluña, en el ámbito de sus competencias y respetando el carácter básico de la Ley estatal - en referencia a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - tiene plena libertad para regular - esta materia - en el Código civil de Cataluña o en una ley especial o sectorial".

4.3.2. El consentimiento informado de la persona menor de edad a los tratamientos e intervenciones médicas

4.3.2.1. Ideas generales

En el derecho catalán, el principio rector de las relaciones clínico-asistenciales es el del consentimiento informado del paciente¹⁵²², que se precisa para cualquier actuación que afecte a su salud. De esta forma, la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica, ha definido este concepto jurídico determinado como "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un individuo, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada" - artículo 6¹⁵²³ -.

¹⁵²² En palabras de **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. págs. 106-107, el consentimiento informado tiene relevancia tanto como acto de ejercicio de los derechos de la personalidad, como elemento de exclusión de las eventuales responsabilidades civil y penal de la actuación médica. Por su parte, **Junquera de Estéfani, Rafael**, op. cit. pág. 138, distingue entre los términos de autonomía y consentimiento informado. El primero de ellos, hace referencia a la condición del sujeto moral, abarca el vasto campo de la capacidad de elección entre diversas posibilidades, la capacidad de autorregulación, de autoconducción de la propia persona y personalidad y consiste en ser dueño de sí mismo. Mientras que el segundo, es una manifestación concreta de la autonomía del sujeto, consistente en dar o negar la autorización personal para que se realice alguna actividad que le afecta directamente. Por lo tanto, ésta locución es mucho más restringida y limitada que la anterior. Finalmente, las **sentencias del Tribunal Supremo núm. 3/2001, de 12 de enero** - RJ\2001\3 -, en su Fundamento jurídico primero; y **núm. 447/2001, de 11 de mayo** - RJ\2001\6197 -, en su Fundamento jurídico séptimo, han catalogado el consentimiento informado como un "derecho fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo".

¹⁵²³ En un sentido muy similar se pronuncia el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica - Boletín Oficial del Estado núm. 274, de 15 de noviembre de 2002 -.

Capacidad, información y voluntariedad se erigen, pues, como los pilares fundamentales sobre los que se asienta la autonomía del paciente o usuario, el cual, además de estar facultado para autorizar una determinada actuación médica, puede revocar su declaración de voluntad en cualquier momento, y, como no, negarse u oponerse a recibir cualquier tipo de tratamiento - artículo 6.4 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre¹⁵²⁴ -.

En un sentido similar, se pronuncia la Ley estatal 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, norma ésta que tal y como nos indica su propio enunciado, se caracteriza por ser una disposición de carácter básico, lo que significa que contiene los principios rectores que rigen en esta materia a nivel de todo el territorio del Estado¹⁵²⁵. Ello trae consigo que la normativa dimanante de los diversos Parlamentos autonómicos, vigente en la actualidad, tenga o haya tenido que adaptar sus previsiones a lo estipulado en esta disposición de carácter general, para garantizar, con ello, una igualdad en el trato de los pacientes, con independencia de cuál sea su lugar de residencia¹⁵²⁶.

¹⁵²⁴ Ese mismo contenido lo extraemos de los artículos 2 y 8 de Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁵²⁵ Tal y como apunta **Tarodo Soria, Salvador**: Libertad de conciencia y derechos del usuario de los servicios sanitarios. Bilbao, 2005, Ed. Universidad del País Vasco, pág. 203, el análisis de la concurrencia normativa en materia de derechos del usuario de los servicios sanitarios, gira en torno a dos ejes fundamentales: por una parte, determinar si la legislación de desarrollo autonómica rebasa o no los límites de la normativa básica estatal y, por otra, la determinación de si el reconocimiento al usuario de los servicios sanitarios por parte de las Comunidades Autónomas de algunos derechos distintos a los establecidos por la legislación estatal, vulnera el principio de igualdad de trato y la homogeneidad básica de los derechos y deberes de los ciudadanos, exigido por el principio de unidad.

¹⁵²⁶ **Ruiz Jiménez, Juana** y **Tejedor Muñoz, Lourdes**: "Notas sobre la responsabilidad en torno a las donaciones de órganos cuando el donante es un menor" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº. 705, enero-febrero 2008, pág. 434; **Sancho Gargallo, Ignacio**: "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado" en InDret, abril de 2004, págs. 3-4; y **Seuba Torreblanca, Joan Carles** y **Ramos González, Sofia**: "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en InDret, abril de 2003, pág. 3. Estos últimos autores nos recuerdan que el Parlamento de Cataluña decidió, en febrero de 2003, interponer un recurso de inconstitucionalidad contra algunos preceptos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al considerar que

En consecuencia, en este contexto no sólo tendremos que tomar como normativa de referencia la legislación promulgada por el Parlamento de Cataluña sobre la materia que nos compete, en particular los mandatos contenidos en el Libro II del Código civil de Cataluña y en la ya citada Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica¹⁵²⁷, sino que, por el contrario, también deberemos tener muy presentes las estipulaciones dimanantes de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre.

Del estudio pormenorizado de todo este conjunto de textos legales, extraeremos como conclusión que el criterio que ha de prevalecer, si algo de coherencia interna debe ofrecernos el sistema, es el de que la capacidad natural de las personas se erige como la piedra angular que debe guiar la actuación autónoma de todo individuo en

contravenían el bloque de constitucionalidad, y, por ello, no respetaban las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas, es especial, las referidas a su capacidad organizativa. En concreto las disposiciones impugnadas fueron: el artículo 14.2 - que establece la obligación de que cada centro archive las historias clínicas -; el artículo 17.4 - que determina los encargados de la gestión y custodia de la historia clínica -; el artículo 21.1, segundo inciso - que no permite el alta forzosa del paciente en casos de existencia de tratamientos alternativos facilitados por el centro y aceptados por el paciente -; y la Disposición Adicional primera.

¹⁵²⁷ En España, hasta la publicación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, la prestación del consentimiento al tratamiento médico estaba regulada en la Ley General de Sanidad - artículo 10 -, que exigía el previo consentimiento del paciente para la realización de cualquier intervención, consagrando además el derecho de éste a negarse al tratamiento. El citado artículo 10 no regulaba, sin embargo, la capacidad necesaria para dar el consentimiento informado, limitándose a indicar el artículo 10.6, que cuando el paciente "no esté capacitado para tomar decisiones" correspondía a sus familiares o personas a él allegadas la facultad de decidir. La doctrina española, frente a tal eventualidad venía entendiendo que el artículo 10.6 se refería a aquellas personas que materialmente y de hecho no están en condiciones de decidir - por ser menores de edad, dementes o deficientes mentales, personas en coma, entre otros - y se afirmaba que lo determinante a efectos de dar el consentimiento al tratamiento era que el individuo en cuestión tuviese la suficiente capacidad natural. En otras palabras, con anterioridad a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, la mayoría de la doctrina opinaba que, tanto el menor como los enfermos o deficientes mentales, incapacitados o no, podían otorgar el consentimiento al tratamiento médico si, a juicio del facultativo, tenían suficiente capacidad de comprensión y juicio para entender las implicaciones de su decisión.

el ámbito sanitario¹⁵²⁸. Este principio general, estimamos, debiera ordenar tanto la emisión del consentimiento informado en aquellos casos en los que sea necesario para autorizar un tratamiento o intervención médica, como también, a pesar de no estar mayoritariamente admitida esta segunda opción por ley, si de lo que se trata es de aceptar que un menor de edad, en previsión de que en un futuro se encuentre en condiciones de no poder prestar por sí su declaración de voluntad, se acoge a la opción de otorgar un documento de voluntades anticipadas - el conocido como "testamento vital" -¹⁵²⁹.

Circunscribiéndonos momentáneamente a esta última posibilidad, el legislador catalán ha optado por mantener en los dieciocho años la edad para poder dictar un documento de voluntades anticipadas. Así, tanto el Código civil de Cataluña -

¹⁵²⁸ Este mismo método es el seguido en términos generales, además de por la Ley orgánica 41/2002, de 14 de noviembre, y por el Libro II del Código civil de Cataluña, por las leyes de Galicia - Ley 30/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes -, La Rioja - Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud -, Castilla La Mancha - Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de Salud - y Aragón - Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón -. Por el contrario, la normativa de la Comunidad Autónoma de Madrid - Ley 6/1995, de 28 de marzo, de garantía de los derechos de la infancia y la adolescencia - y Andalucía - Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor - no distinguen supuestos, y para la intervención o tratamiento, en todo caso, hay que estar a la decisión de los representantes legales, ignorando el criterio de la concurrencia o no de capacidad natural y el de la edad, por más que en algunas leyes sí se establezca la obligación de tomar en cuenta la opinión del menor, como acaece en las Islas Baleares - Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Islas Baleares -. Entretanto, en Navarra - Ley foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud de la Comunidad Foral de Navarra - y la Comunidad Valenciana - Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente y Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia - el único dato que se toma en cuenta es si el menor ya ha cumplido o no los dieciséis años, sin que se haga mención a los menores de esa edad con capacidad natural.

¹⁵²⁹ Favorables también a esta alternativa se muestran **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 111, **Tarodo Soria, Salvador**, op. cit. pág. 322, y **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1524. También es importante resaltar, frente a la limitación contenida en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, relativa a que el documento de voluntades anticipadas sólo puede perfeccionarlo una persona mayor de edad, que el Grupo Parlamentario socialista pretendió, sin éxito, incorporar expresamente en este precepto la mención de que un menor emancipado pudiera otorgar también documento de instrucciones previas. Vid. en este sentido el **Boletín Oficial de las Cortes Generales**. Congreso de los Diputados. VII legislatura. Serie B. Proposición de Ley, 27 de septiembre de 2001, enmienda número 46, pág. 46.

artículo 212-3.1 - como la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - artículo 8.1 -, exigen la mayoría de edad para otorgar válidamente un documento de esta naturaleza, restando excluidos, por consiguiente, los sujetos que no cumplan con este requisito objetivo. Idéntico planteamiento ha sido el adoptado por la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, que en su artículo 11.1 establece que "por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con el objeto de que ésta se cumpla en el momento que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo".

Ante esta realidad normativa, un sector importante de nuestra doctrina, entre el que nos incluimos, se muestra partidario de una eventual modificación del ordenamiento jurídico catalán que venga a reconocer a los calificados como "menores maduros" la legitimación activa para concluir personalmente documentos de esta índole, por lo menos, a aquellos que hayan cumplido los dieciséis años o estén emancipados¹⁵³⁰. Otros, por el contrario, defienden el actual *status quo* empleando como principal argumento justificativo la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida, lo que permite, en su opinión, exigir un *plus* de capacidad¹⁵³¹.

¹⁵³⁰ En este sentido vid. **Reglero Ibáñez, José Luís**: "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español" en *La Ley*, núm. 5570, 2002, pág. 1901; **Plaza Penadés, Javier**: "La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2003, págs. 5 y 6; y, **López Sánchez, Cristina**: Testamento vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Madrid, 2003, Ed. Dykinson, págs. 107-108.

¹⁵³¹ Así lo entiende **Parra Lucán, María Ángeles**: "La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español" en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003. Pamplona, 3003, Ed. Aranzadi, pág. 34. También **López-Chapa, Sara**: *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*. Barcelona, 2007, Ed. Bosch, págs. 166-167, opina que sería incongruente informar a los progenitores en caso de actuación de grave riesgo para la salud del hijo emancipado o mayor de dieciséis años y tener en cuenta su opinión para intervenirlo o no, y permitir, en cambio, que éste adopte, para el futuro, una decisión que puede ocasionarle la muerte.

A diferencia de lo acaecido en Cataluña, otras Comunidades Autónomas sí reconocen, por el contrario, a las personas menores de edad la capacidad suficiente para otorgar por ellas mismas documentos que expresen su declaración de voluntades anticipadas¹⁵³². De una parte, la Ley andaluza 5/2003, de 9 octubre, de declaración de voluntad vital anticipada - artículo 4.1 -¹⁵³³ y la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad valenciana - artículo 17.1 -, se limitan a conceder esta prerrogativa a aquellos menores de edad que reúnan la condición de estar emancipados; de otra, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra - artículo 54.1¹⁵³⁴ - y la Ley 6/2002, de 15 de abril de salud de Aragón¹⁵³⁵ - artículo 15.1¹⁵³⁶ -, siguiendo esta tendencia favorable a

¹⁵³² En opinión de **Sancho Gargallo, Ignacio**: "Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas" en **Abel Lluch, Xavier (Dir.)**: El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, págs. 225-226, aunque en ciertas normativas autonómicas se admite legitimación al menor emancipado o al "menor maduro", en la medida en que la Ley estatal que exige la mayoría de edad es básica, ésta se impone a la especialidad autonómica que no resultará de aplicación respecto de este extremo, pues ello iría en contra del principio de igualdad de trato entre todos los españoles que ha tratado de preservar la legislación básica estatal.

¹⁵³³ Planteamiento ratificado por la Ley andaluza 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte, que en su artículo 9.1, relativo al derecho a realizar la declaración de voluntad vital anticipada, se limita a remitirnos a las previsiones contenidas en la Ley del Parlamento andaluz 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.

¹⁵³⁴ Establece el artículo 54.1 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra que "El documento de voluntades anticipadas es el dirigido al médico responsable en el cual una persona mayor de edad, o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral, deja constancia de los deseos previamente expresados sobre las actuaciones médicas para cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad".

¹⁵³⁵ En redacción ofrecida por la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

¹⁵³⁶ Establece el artículo 15.1 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón "Se entiende por voluntades anticipadas el documento en el que una persona con capacidad legal suficiente, mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, en su caso con la asistencia prevista en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Código de Derecho Foral de Aragón, libremente puede manifestar: a) Las opciones e instrucciones, expresas y previas, que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia médica; b) la designación de un representante, plenamente identificado, que será quien le sustituya en el otorgamiento del

reconocer a los menores con suficiente raciocinio la oportunidad de realizar de manera autónoma este tipo de declaraciones formales de voluntad, extienden al menor maduro esta posibilidad.

En definitiva, asumiendo como propias las fórmulas navarra y aragonesa, consideramos que para otorgar un documento de instrucciones previas, debiera bastar con acreditar el suficiente juicio o madurez, o lo que es lo mismo, la capacidad de entender y querer el acto y las consecuencias que de él se derivan. Es por ello, que nos mostramos partidarios a una propuesta de *lege ferenda* que venga a modificar el ordenamiento jurídico catalán en este sentido.

4.3.2.2. El derecho de información sanitaria

La premisa inicial para que el consentimiento del paciente sea válido es que éste haya recibido previamente una información adecuada, puesto que para decidir libremente es preciso tener conocimiento de la situación, las alternativas, las contraindicaciones, los riesgos y las posibles consecuencias que de ello puedan derivarse.

Este deber de información del paciente se erige como una de las responsabilidades asumidas por los médicos y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y un elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo cualquier actividad facultativa¹⁵³⁷. En otras palabras, el deber de informar se configura como

consentimiento informado, en los casos en que este proceda; c) su decisión con respecto a la donación de sus órganos o de alguno de ellos en concreto, en el supuesto que se produzca el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación general en la materia; y d) los valores vitales que sustenten sus decisiones y preferencias".

¹⁵³⁷ En estos términos se expresa la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 488/2006, de 10 de mayo**, en su Fundamento jurídico cuarto - RJ\2006\2399 -. En idéntico sentido la **sentencia del Tribunal Supremo núm.**

parte integrante de la actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico¹⁵³⁸. Además, y a pesar de que ello no se diga expresamente, la información que ha de proporcionar el facultativo no se agota en un único acto, sino que es un deber de tracto continuado¹⁵³⁹.

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y la documentación clínica

837/2007, de 3 de julio - RJ\2007\3658, afirma que "la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación esencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico", de modo que su falta "no es irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada" - Fundamento jurídico tercero -. También la doctrina es de esta misma opinión, vid. en este sentido **Abel Lluch, Xavier**: "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en 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" en **Abel Lluch, Xavier (Dir.)**: El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, pág. 43. Este mismo autor, **Abel Lluch, Xavier**: "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho de autonomía y el consentimiento informado (artículos 1 a 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002, pág. 1067, ya se había manifestado con anterioridad, en referencia a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, afirmando que la obligación de dar información al paciente se establece en términos amplios. No limitándose, por tanto, exclusivamente al médico responsable, sino que se extiende también a los otros profesionales que lo atienden. Finalmente, esta misma idea la encontramos recogida en **González Mirasol, Pablo**, op. cit. págs. 1625-1628.

¹⁵³⁸ En este sentido cabe citar, a modo de ejemplo, la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 349/1994, de 25 de abril** - RJ\1994\3073 -, que manifiesta que "la obligación de medios asumida por el médico incluye, entre otros aspectos, el de informar al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado" - Fundamento jurídico tercero -; y la **sentencia del Tribunal Supremo núm. 830/1997, de 2 de octubre** - RJ\1997\7405 -, en la que se afirma que "un elemento esencial de esa *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso a los familiares del mismo" - Fundamento jurídico primero -.

¹⁵³⁹ El **Acuerdo núm. 261 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad**, sobre el consentimiento informado, de 6 de noviembre de 1995, pág. 1, manifiesta que "la información recibida por el paciente debe entenderse como un proceso gradual y continuado a lo largo de todo el proceso asistencial, que se realiza en el seno de la relación médico-enfermo durante todo el proceso, y que debe permitir que el paciente participe activamente en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad".

dedica los artículos 2 a 4 al derecho a la información del paciente¹⁵⁴⁰. Así, el artículo 2.1 de esta norma del Parlamento de Cataluña reconoce a los pacientes el derecho a conocer, en cualquier intervención asistencial, toda la información obtenida sobre la propia salud, así como a que se respete, en su caso, su voluntad de no ser informados¹⁵⁴¹. Este precepto, reproduce casi literalmente el contenido del artículo 10.2 del Convenio de Oviedo de 1997 en el que se estatuye que "toda persona tendrá derecho a conocer toda la información obtenida respecto de su salud. No obstante, deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada"¹⁵⁴². De igual modo, estos principios también han sido incorporados al Código civil de Cataluña, concretamente en el capítulo referido a la autonomía de la persona en el ámbito de la salud. Sin ir más lejos, su artículo 212-1.1 preceptúa que "toda persona tiene derecho a recibir información verídica, comprensible y adecuada a sus necesidades y requerimientos sobre el alcance de cualquier intervención en el ámbito de su salud, que la ayude a tomar decisiones de forma autónoma, salvo que haya expresado su

¹⁵⁴⁰ En este mismo sentido se pronuncian los artículos 4 a 6 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. De hecho, esta misma norma, de manera previa, nos define que debe entenderse por información sanitaria, disponiendo en su artículo 3 que este concepto engloba "todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla".

¹⁵⁴¹ También el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 reconoce en su artículo 23. 3 el derecho de todas las personas a ser informadas sobre los servicios a que pueden acceder y los requisitos para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a su salud.

¹⁵⁴² Por lo que respecta a la infracción de la *lex artis ad hoc* por falta de obtención de consentimiento informado, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 383/2007, de 23 de octubre** - AC\2007\2106 - considera que esta se produce "desde el momento en que es el personal de la Clínica, y no el facultativo, quien facilita al paciente un impreso modelo, sin especificación alguna en cuanto a la concreta operación a realizar, siendo así que se trataba de una intervención de riesgo medio-alto, para lo que resultaba indispensable explicarle de forma clara y concluyente en qué consistía ese riesgo, y obtener en su vista su autorización para llevarla a cabo". A continuación se indica que el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado en ningún caso sirva para conformar debida ni correcta la información, puesto que se trata de "documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa". En definitiva, debe procurarse una información "personalizada y no un simple trámite administrativo", en la que también el paciente adquiere una participación activa, para en virtud de la misma "consentir o negar la intervención".

voluntad de no ser informada. Este derecho es directamente exigible ante los tribunales de justicia"¹⁵⁴³.

Por lo que a las personas menores de edad se refiere, además de las previsiones generales a las que hacíamos referencia, también debemos tener en cuenta lo prescrito tanto por el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que le reconoce a éste su "derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo"¹⁵⁴⁴; como por el artículo 44 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, que dispone en su punto segundo que cualquier niño o adolescente tiene derecho a "recibir información sobre su salud y sobre la atención sanitaria que recibe, y a poder participar en su proceso asistencial de manera adecuada a su edad y grado de madurez" (apartado d)¹⁵⁴⁵, así como a "recibir información sobre sus necesidades sanitarias especiales. En particular sobre la fisiología de la reproducción, la salud sexual y reproductiva, el riesgo para la salud que conlleva el embarazo a edades muy primeras, la prevención de las infecciones de transmisión sexual y de la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), así como la promoción de una sexualidad responsable, con la garantía de la confidencialidad de la información recibida" (apartado f).

¹⁵⁴³ Navarro Michel. **Mónica**, op. cit. pág. 93, señala como tal vez innecesaria la mención final que alberga el artículo 212-1.1 del Código civil de Cataluña en que se nos recuerda que el derecho a la información es un "derecho directamente exigible ante los tribunales".

¹⁵⁴⁴ Este precepto viene a reproducir el contenido del artículo 17 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

¹⁵⁴⁵ Apartado introducido durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia fruto de una enmienda - la número seis - presentada por los Grupos Parlamentarios Socialistas Ciutadans pel Canvi, Esquerra Republicana de Catalunya i Iniciativa per Catalunya-Verds durante el proceso de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Vid. en este sentido el **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 637, de 22 de febrero de 2010**, pág. 20.

Un aspecto particularmente importante al que debe prestar especial atención el facultativo a la hora de transmitir la información sanitaria, radica en el hecho de no perder de vista cuáles son las condiciones psicológicas y culturales que el paciente presenta, y procurar, en la medida de lo posible, que éste pueda comprender los beneficios y riesgos que conlleva cada una de las opciones clínicas disponibles¹⁵⁴⁶. Tan sólo se logrará este objetivo si el equipo sanitario evita el uso de tecnicismos que puedan hacer ininteligible la información que se pretende transmitir y, a la vez, trata de aclarar los interrogantes que se susciten, empleando términos comprensibles que el paciente alcance a interiorizar sin mayores problemas¹⁵⁴⁷.

A tenor de lo apuntado, cuando resulte que el paciente sea una persona menor de edad, el facultativo asume la obligación de informarle en términos que le resulten verosímiles, adaptando y modulando las explicaciones a su grado de desarrollo intelectual y volitivo, tal y como apuntan los artículos 5.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y 44.2.d) de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

¹⁵⁴⁶ **Cossío Rodríguez, Patricia (de):** "El consentimiento informado" en **Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.):** Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters, pág. 408.

¹⁵⁴⁷ En este sentido se pronuncian, tanto los artículos 2.2 y 3.2 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, que establece la necesidad de dar información en función del grado de comprensión del paciente, así como el artículo 212-1.1 del Código civil de Cataluña que se refiere a una información verídica, comprensible y adecuada a las necesidades del paciente. Así se desprende también del artículo 4.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que establece que la información se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, o el artículo 5.2 de la misma Ley estatal básica que recoge que el paciente será informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.

Otra cuestión relevante en relación al derecho a la información sanitaria del paciente menor de edad es la concerniente a la interrogante sobre quién ostenta su titularidad¹⁵⁴⁸. A la luz de la legislación vigente, parece incuestionable que tal prerrogativa se reconoce al propio paciente, pues así lo indican los artículos 212-1.2 del Código civil de Cataluña, 3.1 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y 5.1 de la Ley estatal básica 41/2002, de 14 de noviembre¹⁵⁴⁹. No obstante, una vez fijada esta regla general, estos mismos preceptos *in fine* auspician la posibilidad de autorizar al facultativo a informar a los familiares del enfermo o a las personas a él vinculadas en la medida en que éste lo permita de manera expresa o tácita¹⁵⁵⁰. La familia, por tanto, no es destinataria directa de la información sanitaria, salvo que el paciente así lo estime conveniente. Tal circunstancia, podría llevarnos a pensar que sólo cuando el menor de edad preste su consentimiento expreso o tácito podrán ser informados sus representantes legales. Nada más lejos de la realidad, en la práctica.

Así, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil de Cataluña, si la persona se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permita recibir la información o comprenderla - *ad exemplum*, por tratarse de una persona de muy corta edad -, la información debe facilitarse a otros sujetos, más concretamente, en su caso, "a la persona designada en el documento de voluntades anticipadas, al asistente legalmente designado, al representante legal, a la persona que tiene la guarda de

¹⁵⁴⁸ Vid. en este sentido **Tarodo Soria, Salvador**, op. cit. págs. 295-296.

¹⁵⁴⁹ Así aparecía recogido en el **Acuerdo núm. 261 del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad**, sobre el consentimiento informado, de 6 de noviembre de 1995, pág. 3, en el que se señala que "el destinatario de la información es el paciente y, como consecuencia, con carácter general debe ser éste el que otorgue y firme el consentimiento". Incluso el propio Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud recoge la posibilidad de que el paciente se niegue a que sus familiares sean informados, en cuyo caso, tal negativa debe ser documentada en un texto escrito firmado por dos testigos.

¹⁵⁵⁰ La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, al utilizar en su artículo 5.1 *in fine* la expresión "personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho", entendemos que está haciendo referencia a la pareja de hecho de aquél. La misma idea se apunta en **Cossío Rodríguez, Patricia (de)**, op. cit. pág. 408.

hecho, a los familiares o a las personas que estén vinculadas a ella, según proceda" - artículo 212-1.4 del Código civil de Cataluña -. En realidad, de lo establecido en este precepto, y en atención a las previsiones contenidas en la legislación especial del sector sanitario, consideramos que pueden extraerse o distinguirse varios supuestos de hecho: en caso de incapacidad, deberá informarse al representante legal - artículos 3.2 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y 5.2 de la Ley estatal básica 41/2002, de 14 de noviembre¹⁵⁵¹ -; en caso de imposibilidad física o psíquica, a criterio del médico que le asiste, corresponderá, en cambio, informar a los familiares o personas vinculadas - artículos 3.3 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y 5.3 de la Ley estatal básica 41/2002, de 14 de noviembre -; y, finalmente, en caso de individuo especialmente designado al efecto, sea mediante documento de voluntades anticipadas - artículo 212-3.1 del Código civil de Cataluña -, sea mediante el nombramiento judicial de un asistente legal - artículo 226-2.2 del Código civil de Cataluña -, será a éste a quien corresponda recibir la debida información.

Llegados a este punto, se nos plantea el interrogante sobre si la obligación de informar a los progenitores o, en su caso, al tutor de un menor no emancipado es ineludible o debe combinarse con el respeto al deber del secreto médico y con el derecho a la intimidad del menor. Para resolver satisfactoriamente tal cuestión no nos cabe sino acudir a la interpretación teleológica, a la *ratio legis* perseguida por las normas reguladoras de esta materia.

¹⁵⁵¹ Cuando el paciente esté incapacitado, judicialmente, el médico facilitará la información a su representante legal, que en este caso se erige en cotitular del derecho a la información junto con el paciente, quien también deberá ser informado de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión, teniendo en cuenta su grado de discernimiento. Por lo tanto, en este caso la obligación del médico de proporcionar la información clínica no se cumple hasta que no se ha informado tanto al representante legal como al propio paciente. Lo deja bien claro el sentir del artículo 3.2 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, al establecer que "en caso de incapacidad del paciente, éste debe ser informado en función de su grado de comprensión, sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación".

El fin último de estos preceptos es proteger la salud y la vida de los niños, niñas y adolescentes posibilitando que los titulares de la responsabilidad parental y, en su caso, la tutela puedan ejercer su facultad de velar por ellos. Este deber se traduce en la necesidad de proteger la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad por lo que, en aras de la adecuada atención a la persona menor de edad, los representantes legales deben conocer aquellas circunstancias relativas a su salud que pueden poner en peligro su apropiado crecimiento físico y mental.

Amén de lo apuntado, la obligación de informar a los representantes legales de la situación médica en la que se encuentra el menor de edad no debe interpretarse de forma absoluta, sino en correspondencia con el criterio de protección del menor que inspira a estas instituciones jurídicas por lo que no se podrá invadir su intimidad cuando no exista riesgo para la salud. De hecho, el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, permite comunicar a los progenitores la situación médica del menor de edad en aquellos casos en que su actuación ponga en grave peligro su salud, incluso cuando éste ostente suficiente madurez.

Así, en definitiva, debemos distinguir entre la situación médica que no entraña peligro grave para el menor de edad y aquéllas que sí lo comportan, pues mientras que en el primero de los casos sólo podrá informarse a sus representantes legales si aquél manifiesta su consentimiento expreso o tácito, en el segundo existirá un deber de informar a los representantes incluso en contra de su voluntad, pues en este caso debe sacrificarse su intimidad en favor de la protección de su salud¹⁵⁵². En realidad, este deber de informar a los progenitores - tutor - va íntimamente ligado a la capacidad del menor para consentir por sí mismo. En efecto, si el menor no reúne madurez suficiente para prestar el consentimiento serán sus representantes legales

¹⁵⁵² Lama Aymá, Alejandra (de), op. cit. pág. 307.

quienes reciban la información y decidan sobre el tratamiento, aunque aquél deberá ser informado y escuchado en función de su grado de raciocinio. Si, por el contrario, el menor tiene capacidad, prestará por sí mismo la declaración de voluntad y el médico deberá respetar la confidencialidad de su estado de salud si así lo insta el propio menor de edad, excepto si éste actúa de forma que ponga gravemente en peligro su integridad física y/o psíquica¹⁵⁵³.

De esta suerte, en un caso de embarazo que se ajuste a los requisitos legales para su interrupción, si la menor tiene dieciséis años cumplidos o se demuestra su capacidad natural, deberá permitirse que sea ella quien preste el consentimiento a tal interrupción o no de su estado de gravidez. En este caso, ante la falta de gravedad de la intervención prima la confidencialidad y la autonomía de la menor en el ámbito de su intimidad médica. Cuestión diferente sería que, por la corta edad de la persona y su falta de desarrollo físico, la continuación de la gestación pudiera comportar un riesgo para la propia menor de edad en cuyo caso debería primar la protección de su bienestar y la vida de ésta y practicarse la interrupción voluntaria del embarazo.

En un supuesto de contagio del virus de inmunodeficiencia humana en el que el menor de edad tenga capacidad deberemos valorar si la situación médica entraña o no un posible riesgo para su salud; si se trata de un diagnóstico que con el tratamiento adecuado puede convertirse de hecho en una situación crónica de salud que permita llevar al paciente una vida relativamente normal. En estas circunstancias, la vida del menor no peligra de forma inminente y deberá priorizarse

¹⁵⁵³ De la misma opinión es **Ruiz Jiménez, Juana**: "La capacidad del menor en el ámbito sanitario" en **Pous de la Flor, María Paz; Leonseguí Guillot, Rosa Adela, y Yáñez Vivero, Fátima (Coords.)**: La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid, 2009, Ed. Exlibris, pág. 81, quien sostiene que la información deberá darse al paciente, aunque éste sea menor de edad. Si además se sigue el criterio, que la propia ley ha utilizado para el consentimiento informado, siempre que el paciente tenga capacidad para entender será él el destinatario de la información.

también su autonomía y su intimidad en la medida en que presente la suficiente madurez intelectual y emocional. En cambio, si se niega a someterse al tratamiento diagnosticado para impedir el desarrollo de la enfermedad, deberá entenderse que debe comunicarse la situación a sus representantes legales y que sean éstos quienes decidan, pues sólo así podrán cumplir con su deber de velar por sus hijos menores de edad. En efecto, nos encontramos ante una situación relevante que pone en peligro la integridad del menor y ante la existencia de un tratamiento con un altísimo porcentaje de éxito que salvaría su vida y le facilitaría el bienestar que se está rechazando sin justa causa por el interesado. Ante tal contingencia la confidencialidad y la autonomía del menor de edad cederían ante la necesidad de proteger los bienes jurídicos de la vida y de la salud¹⁵⁵⁴.

Cuestión diferente es que el menor de edad decida no someterse a tratamiento o intervención alguna cuando estamos ante una enfermedad incurable, en fase terminal o incluso con unas posibilidades remotas de éxito del tratamiento que, en cambio, con toda seguridad comportará unos efectos secundarios o perjuicios graves para el menor. Así sucedería, por ejemplo, cuando el menor hubiera desarrollado sida y estuviera en fase terminal o cuando estuviéramos ante un tumor maligno cuyas posibilidades de curación tras intervención facultativa y tratamiento adecuados son remotas. En estos casos, prima la confidencialidad y el médico deberá guardar secreto dando por válida la decisión del menor de edad¹⁵⁵⁵.

¹⁵⁵⁴ Nos recuerda **Pérez Venegas, Francisco**: "El secreto médico profesional y situaciones de conflicto" en Revista General del Derecho, núms. 628-629, enero-febrero de 1997, pág. 155, que sólo en el caso que se compruebe que priman otros deberes frente al derecho a la intimidad del donante y correspondiente deber de secreto, el no respeto del mismo dejará de acarrearle cualquier responsabilidad.

¹⁵⁵⁵ Vid. en este sentido **Lama Aymá, Alejandra (de)**, op. cit. págs. 319-321.

4.3.2.3. La autonomía sanitaria de la persona menor de edad: capacidad y diferentes supuestos de hecho

La determinación de la capacidad del menor de edad para la válida emisión del consentimiento informado, así como la identificación de los diversos supuestos que pueden llegar plantearse, aparecen delimitados en el redactado del artículo 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, que establece que, "en el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante legal del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En los demás casos, y especialmente en caso de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor de edad debe dar personalmente su consentimiento"¹⁵⁵⁶.

Esta previsión normativa es reiterada por el artículo 212-2.1 del Código civil de Cataluña, que obviando la mención expresa a los menores emancipados, por considerarla, entendemos, incluida en el artículo 211-7 del propio texto catalán¹⁵⁵⁷, se pronuncia en el siguiente tenor literal: "Las personas mayores de dieciséis años y las menores que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para

¹⁵⁵⁶ De manera prácticamente idéntica se manifiesta el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que establece que se "otorgará el consentimiento informado por representación cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente".

¹⁵⁵⁷ Este precepto hace alusión a los efectos propios de la emancipación, que no son otros que los de habilitar al sujeto a "actuar jurídicamente como si fuera mayor de edad". Por tanto, al considerarse, en principio, como plenamente capacitada a toda persona que haya cumplido los dieciocho años de edad para prestar de manera autónoma su consentimiento informado, ese mismo debe ser el criterio aplicable a los menores que presenten la condición de emancipados

comprender el alcance de la intervención en su salud deben dar el consentimiento por sí mismas, salvo en los casos en que la legislación de ámbito sanitario establece otra cosa".

Del primero de los preceptos en cuestión, de composición y estructura interna no excesivamente afortunadas, podemos deducir tres supuestos de hecho claramente diferenciados entre sí, que, a la postre, se traducen en otras tantas respuestas jurídicas¹⁵⁵⁸. Cada una de ellas, toma como criterio objetivo de referencia la edad y las circunstancias intelectivas y volitivas identificativas del sujeto ante el que nos encontremos. De esta forma, distinguiremos entre si el menor está emancipado o es mayor de dieciséis años; o bien si ha cumplido los doce pero todavía no ha alcanzado los dieciséis; y, por último, si no ha arribado ni tan siquiera al lindero de los doce años de edad¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵⁸ **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1529, califica las menciones al menor contenidas en esta norma como de tangenciales y susceptibles de serias críticas. Por su parte, **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. pág. 117, identifica como de confuso y dispar el tratamiento de que es objeto esta materia en el derecho positivo - estatal y autonómico - vigente.

¹⁵⁵⁹ Las mismas combinaciones pueden extraerse de la Ley gallega 30/2001, de 28 de mayo - Boletín Oficial del Estado, núm. 158, de 3 de julio de 2001 -, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes tras la nueva redacción introducida al artículo 6.1.c) por la Ley gallega 3/2005, de 7 de marzo. De acuerdo con su exposición de motivos "la mayor novedad introducida obedece particularmente a la problemática de los denominados menores maduros, aplicando el criterio interpretativo seguido en los países de nuestro entorno, de procurar una intervención del menor lo más activa posible en relación con el derecho a la información y al consentimiento". Algo similar sucede con la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria - Boletín Oficial del Estado, núm. 6, de 7 de enero de 2003 -, que tras la modificación experimentada por su artículo 31.1.c) en virtud de la Ley cántabra 5/2011, de 29 de diciembre, ha adaptado sus previsiones a la legislación básica estatal dictada en la materia. También en este sentido se pronuncian tanto el artículo 14.1.c) de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón - Boletín Oficial del Estado, núm. 121, de 21 de mayo de 2002 -, como el artículo 28.3 de la Ley de las Cortes de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud - Boletín Oficial del Estado, núm. 103, de 30 de abril de 2003 -.

Como complemento a esta disposición catalana, el mismo artículo 7.2 *in fine* de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, estima que en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción humana asistida, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, a la normativa específica que sea de aplicación. En un sentido prácticamente idéntico se pronuncia el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Esta norma estatal básica, no obstante, tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ha eliminado del aludido precepto toda mención expresa a la interrupción voluntaria del embarazo, que tantas críticas había suscitado entre la doctrina española¹⁵⁶⁰. Desde nuestro punto de vista, esta reforma inferida en el redactado del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - que, por ser básica, rige también en Cataluña - resulta aplicable, es decir, extiende su ámbito de eficacia, a las prescripciones contenidas en la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - al igual que acaece con el resto de las disposiciones autonómicas que contienen una previsión de esta misma naturaleza -. En consecuencia, el singular régimen legal previsto en el artículo 7.2 *in fine* de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, debe entenderse ahora limitado al ámbito de los ensayos clínicos y a la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, dejando al margen cualquier tipo de referencia a las interrupciones voluntarias del embarazo.

Lo cierto, es que no es fácil adivinar cuál es la verdadera intención del legislador al mantener esta evocación directa a los ensayos clínicos y a las técnicas de reproducción asistida, pues en ambos casos ya existe una regulación específica que

¹⁵⁶⁰ Vid. en este sentido la Disposición Final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

trata de la cuestión de una manera expresa. Además, tanto el artículo 7.2 *in fine* de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, como el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, guardan silencio respecto de otros supuestos, como, por ejemplo el proceso de extracción y trasplante de órganos que, a la luz de su normativa específica de aplicación, resultan igualmente excluidos del ámbito de intervención autónoma de las personas menores de edad¹⁵⁶¹.

Es particularmente paradójica la alusión contenida a los ensayos clínicos, pues según el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, pueden participar en éstos personas menores de edad, siendo preciso el consentimiento cumulativo del menor y de sus representantes legales cuando aquél ostente doce años o más. Sin embargo, tal y como ya hemos avanzado, no se incluyen en las discutidas disposiciones casos como el de la donación o trasplante de órganos, para los que su normativa vigente sí exige explícitamente la necesaria mayoría de edad.

Aparentemente, lo que parece esconderse tras las palabras enunciadas tanto en el artículo 7.2 *in fine* de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, como en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es que en los casos de ensayos clínicos y de aplicación de técnicas de reproducción asistida - recordemos que hasta la reforma operada en el año 2010 se incluían también los supuestos de aborto -, los individuos menores de edad, con total independencia de cuál sea su grado de madurez, no están en disposición de consentir por sí ningún tipo de intervención médica. De ser ésta la interpretación acertada, las aludidas disposiciones o bien no aportan nada nuevo al respecto, o, por el contrario, entran en franca contradicción con las estipulaciones contenidas en otras normas de carácter especial - como es el caso del Real Decreto

¹⁵⁶¹ Una lectura crítica del contenido del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, lo encontramos en **Tarodo Soria, Salvador**, op. cit. págs. 322-323.

223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos -. Más aún, cuando el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - y por ende su *alter ego* en la normativa catalana - carece, a tenor de lo establecido en su Disposición Adicional segunda, de toda relevancia práctica.

En virtud de esta Disposición Adicional segunda, las normas contenidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, referentes, entre otros aspectos, al consentimiento informado del paciente, son de aplicación supletoria "en los proyectos de investigación médica, en los procesos de extracción y trasplante de órganos, en los de aplicación de técnicas de reproducción humana asistida y en los que carezcan de regulación especial". En otras palabras, si la legislación específica sobre ensayos clínicos, técnicas de reproducción asistida o sobre trasplante de órganos, facultan a los menores de edad para emitir su consentimiento válido, será esta regulación la que prevalezca y no el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - ni, por supuesto, ninguna otra norma autonómica -, motivo por el cual la relevancia y utilidad de esta previsión legal pierde toda su razón de ser¹⁵⁶².

No obstante, antes de indagar en cada una de las tres posibles alternativas o situaciones de hecho ante las que podemos encontrarnos si de la prestación del consentimiento informado de un menor se trata: menor emancipado o mayor de dieciséis años; mayor de doce años que todavía no ha alcanzado los dieciséis; o menor que ni tan siquiera ha arribado a los doce¹⁵⁶³; debemos subrayar, de

¹⁵⁶² **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1532. De este mismo parecer es **Santos Morón, María José**, op. cit. pág. 87, quien considera que el precepto en cuestión parece querer decir que en los supuestos mencionados es necesaria la mayoría de edad, cuestión ésta que tan sólo parece predicable de los supuestos de aplicación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹⁵⁶³ **Abel Lluch, Xavier**: "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho de autonomía y el consentimiento informado (Artículos 1 a 7 de la Ley 21/2000, de 29

conformidad con las tesis defendidas por gran parte de nuestra doctrina, que uno de los antecedentes más claros del actual sistema de delimitación de la autonomía sanitaria imperante en nuestro ordenamiento jurídico, proviene del conocido caso *Gillick*, suscitado ante los tribunales del Reino Unido a mediados de los años ochenta del pasado siglo¹⁵⁶⁴.

En el ordenamiento jurídico inglés la figura del denominado *Gillick competent* surgió a partir de leyes sobre anticoncepción, para evitar la contradicción existente entre las disposiciones generales y la legislación penal. En las normas penales se

de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002, pág. 1079, distingue dos supuestos de hecho: 1) Menor entre doce y dieciséis años no competente para prestar el consentimiento: debe ser escuchado para prestar el consentimiento informado y serán sus representantes legales los encargados de otorgarlo; 2) menor entre dieciséis y dieciocho años: tiene que ser él personalmente el emisor del consentimiento. Por su parte, **Tarodo Soria, Salvador**, op. cit. pág. 321, tomando como punto de referencia el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, distingue hasta cuatro situaciones diversas: 1) menor de doce años: no tiene capacidad intelectual ni emocional. Presta el consentimiento su representante legal; 2) menor de edad de entre doce y dieciséis años sin suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención: consiente el representante legal tras haber escuchado la opinión del menor; 3) menor de edad de entre doce y dieciséis años con suficiente capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención. En este supuesto es el menor el que debe decidir por sí mismo; 4) menor de edad mayor de dieciséis años o emancipado: decide el menor por sí mismo. Si bien, cuando se trate de una actuación de grave riesgo según el criterio del facultativo, se debe informar a los padres y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. El mismo sistema de ordenación es el seguido por **Benac Urroz, Mariano**: "La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado" en **González Salinas, Pedro y Lizarraga Bonelli, Emilia (Coords.)**: Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid, 2004, Ed. Thomson Civitas, pág. 84 y por **Abel Lluch, Xavier**: "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en 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" en **Abel Lluch, Xavier (Dir.)**: El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, pág. 45.

¹⁵⁶⁴ Este caso es citado por la mayor parte de la doctrina anglosajona y española que ha tratado sobre el tema. En la doctrina anglosajona **Eekelaar, John**: "The emergence of children's rights" en Oxford Journal of Legal Studies, núm. 2, vol. 6, 1986, pág. 161 y **Feldman, David**: Civil liberties and human rights in England and Wales. Oxford, 1993, Ed. Oxford University Press, págs. 152-153. A título de ejemplo, en la doctrina española se hacen eco del mismo **Domínguez Luélmo, Andrés**: Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Madrid, 2007, Ed. Lex Nova, pág. 359; **Rivero Hernández, Francisco**: El interés del menor. Madrid, 2000, Ed. Dykinson, págs. 152-153; **Santos Morón, María José**, op. cit. pág. 65; y **Lama Aymá, Alejandra (de)**, op. cit. págs. 308-309.

consideraba delictiva toda relación sexual con menores de dieciséis años, por lo que empezó a plantearse el dilema de la distribución de anticonceptivos en individuos que no hubieran alcanzado aún la mayoría de edad. Paralelamente, por parte del Departamento de Salud se emitió una resolución sobre el uso de preservativos por los menores que no hubieran cumplido todavía la edad de los dieciséis. En cierta medida se aconsejaba a los facultativos la necesidad de proveer estos elementos cuando fueran requeridos, pero se añadía que en lo posible debía obtenerse el consentimiento de los progenitores. La señora Victoria Gillick, madre de cinco niñas menores quiso que las autoridades locales le asegurasen que sus hijas no iban a recibir anticonceptivos sin su expreso consentimiento. Como la Administración no atendió su petición, se planteó la cuestión ante los tribunales argumentando que la entrega de anticonceptivos a menores interfería en el ejercicio de la patria potestad. La Cámara de los Lores en el caso *Gillick contra el Hospital de West Norfolk, el Área de Salud de Widsbech y el Departamento de Salud*¹⁵⁶⁵, rechazó en 1986 su pretensión señalando que los derechos de los padres existen para el beneficio de sus hijos y para permitirles cumplir sus deberes, y que el derecho de los representantes legales a elegir si sus hijos seguirán o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos están en condiciones de comprender la opción propuesta¹⁵⁶⁶.

¹⁵⁶⁵ Caso *Gillick versus West Norfolk and Widsbech Area Health Authority* (1984). The Law Reports Appeal Cases 112, (1985) 3 All England Law Reports, 402.

¹⁵⁶⁶ Otro caso sonado es el de Hannah Jones, la niña inglesa de trece años que, apelando a su propia dignidad, rechazó en el año 2008 el trasplante de corazón que podía prolongar su vida. Hannah tuvo leucemia a los cinco años, enfermedad que le provocó una grave lesión de corazón. La única forma de prolongar su vida era el trasplante, cuyos resultados eran medicamente inciertos porque el tratamiento posterior para evitar el rechazo podía provocar una reaparición de la leucemia. La muchacha, apoyada por sus padres, decidió renunciar al trasplante lo que, finalmente, fue admitido por las autoridades británicas. El caso Hannah generó un intenso debate en la opinión pública sobre la competencia de los menores para tomar decisiones irreparables sobre su vida y salud.

A raíz de este conocido pronunciamiento jurisprudencial, se habla de la *competencia Gillick* para referirse al caso de los menores sometidos a responsabilidad parental que son perfectamente capaces de adoptar decisiones autónomas en todo aquello que concierna a su salud, de manera que serán ellos personalmente los que emitan su consentimiento y no sus legítimos representantes.

Esta doctrina jurisprudencial fue acogida por la *Children's Act, Section 8 (1), Family Law Reform Act 1989*, en virtud del cual "el consentimiento de un menor de dieciséis años a un tratamiento quirúrgico, médico o dental, que, sin dicha autorización constituiría una intromisión a su esfera personal, será tan válido como si fuera mayor de edad; y cuando un menor, de acuerdo con lo establecido en esta sección haya otorgado un consentimiento válido, no será necesario obtener otro consentimiento de su padre o representante". La Ley ha proporcionado, por tanto, un criterio bien definido, en virtud del cual al consentimiento de un menor de dieciséis años se le reconoce la misma eficacia que al emitido por un mayor de edad, incluso en el supuesto de que rechace un examen o un tratamiento psiquiátrico¹⁵⁶⁷.

Este mismo sistema, manteniéndonos aún en el contexto anglosajón, es el seguido por la *Section 2.4 de la Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991* que establece que los menores que no alcancen los dieciséis años tendrán capacidad legal para consentir tratamientos médicos si son capaces de entender la naturaleza y consecuencias del mismo¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁷ López-Chapa, Sara, op. cit. págs. 123-125.

¹⁵⁶⁸ Establece el apartado 4 de la *Section 2 de la Age of Legal Capacity (Scotland) Act 1991*: "A person under the age of sixteen years shall have legal capacity to consent on his own behalf any surgical, medical or dental procedure or treatment where, in the opinion of a qualified medical practitioner attending him, he is capable of understanding the nature and possible consequences of the procedure or treatment".

En el derecho italiano, por su parte, también se considera que es suficiente la capacidad natural o de hecho para prestar el válido consentimiento a un tratamiento o intervención médica. Así, si un menor reúne tal nivel de autogobierno, nada impide que sea él mismo el encargado de emitir la declaración de voluntad autorizando u oponiéndose a determinadas intervenciones y tratamientos médicos con independencia de que en función de la gravedad de éstos se requiera mayor o menor madurez¹⁵⁶⁹.

Asimismo, similar posición ha sido la adoptada tanto por el ordenamiento jurídico francés como por el alemán. En el primero de ellos, el artículo L1111-4 del *Code de la Santé Publique* - en redacción ofrecida por la *Loi núm. 2005-370* de 22 de abril de 2005 - reconoce el derecho al menor a poder emitir el consentimiento informado siempre que éste sea capaz de expresar su voluntad y participar en la decisión¹⁵⁷⁰; mientras que, en el segundo, se distingue entre capacidad negocial - *Geschäftsfähigkeit* - y capacidad para consentir - *Einwilligungsfähigkeit* -, partiendo en materia de consentimiento a las intervenciones médicas, de la constatación de la sentencia dictada por el *Bundesgerichtshof* - *BGH* - el 5 de diciembre de 1958, que negó que la aceptación a un tratamiento terapéutico por parte de una persona menor de edad fuera una declaración de voluntad, por lo que no podían serle de aplicación los párrafos 107 y siguientes del *BGB* alemán. También la doctrina, al examinar la aplicación de los citados preceptos a los supuestos de autorización por el menor de edad a las intervenciones quirúrgicas como comprensivas de la asunción de un riesgo, viene exigiendo, como condición de validez del consentimiento emitido, que

¹⁵⁶⁹ A ello se refieren expresamente **Nannini, Ubaldo Giuseppe**: *Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia*. Milano, 1989, Ed. Giuffrè, págs. 407-439 y **D'Addino Serravalle, Paola**: *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana*. Napoli, 1983, Ed. Scientifiche Italiane, pág. 178.

¹⁵⁷⁰ El artículo L1111-4 del *Code de la Santé Publique* establece que "*Le consentement du mineur ou du majeur sous tutelle doit être systématiquement recherché s'il est apte à exprimer sa volonté et à participer à la décision*".

el menor tenga madurez suficiente para comprender el significado y alcance de la intervención facultativa. En definitiva, la licitud del acto médico aceptado por el paciente menor de edad encuentra de este modo su fundamento en la distinción entre capacidad negocial, que corresponde a aquellos sujetos en quienes concurren los requisitos previstos en los párrafos 104 y siguientes del *BGB* alemán, y capacidad para consentir, que puede predicarse de cualquier persona con capacidad de discernimiento suficiente.

Finalmente, el Código civil del Quebec de 1994 dispone en su artículo 17 que el menor puede consentir a partir de los catorce años tratamientos e intervenciones médicas salvo que se trate de supuestos que representen un serio riesgo para su salud y puedan tener consecuencias irreversibles, en cuyo caso deberán intervenir los padres o tutores¹⁵⁷¹.

Dejando al margen el trascendental *Caso Gillick* y su clara influencia sobre diversos ordenamientos jurídicos, regresamos nuevamente a nuestro sistema normativo y lo hacemos para ocuparnos del análisis detallado de las diferentes opciones que pueden plantarse cuando quien presta el consentimiento informado no ha alcanzado todavía la mayoría de edad.

4.3.2.3.1. Menor emancipado o mayor de dieciséis años

Siguiendo el tenor literal de lo preceptuado en los artículos 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, podemos

¹⁵⁷¹ El artículo 17 del Código civil del Québec de 1994 se pronuncia del siguiente tenor: "*Le mineur de 14 ans et plus peut consentir seul aux soins non requis par l'état de santé; le consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du tuteur est cependant nécessaire si les soins présentent un risque sérieux pour la santé du mineur et peuvent lui causer des effets graves et permanents*".

afirmar que la primera de las hipótesis planteadas no debiera presentarnos mayores problemas¹⁵⁷². La norma soluciona con un criterio unitario la cuestión acerca de si los menores emancipados y los mayores de dieciséis años se hallan en condiciones para emitir un consentimiento informado, manifestando de forma evidente que en este caso no cabe prestar el consentimiento por representación o sustitución¹⁵⁷³.

El artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre suscribe que cuando estamos ante un menor emancipado o con dieciséis años no cabe prestar el consentimiento por representación, de lo cual deducimos a *sensu contrario* que le corresponde prestar la declaración de voluntad al propio menor. En suma, la ley presume la existencia de madurez a los dieciséis años.

El artículo 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, estipula que el menor emancipado o con dieciséis años deberá prestar personalmente el consentimiento, de lo cual se induce a *sensu contrario* que la representación legal quedará excluida en este caso.

Por tanto, a tenor de lo preceptuado en ambos cuerpos normativos, simplemente por ostentar el estado civil de emancipado - que habilita al menor para regir su persona y

¹⁵⁷² Es a lo que **Cossío Rodríguez, Patricia (de)**, op. cit, pág. 414 denomina como existencia de mayoría de edad sanitaria simple, oponiéndolo a las situaciones de mayoría de edad sanitaria cualificada que se alcanza con el cumplimiento de la mayoría de edad.

¹⁵⁷³ Por el contrario, la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad valenciana - Boletín Oficial del Estado, núm. 48, de 25 de febrero de 2003 - tan sólo reconoce competencia para prestar consentimiento personalmente al menor emancipado; no se atribuye, en cambio, esta facultad al menor mayor de dieciséis años, como sí ocurre en la norma estatal y en la gran mayoría de disposiciones autonómicas - artículo 9.2 -. Por su parte, la Ley 5/2003, de 4 de abril, de salud de las Islas Baleares - Boletín Oficial del Estado, núm. 110, de 8 de mayo de 2003 -, en su artículo 12.6, tampoco prevé expresamente la competencia para otorgar el consentimiento al menor emancipado o mayor de dieciséis años. Ahora bien, en este último caso, la referencia que contiene a la "legislación civil general" parece llevaría a considerar que el "menor maduro" tiene capacidad o competencia para consentir.

bienes como si de un mayor se tratara¹⁵⁷⁴ - o reuniendo la edad de los dieciséis años se presume que el individuo detenta la aptitud necesaria para la toma de decisiones médicas. Con ello, se pretende que el facultativo cuente con los datos fidedignos suficientes - el estado civil o la edad - para determinar con cierto nivel de certeza su manera concreta de actuar, evitando así verse obligado a tener que valorar, caso por caso, la madurez de aquellos menores que estén muy cercanos a la mayoría de edad.

Este sistema, sin embargo, tal y como está configurado, corre el riesgo de terminar convirtiéndose en un modelo que, en aras de la consecución de la tan ansiada seguridad jurídica, aplique únicamente de manera automática el criterio objetivo de la edad, alejándose en cierta medida de la tendencia asumida por nuestro ordenamiento jurídico en los últimos tiempos, más proclive a interpretar que lo realmente esencial es la facultad de llegar a comprender los pros y contras implícitos en un específico tratamiento médico, así como el alcance y consecuencias de la decisión adoptada¹⁵⁷⁵. Tal contradicción podría salvarse - pensando ahora en el

¹⁵⁷⁴ La mención expresa a los menores emancipados únicamente adquiere sentido si se refiere a los menores de 14 años que contraigan matrimonio con dispensa judicial - artículo 48 del Código civil -, ya que en el resto de supuestos la emancipación sólo puede concederse a partir de los dieciséis años.

¹⁵⁷⁵ La misma opción ha sido la seguida por la Ley foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud de la Comunidad Foral de Navarra - Boletín Oficial del Estado, núm. 315, de 28 de diciembre de 2010 -, que en su artículo 51.2 establece que "cuando se trate de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". Por su parte, del texto de los apartados primero y cuarto del artículo 6 de la Ley del Parlamento de La Rioja 2/2002, de 17 de abril, de Salud - Boletín Oficial del Estado, núm. 106, de 3 de mayo de 2002 - parece desprenderse que dicha norma únicamente alberga dos posibilidades: la del mayor de dieciséis años, al cual se le reconoce capacidad para prestar personalmente su consentimiento, mientras que en los supuestos en que la persona no alcance tal edad habrá de ser siempre el representante legal quien consienta, debiendo ser consultado por el médico con el fin de que su opinión sea considerada y ponderada en atención a su edad y madurez. Se expresa con claridad en este sentido **Clemente, Rosa**: *Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora, págs. 60-61, que sostiene que "*estou convicta de que a hesitação do legislador se deveu a razoes de natureza cultural e ao reduzido papel que a criança, ainda hoje, desempenha no seio das famílias e da sociedade. Pese embora a significativa mudança que se observa na nossa sociedade no que se refere à informação sobre os direitos da criança, a verdade é que estamos longe de uma mobilização real e consequente quanto ao respeito que esses mesmos*

supuesto del menor que tenga dieciséis años cumplidos, pues sería de difícil encaje para el caso de la emancipación -, considerando que la Ley tan solo acoge una mera presunción *iuris tantum*, es decir, que la norma parte de la idea de que cumplidos los dieciséis años, por regla general, una persona ha alcanzado un grado de diligencia intelectual y volitiva bastantes como para consentir en primera persona cualquier tipo de tratamiento o intervención sanitaria¹⁵⁷⁶. Circunstancia, no obstante, que admitiría prueba en contrario¹⁵⁷⁷.

direitos merecem ou devem merecer, particularmente quando o respeito pelo direito se materializa na aceitação de uma manifestação de vontade, da qual emerge a opiniao de quem tem interesse directo na decisao".

¹⁵⁷⁶ Según el parecer de **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1529, la determinación de la madurez del menor no depende de la edad del mismo, sino únicamente de la capacidad para comprender los pros y los contras del tratamiento, así como el alcance y consecuencias de sus decisiones. En contra de esta opinión se manifiesta **García Alguacil, María José**, op. cit. pág. 96, quien considera que es demasiado arriesgado presumir que el menor posee, con carácter general, la capacidad necesaria para entender la información clínica y autorizar el correspondiente tratamiento.

¹⁵⁷⁷ **Abellán Salort, José**: "La recepción del principio de autonomía en el bioderecho español" en **Berrocal Lanzarot, Ana Isabel y Abellán Salort, José Carlos (Coords.)**: Autonomía, libertad y testamentos vitales. Madrid, 2009, Ed. Dykinson, pág. 65, refiriéndose a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, estima que es digna de ser destacada la presunción de capacidad a favor de los menores emancipados y de los mayores de dieciséis años, estén o no emancipados. En estos casos, el menor debe dar personalmente su consentimiento. Esta misma opinión es la expresada por **Lama Aymà (de), Alejandra**: "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad" en InDret, abril de 2006, pág. 7, quien subraya que de la lectura del artículo 7.2. d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, se deduce un criterio objetivo de determinación de la existencia de capacidad natural como es el de tener dieciséis años cumplidos. En efecto, concluye esta autora, el menor de edad emancipado o con dieciséis años deberá prestar por sí mismo el consentimiento informado, pues la Ley presume su capacidad natural para ello, lo cual, por otra parte, no significa que no pueda probarse lo contrario. Igualmente, también se manifiesta de este parecer **Abel Lluch, Xavier**: "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en 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" en **Abel Lluch, Xavier (Dir.)**: El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial, pág. 53, al apuntar que el legislador, probablemente consciente del grado de dificultad que ofrece la información y el consentimiento informado a los menores en la franja de los dieciséis a los dieciocho años, ha optado por una técnica legislativa consistente en la fijación de una presunción - mayoría de edad para el consentimiento a los dieciséis años - y en la introducción de una cláusula de reserva - información a los padres en caso de actuación de grave riesgo y necesidad de tener en cuenta su opinión -. Finalmente, **Jareño Leal, Ángeles**: "El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad" en la Ley Penal, núm. 32, noviembre 2006, págs. 58-59, defiende que a partir de los dieciséis años los argumentos para defender una presunción de madurez adquieren un carácter más contundente, y puede afirmarse el juicio del menor con eficacia más general, puesto que ya son varias las disposiciones que amplían su capacidad de actuación, lo que parece revelar una frontera cronológica de cierta trascendencia.

En un sentido similar, aunque sin fijar un momento cronológico particular en el tiempo, se pronuncia el artículo 6.2 del Convenio del Consejo de Europa relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina de 4 de abril de 1997¹⁵⁷⁸, también conocido como el Convenio de Oviedo, en vigor en España desde el 1 de enero de 2000¹⁵⁷⁹.

Este tratado internacional tan solo otorga relevancia al elemento subjetivo de la capacidad natural del individuo, obviando, consecuentemente, mención alguna a cualquier tipo de criterio o indicador de carácter objetivo¹⁵⁸⁰. Precisamente, el aludido artículo 6.2 del Convenio de Oviedo afirma que "cuando según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley". *A sensu contrario*, por tanto, cuando sí se reúna tal condición, con independencia de la edad que se ostente, estaremos en predisposición de constatar que la persona puede asumir autónomamente las decisiones que afecten a su salud.

¹⁵⁷⁸ Asimismo, la Declaración de Ottawa sobre el derecho del niño a la atención médica adoptada por la 50ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en octubre de 1998, establece que el paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a tener una participación informada activa en todas las decisiones que afecten la atención médica del niño. Los deseos del niño deben considerarse al tomar dichas decisiones y se les debe dar importancia, según su capacidad de comprensión. El niño maduro, según la opinión del médico, tiene derecho a tomar sus propias decisiones sobre atención médica - parágrafo 9 -. Y, acto seguido afirma que, excepto en una emergencia, se necesita el consentimiento informado antes de comenzar un proceso de diagnóstico o de terapia en un niño, en especial cuando se trate de un procedimiento invasivo. En la mayoría de los casos, el consentimiento debe obtenerse de los padres o de los representantes legales; sin embargo, los deseos expresados por el niño deben tomarse en cuenta antes de otorgar el consentimiento. No obstante, si el niño tiene la madurez y comprensión suficientes, el consentimiento informado se debe obtener del niño mismo - parágrafo 10 -.

¹⁵⁷⁹ **Benac Urroz, Mariano**, op. cit. pág. 81, destaca como rasgo general del Convenio de Oviedo que en el mismo prima la capacidad natural sobre la jurídica.

¹⁵⁸⁰ La particular relevancia de este texto legal radica en que se trata del primer instrumento internacional con eficacia normativa y no meramente programática en la materia que nos ocupa, estableciendo para los países que lo suscriben un marco común y mínimo de protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina.

El punto 45 del Informe explicativo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, publicado el 17 de diciembre de 1996, establece que "cuando un menor, o un adulto, no tiene capacidad para consentir a una intervención, ésta debe ser realizada con el consentimiento de los padres que tengan la custodia del menor, su representante legal o la persona o institución designados por la ley. Sin embargo, en la medida en que sea posible, y con el ánimo de preservar la autonomía de las personas en las intervenciones que afectan a su salud, la opinión de los menores debe considerarse un factor tanto más determinante cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento. Esto significa que en ciertas situaciones, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad de la intervención así como la edad del menor y su capacidad para entender, la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final. Esto podría llevar incluso a la conclusión de que el consentimiento del menor debe ser necesario, o al menos suficiente, para algunas intervenciones. Nótese que lo expuesto es coherente con el artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que establece que los Estados Parte asegurarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a su edad y madurez"¹⁵⁸¹.

¹⁵⁸¹ Este Informe explicativo de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina fue elaborado bajo la responsabilidad del Secretario General del Consejo de Europa, a partir de un proyecto preparado, a petición del Comité Director para la Bioética. El documento tiene en cuenta las discusiones mantenidas en el seno del Comité Director para la Bioética y del Grupo de Trabajo al que se le confirió la elaboración del proyecto de Convenio.

Esta última parece ser también la opción escogida por el Código de Deontología del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, de 24 de enero de 2005 - en vigor desde el 1 de abril de 2005 -, al consignar en su artículo 13 que "el médico no podrá tratar a ningún paciente con la capacidad mental conservada sin su consentimiento.

En el caso de un menor, si tiene capacidad de comprender aquello que decide, el médico debe tener en cuenta su voluntad, pero también valorará la opinión de los vinculados responsables". En cambio, el Código de Deontología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, de julio de 2011, prefiere seguir la técnica adoptada tanto por la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre como por la Ley estatal básica 41/2002, de 14 de noviembre, al subrayar en su artículo 14.1 que "el mayor de dieciséis años se considera capacitado para tomar decisiones sobre actuaciones asistenciales ordinarias"; mientras que "la opinión del menor de dieciséis años será más o menos determinante según su edad y grado de madurez" - artículo 14.2 -.

Al margen de esta regla general, que inviste al menor emancipado o mayor de dieciséis años de capacidad suficiente para otorgar el consentimiento informado, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - que, tal y como ya hemos avanzado, por ser básica, es aplicable también en Cataluña -, añade a este criterio ordinario de intervención una pequeña singularidad. Este particular matiz o salvedad está pensado para aquellos supuestos en que, a criterio del facultativo, se dé una actuación de grave riesgo para el menor, en cuyo caso deberá informarse preceptivamente a los padres y se tendrá en cuenta su opinión para la toma de la decisión correspondiente¹⁵⁸².

¹⁵⁸² **Alonso Olea, Manuel y Fanego Castillo, Fernando:** Comentarios a 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. Madrid, 2003, Ed. Thomson Civitas, págs. 50-51.

En idéntico sentido, se pronuncia el Código de Deontología Médica del Consejo General de los Colegios Oficiales de Médicos, al afirmar en su artículo 14.3 que en los "casos de actuaciones con grave riesgo para la salud del menor de dieciséis años, el médico tiene obligación siempre de informar a los padres y obtener su consentimiento. Entre dieciséis y dieciocho años los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta".

En cambio, nada se establece al respecto en el Código de Deontología del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña y tampoco existe precepto equivalente ni en el Código civil de Cataluña ni en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre. A pesar de ello, este protocolo de actuación médica debe considerarse también plenamente aplicable en Cataluña, no sólo porque la disposición adicional primera califica la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como legislación básica de conformidad con los artículos 149.1.1 y 149.1.16 a) de la Constitución española, sino porque tal condición deriva, al menos en cuanto a los menores no emancipados, del deber de los progenitores y del tutor de velar por su bienestar e íntegro desarrollo de su personalidad¹⁵⁸³.

Parece obvio inferir que el legislador con esta mención a "una actuación de grave riesgo para el individuo" no está pensando ni en los supuestos de investigación clínica con menores de edad, ni en los procesos de extracción y trasplante de órganos, pues ambos disponen de una regulación especial de aplicación preferente, que provocan que las disposiciones insertas en la Ley 41/2002, relativas al consentimiento informado del paciente, ostenten la mera consideración de supletorias, a tenor de lo estipulado en su Disposición Adicional segunda. Tampoco se refiere, entendemos, a los casos de interrupción voluntaria del embarazo por parte

¹⁵⁸³ **Lama Aymà (de), Alejandra:** "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad" en InDret, abril de 2006, pág. 10.

de adolescentes, regulados ya de manera expresa en el artículo 13, apartado cuarto, de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁵⁸⁴. El legislador, aparentemente, está aludiendo a cualquier otro tipo de actuación que no ostente regulación especial y que implique un grave riesgo para la vida o la salud del menor. Caso de darse tales circunstancias, en realidad, sigue sin permitirse el consentimiento otorgado por representación o sustitución, pero, en cambio, sí que se admite que se informe a los progenitores y que su opinión sea oportunamente valorada. En suma, se trata de que el profesional sanitario atendiendo a la particular trascendencia del asunto considere que es importante escuchar a los progenitores, aunque si hay conflicto o discrepancia de voluntades entre éstos y los menores de edad deberá prevalecer el designio de estos últimos¹⁵⁸⁵.

Esta limitación a la presunta capacidad que presentan los menores emancipados o mayores de dieciséis años para prestar por sí el consentimiento informado no nos parece del todo acertada, ya que la simple eventualidad de hallarnos ante un menor maduro debería traducirse en un respeto absoluto a la decisión por él adoptada, con total independencia de cuál sea el nivel del riesgo asumido por la intervención facultativa o terapéutica, debiendo procederse a informar a los representantes legales

¹⁵⁸⁴ Este precepto prevé que "son requisitos necesarios de la interrupción voluntaria del embarazo: cuarto. En el caso de las mujeres de dieciséis y diecisiete años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo".

¹⁵⁸⁵ Vid. en este sentido **Domínguez Luélmo, Andrés**, op. cit. pág. 363. Para **Abellán Salort, José Carlos**, op. cit. pág. 121, en el supuesto de menor mayor de dieciséis años o emancipado, si los progenitores aceptan la intervención y el menor se opone, el médico debería atender a su decisión y no proceder a la intervención. Pero si la misma es necesaria para la propia vida del menor, habrá que recurrirse a la autoridad judicial pudiendo efectuarse la intervención contra la voluntad de aquel.

- y no a los padres, como dice el precepto, pues no tiene por qué coincidir siempre la figura del representante legal con la del progenitor¹⁵⁸⁶-, únicamente cuando el menor lo autorice o cuando el médico entienda que éste no tiene una capacidad real para tomar la decisión médica de que se trate. Además, la Ley no faculta o autoriza a los representantes legales para resolver la controversia, sino tan sólo les habilita para que su opinión sea tomada en consideración¹⁵⁸⁷.

Ahora bien, el cómo o en qué medida debe tenerse en cuenta ese parecer o juicio emitido por los representantes legales no termina de estar claramente identificado en el texto legal. A nuestro entender, si una vez informado el menor emancipado o con dieciséis años cumplidos éste acepta someterse a dicha intervención, nada podrá

¹⁵⁸⁶ No comparte esta opinión **Parra Lucán, María Ángeles**: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español" en Aranzadi Civil, 2003-I, pág. 1911, que defiende que ante situaciones de grave riesgo, los progenitores o representantes legales deberán prestar su consentimiento junto con el del menor, ello a pesar de que éste cuente con suficiente madurez. Argumenta al respecto que, si bien cuando el menor reúne suficiente madurez se excluye la representación legal, es decir, no cabe la prestación del consentimiento informado por sustitución, esto no significa que los progenitores no deban actuar en cumplimiento de su deber de velar por el menor. Por su parte, **Abellán Salort, José Carlos**: La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos. Madrid, 2008, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, págs. 118-119, matiza la posición de la anterior autora y entiende que si la intervención implica escaso riesgo bastará el consentimiento del menor, si bien siendo arriesgada será necesaria la intervención de los representantes legales del menor. Finalmente, **Moreno Antón, María**, op. cit. pág. 114, sostiene que cuando la intervención es de alto riesgo y su rechazo pone en serio peligro la vida del menor, los efectos de la decisión son de tal envergadura que el principio bioético de beneficencia y el efecto tutelar del ordenamiento hacia la minoridad deberían primar sobre el de autonomía, y por ello la ley debería reforzar la capacidad necesaria para tomar la decisión, bien exigiendo el concurso de terceras personas, bien retrasando la plena competencia hasta la mayoría de edad.

¹⁵⁸⁷ **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1529-1530. Por su parte, **Seuba Torreblanca, Joan Carles y Ramos González, Sofía**: "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en InDret, abril de 2003, pág. 12, considera que este tercer apartado del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es el que merece más críticas, tanto de técnica legislativa como de contenido. Así, en primer lugar, la regla de la primera parte es reiterativa respecto a lo establecido en el artículo 9.3.a) de la propia norma; en segundo lugar, la referencia final a "padres" debería serlo a "representantes legales"; y, en tercer lugar, el derecho de los representantes legales a ser informados y que su opinión sea tenida en cuenta en la toma de la decisión correspondiente casa mal con el contenido del artículo 5.1, en el que se identifica al titular del derecho a la información, así como con el ejercicio de la autonomía privada y con la prestación personal del consentimiento, porque, recuérdese, estamos en presencia de un menor de edad que actúa como mayor y que, además, ostenta todas las facultades intelectuales y volitivas.

hacer el facultativo frente a tal elección, por muy en contra que se manifiesten los representantes legales de aquél, ya que no se les reconoce por ley ningún tipo de capacidad para la toma de decisiones al respecto. Cuestión distinta será que el médico dude de la capacidad real del menor, en cuyo caso sí estará justificada la consulta a sus representantes legales e, incluso, se admite la posibilidad de que sean éstos los que presten el consentimiento por substitución para proceder a la correspondiente intervención médica - o decidan, por el contrario, no realizarla -. Pero no tanto por tratarse de un menor, sino de conformidad con lo dispuesto en los artículos 212-2.2 del Código civil de Cataluña, 7.2.a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, y 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, por referirse a un paciente - con independencia de su edad - que no es capaz de adoptar por sí decisiones autónomas¹⁵⁸⁸.

Finalmente, una cuestión todavía pendiente por resolver, muy frecuente en la *praxis* profesional médica propia de este ámbito de la intervención facultativa, yace en el hecho de que, en no pocas ocasiones, la valoración efectuada por los médicos en relación a si la decisión final adoptada por un menor, de aceptar o no someterse a un determinado tratamiento, es plenamente consciente, se resuelve con excesiva simpleza atendiendo únicamente a la coincidencia o no de voluntades entre el menor y el equipo clínico. En caso de concurrencia, por regla general, se estima, sin mayor dilación, que el menor ostenta la suficiente capacidad natural, avalada además por la evidencia de estar emancipado o ser mayor de dieciséis años, en cambio, si hubiera divergencia de pareceres la cuestión no resulta tan pacífica e incluso puede llegar a ponerse en tela de juicio la decisión acordada por el menor.

¹⁵⁸⁸ **Romeo Malanda, Sergio:** "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, págs. 1529-1530.

4.3.2.3.2. Menor entre doce y dieciséis años no emancipado

Cuando el consentimiento le corresponda prestarlo a un menor no emancipado comprendido entre los doce y los dieciséis años de edad, el tema parece complicarse. En estas situaciones, y acudiendo nuevamente a lo establecido en los artículos 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dos pueden ser las alternativas dignas de ser tenidas en consideración. En primer lugar, que el paciente menor, una vez valoradas sus condiciones personales - entendemos que por parte del personal sanitario competente, a pesar de que la Ley no lo disponga de manera explícita¹⁵⁸⁹ -, se considere que reúne el suficiente grado de capacidad intelectual y emocional para comprender por sí el alcance del tratamiento o la intervención médica sugerida¹⁵⁹⁰, en cuyo caso será a él, aunque no haya alcanzado todavía los dieciséis años, a quien corresponda emitir la declaración de voluntad autorizándolo¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁹ **Rodríguez Izquierdo, Raquel**: "La información sanitaria y la historia clínica" en **Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.)**: Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters, pág. 502, afirma que en los casos de pacientes menores de edad e incapaces será el médico el que valore la capacidad del paciente que está tratando y en caso de duda o no conformidad con la decisión del facultativo será el juez quien tendrá que llevar a cabo dicha valoración. De la misma opinión son **López-Chapa, Sara**, op. cit. pág. 128 y **Rovira, Antonio**: Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado. Pamplona, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 170. Este último autor añade que, aun reconociendo que es al médico que atiende al menor en cada caso concreto a quien le corresponde determinar si éste reúne las suficientes condiciones físicas para comprender y valorar lo que se le propone, la práctica habitual debe ser la de acudir, siempre que sea posible, a los comités asistenciales creados al efecto y, en mayor medida, que el centro sanitario desarrolle protocolos claros sobre los objetivos, forma y peculiaridades de las evaluaciones de capacidad de los menores en relación con la gravedad y trascendencia del tratamiento.

¹⁵⁹⁰ Para ello, **Sánchez Caro, Jesús y Abellán, Fernando**: Derechos y deberes de los pacientes: Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Granada, 2003, Ed. Comares, pág. 57, afirman que desde un punto de vista forense los criterios utilizados para evaluar la capacidad civil de un individuo son: el criterio cognitivo y el volitivo. El primero, supone que en el momento de la ejecución del hecho se posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos. Y el segundo, que el individuo goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío, es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad.

¹⁵⁹¹ De esta misma opinión son **Benac Urroz, Mariano**, op. cit. pág. 94 y **Santos Morón, María José**, op. cit. pág. 82.

En cambio, cuando el menor mayor de doce años y menor de dieciséis no emancipado no haya logrado un nivel de madurez y reflexión bastantes para manifestar autónomamente su consentimiento informado, este otorgamiento corresponderá a sus representantes legales, después, eso sí, de haber escuchado - derecho de audiencia - la opinión del menor al respecto. Ello no impide, no obstante, que el médico esté facultado, si lo estima pertinente, para oír al menor por debajo de la mentada edad, siempre que lo considere oportuno en atención a su interés superior. En suma, la normativa vigente estipula un mandato imperativo de audiencia mínima: todo menor que haya cumplido doce años, sea o no juicioso, debe ser escuchado; pero no impeditiva de una audiencia mayor: todo menor que tenga suficiente raciocinio, aunque no haya alcanzado los doce años, también podrá ser escuchado¹⁵⁹².

Para que la decisión del facultativo respecto del menor de edad se vea refrendada por un mínimo de garantías, será preciso, al igual que sucede en otros contextos de la intervención sanitaria, que las valoraciones se protocolicen, de forma que la subjetividad del médico quede reducida a la mínima expresión. Una buena fórmula para dar cumplimiento a ese objetivo pasaría por introducir indicadores de prudencia y cautela en la evaluación de la madurez del menor, pues juzgamos que tan reprochable es privar al menor de su derecho a decidir como atribuirle esta potestad cuando todavía no tiene capacidad para asimilar las consecuencias del acto que realice¹⁵⁹³.

¹⁵⁹² **González Mirasol, Pablo**, op. cit. pág. 1621.

¹⁵⁹³ Para facilitar esta labor del médico, en el Derecho anglosajón se proponen diversos tests o protocolos de evaluación de la capacidad de las personas para consentir el tratamiento médico. Entre los distintos criterios propuestos cabe destacar los siguientes: a) considerar capaz aquel paciente que evidencia o está en condiciones de expresar una preferencia a favor o en contra del tratamiento - *evidencing a choice* -; b) considerar capaz al paciente que, tras ser informado, adopta la decisión que una persona razonable habría tomado en sus circunstancias - *reasonable outcome of choice* -; c) considerar capaz a quien, al margen de la opción que adopte, sea capaz de apoyarla en argumentos racionales - *choiced based on rational reasons* -; d)

También el artículo 212-2.1 del Código civil de Cataluña se hace eco de la posibilidad de que una persona que no haya alcanzado los dieciséis años de edad pueda, si ostenta suficiente madurez intelectual y emocional, dar el consentimiento sanitario informado por sí misma. Este precepto, sin embargo, a diferencia de lo que acontece en las Leyes catalana 21/2000, de 29 de diciembre y estatal 41/2002, de 14 de noviembre, no efectúa alusión alguna al deber del facultativo de tener que escuchar en todo caso al menor mayor de doce años si son los representantes legales quienes, a falta de su madurez para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, deben prestar la declaración de voluntad.

Esta falta de previsión normativa no significa, en modo alguno, que esta exigencia haya desaparecido del ordenamiento civil catalán, sino que, por el contrario, aparece configurada como un principio general del derecho en el artículo 211-6 del propio Código civil de Cataluña, que bajo la rúbrica del "interés superior del menor", estipula en su punto segundo que "el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial". La misma idea es reiterada por el legislador catalán en el artículo 7.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, al disponer que "los niños y los adolescentes, de acuerdo con sus capacidades evolutivas y con las competencias alcanzadas, y en cualquier caso a partir de los doce años, deben ser escuchados tanto en el ámbito familiar, escolar y social como en los procedimientos administrativos o judiciales en los que se encuentren directamente implicados y que conduzcan a una

atender a los resultados de la evaluación de la capacidad intelectual y volitiva del paciente, a través de técnicas psicométricas - *ability to understand* -. A mayor abundamiento vid. **Simón Lorda, Pablo**: "La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas" en **Feito Grande, Lydia (Ed.)**: Estudios de bioética. Madrid, 1997, Ed. Dykinson, págs. 122 y ss.; y **García Alguacil, María José**, op. cit. pág. 105.

decisión que afecte a su entorno personal, familiar, social o patrimonial". Consecuentemente, la inclusión de esta referencia en el conjunto de preceptos que desarrollan en el Código civil catalán el régimen jurídico propio de la autonomía de la persona en el ámbito sanitario, hubiera resultado del todo innecesaria y porque no decirlo reiterativa.

Todas estas prevenciones legales denotan que nuestro ordenamiento jurídico, a falta de una presunción o habilitación legal de capacidad natural suficiente para que el menor de edad decida por sí mismo - pues la edad que ostenta le impiden la puesta en acción de tal prevención -, ha optado por tomar en consideración lo que algunos autores han calificado como el criterio de la pura voluntad natural del menor de edad, atendiendo particularmente a sus preferencias y designios¹⁵⁹⁴. En definitiva, procurar en la medida de lo posible una interpretación subjetiva del interés superior del niño, niña o adolescente. Esta misma conclusión es la que puede extraerse de los artículos 211-6.2 del Código civil de Cataluña¹⁵⁹⁵, 5.4 de la Ley del Parlamento catalán 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia¹⁵⁹⁶, 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor¹⁵⁹⁷ y 12, puntos 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹⁴ **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. pág. 138 y **Ruiz García, Juan Antonio**, op. cit. pág. 22.

¹⁵⁹⁵ Este artículo establece que "el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial".

¹⁵⁹⁶ El precepto en cuestión se pronuncia en el siguiente tenor: "Para determinar el interés superior del niño o el adolescente deben atenderse sus necesidades y sus derechos, y debe tenerse en cuenta su opinión, sus anhelos y sus aspiraciones, así como su individualidad dentro del marco familiar y social".

¹⁵⁹⁷ El artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero reconoce el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad".

De esta forma, se acata a la perfección el mandato comprendido en el artículo 6 punto segundo del Convenio de Oviedo de 1997 que manifiesta, por un lado, que "cuando un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de un representante, de una autoridad o de una persona designada por la ley"; y, de otro, que "la opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez"¹⁵⁹⁹.

Ahora bien, ello no significa que los representantes legales del menor que no ostente la necesaria capacidad natural para emitir personalmente el consentimiento informado, puedan suplir su voluntad sin más o desempeñen una verdadera función representativa o substitutiva; recordemos que, por definición, los derechos personalísimos no son susceptibles de representación en un sentido técnico-jurídico estricto. Por el contrario, sus facultades representativas se encuentran modalizadas en el caso del ejercicio de los derechos de la personalidad del menor a la exclusiva

¹⁵⁹⁸ El artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone: "1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño; 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

¹⁵⁹⁹ **Sánchez-Caro, Javier** y **Abellán, Fernando**, op. cit. págs. 58-59, nos recuerdan la indicación contenida en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, donde se establece que este último tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social - párrafo primero del artículo 9 -. Por su parte, **López-Chapa, Sara**, op. cit. pág. 129, aún reconociendo que el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, acoge el principio contenido en el artículo 6 del Convenio de Oviedo de 1997, identifica, a continuación, una notable diferencia entre ambas disposiciones. Mientras que esta última obliga al tercero interviniente a tomar en consideración la opinión del menor, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en cambio, manifiesta que lo expresado por el menor mayor de doce años no tiene por qué ser tenido en cuenta, pues la frase "después de haber escuchado su opinión" tiene un significado puramente temporal. El legislador español ha adoptado, por consiguiente, el principio de audiencia no vinculante.

realización y salvaguarda de su interés superior¹⁶⁰⁰. En atención a lo expuesto, cabe establecer ciertas pautas o criterios que conforman o delimitan las potestades de los representantes legales del menor de edad para consentir o rechazar una intervención médica en su nombre.

En primer lugar, la prestación del consentimiento por sustitución debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya de atenderse, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal - artículos 7.4 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre y 9.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre¹⁶⁰¹ -. En otras palabras, los representantes sólo están legitimados para consentir aquellos tratamientos e intervenciones que redunden en beneficio del menor. Expresamente así se expresa también en el artículo 6.1 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina: "las personas sin capacidad para consentir no podrán ser sometidas a intervención alguna sino en su beneficio directo"¹⁶⁰².

¹⁶⁰⁰ La justificación contenida en la Enmienda número 6 a la Proposición de Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, formulada por el Grupo parlamentario Mixto, concretamente por Don Carlos Aymerich Cano, resulta significativa para llegar a comprender el fundamento último del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. En esta argumentación se indica que la exigencia de consentimiento no puede entenderse como un requisito meramente formal, sino que está basado en la dignidad de la persona y en su autonomía, y del mismo modo, la justificación de que la exigencia de consentimiento se vea parcialmente limitada en el caso de menores, no está fundada en un derecho o potestad de los padres o tutores, sino que está amparada en la protección de los menores y siempre en su propio interés. Vid. en este sentido **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B, núm. 134-12, de 27 de septiembre de 2001**, enmienda núm. 6, pág. 12.

¹⁶⁰¹ Cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del menor y no sea posible conseguir su autorización o la de sus representantes legales, los médicos deberán realizar las actuaciones clínicas indispensables en interés de su salud - artículos 7.1.b) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre y 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁶⁰² Esta misma idea la subrayan **Palomares Bayo, Magdalena y López y García de la Serrana, Javier (Coords.)**: El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial. Granada, 2002, Ed. Comares, págs. 115-116.

En segundo término, la decisión adoptada por el representante legal del menor de edad podrá ser sometida a control judicial cuando se considere contraria a sus intereses. Asimismo, las discrepancias que puedan surgir entre el parecer de los representantes legales del menor de edad y el responsable médico o la institución sanitaria deberán, igualmente, resolverse por la autoridad judicial competente¹⁶⁰³. Y otro tanto deberá proceder en caso de inactividad injustificada por parte del

¹⁶⁰³ Citar a título de ejemplo el Auto **de la Audiencia Provincial de Huelva, Sala de lo Penal, de 6 de marzo de 1995** - ARP\1995\1149 - que desestimó el recurso planteado por unos padres contra una resolución del Juzgado de Instrucción que autorizaba la práctica de una transfusión sanguínea a una de sus hijas recién nacida. En la citada resolución se declara que "el presente caso reviste además una singular particularidad en cuanto la colisión se produce, no entre derechos pertenecientes a una misma persona, sino entre el derecho a la libertad religiosa de un progenitor y el derecho a la vida de su hija recién nacida, sobre la que aquél ostenta la patria potestad con el conjunto de facultades y deberes a ella inherentes, y su representación legal, pero a pesar de la cual el Juez debe dictar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios" - Fundamento Jurídico segundo -. Esta decisión judicial es comentada por **López Bofill, Héctor**: "Transfusiones, menores y Testigos de Jehová. La libertad religiosa en un caso extremo (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. III, 2003, págs. 753-758; y por **López Castillo, Antonio**: La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. Cizur Menor, 2002, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi, pág. 78. Frente a la escasez de sentencias dictadas por nuestros tribunales en relación con los conflictos suscitados entre los representantes legales de un menor y el cuerpo médico que lo atiende, debemos destacar la **Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos** en el caso **Glass v. the United Kingdom, de 9 de marzo de 2004** Esta resolución, dictada a raíz del tratamiento de diamorfina - heroína - administrado a un menor discapacitado, que se encontraba gravemente enfermo, contra la voluntad de su madre, que alegó que la decisión adoptada por los médicos responsables vulneraba el derecho del hijo a la integridad. El niño había sido ingresado en el hospital, aquejado de problemas respiratorios de tal entidad que los dos médicos que le atendieron dudaban que pudiera sobrevivir, por lo que consideraron necesaria la administración de diamorfina. A pesar de que la madre y otros familiares se opusieron, por estimar que el niño no se estaba muriendo, la indicada sustancia le fue administrada, si bien los médicos precisaron que "el uso de morfina no es eutanasia". La madre alegó ante la Corte Europea de Derechos Humanos que el menor había sido objeto de agresión, al serle inyectada heroína sin que ella consintiera, añadiendo que un miembro de la policía que se encontraba en el hospital le comunicó que sería detenida si intentaba llevárselo a casa sin permiso del centro. El estado del menor se agravó, por lo que la madre y otros familiares pidieron que dejara de administrársele diamorfina, a lo que uno de los médicos replicó que sólo sería posible si la familia se comprometía a no utilizar técnicas de reanimación. Lejos de llegar a un acuerdo, hubo una disputa entre la familia y los facultativos, en el transcurso de la cual la madre consiguió reanimar al niño, que mejoró y pudo regresar a casa. El hospital no facilitó ningún tipo de ayuda médica, comunicando a la madre por carta que no readmitirían al niño en el centro en el caso de que empeorara. Aquélla demandó al hospital por lo sucedido, sin obtener satisfacción a su pretensión ni en primera ni en segunda instancia. Recurrió entonces ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su propio nombre y en el de su hijo. Finalmente, el Tribunal consideró que, con su conducta, los médicos y el hospital habían vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que protege el derecho de toda persona a que sean respetadas su vida privada y su familia.

representante legal del menor¹⁶⁰⁴. En este sentido se pronuncia con claridad el artículo 212-2.4 del Código civil de Cataluña al prever que "si las personas llamadas a dar consentimiento por sustitución se niegan a darlo, la autoridad judicial puede autorizar la intervención a solicitud del facultativo responsable y en interés de la persona que no puede consentir".

Por último, regresando nuevamente al análisis de las prescripciones contenidas en los artículos 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, nos restan todavía por resolver dos cuestiones de particular incidencia práctica. De una parte, evidenciar las verdaderas dificultades que se suscitan al tratar de concretar qué debe entenderse por condiciones de madurez, teniendo en cuenta que este concepto jurídico indeterminado no tiene por qué ser el mismo en todo tipo de actos médicos, pues habrá algunos que por su complejidad precisen de un mayor discernimiento que otros - no es lo mismo aceptar o rechazar un tratamiento banal, por ejemplo una vacuna, que una intervención quirúrgica de cierta entidad -¹⁶⁰⁵. Por otro lado, la Ley tampoco resuelve con suficiente certeza a quién compete, en cada caso, delimitar si el menor de edad reúne o no las suficientes condiciones intelectivas y volitivas, pudiendo atribuirse tal prerrogativa a los representantes legales, al médico o a una decisión judicial. A nuestro parecer, no hay duda de que se trata del facultativo, por analogía con lo indicado tanto en el artículo 7.2 apartado a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre,

¹⁶⁰⁴ La misma posición es la adoptada por el punto cuarto del artículo 14 del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, al constatar que "cuando los representantes legales tomen una decisión que, a criterio del médico, sea contraria a los intereses del representado, el médico solicitará la intervención judicial".

¹⁶⁰⁵ En el plano psicológico, el menor de edad es considerado maduro si muestra un nivel de diferenciación psicológica suficiente para saber qué quiere; entender que otros pueden querer algo diferente; detectar y tener recursos para tolerar y afrontar situaciones de conflicto; y guiar sus acciones a partir de la reflexión. En este sentido se pronuncia el **Comité de Bioética de Cataluña**: La persona menor de edad en el ámbito de la salud. Noviembre, 2009, págs. 15-16.

como en el artículo 9.3 letra a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ya que es la valoración del profesional responsable de la asistencia al enfermo la que aprecia en qué casos el paciente no es capaz de tomar decisiones¹⁶⁰⁶. En esta línea también se pronuncian, tanto el artículo 13 del Código de Deontología del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, como el inciso final del artículo 14.2 del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, al hacer hincapié en que la valoración del grado de madurez de los individuos supone para el médico "una responsabilidad ética".

4.3.2.3.3. Menor de doce años

A pesar de la oscura e incierta dicción del artículo 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre - comentario perfectamente extensible al artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, parece que este precepto esté aceptando, para el caso de los menores de doce años, una presunción de falta de capacidad natural. Es decir, se sobrentiende que un niño o niña por debajo de su decimosegundo aniversario, salvo que se pruebe expresamente lo contrario, no está en situación o en condiciones de permitir por sí solo un tratamiento o intervención médica, sino que tendrán que ser sus representantes legales quienes obren al efecto, sin que ni tan siquiera sea preceptivo escuchar al menor. Únicamente si el facultativo lo reputa como necesario se dará audiencia al niño o niña por debajo de dicha edad.

¹⁶⁰⁶ De esta misma opinión es **Romeo Malanda, Sergio**: "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en Revista La Ley, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, pág. 1529, quien considera que será el médico que atiende al paciente menor en cada caso concreto el que deba determinar si éste reúne las condiciones de madurez para aceptar su decisión o, por el contrario, si deberá pedir el consentimiento de sus representantes legales. Este mismo autor reitera su opinión en **Romeo Malanda, Sergio**: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario" en Diario La Ley, núms. 5185 y 5186, de 16 y 17 de noviembre de 2000, Tomo VII, D-251, pág. 1456.

4.3.3. El derecho de confidencialidad de las personas menores de edad en el ámbito sanitario

De lo analizado hasta el momento se desprende que, a tenor de lo establecido en nuestro sistema normativo, el informe de asistencia debe facilitarse a los calificados como menores maduros. Si el titular del derecho a la información es el propio paciente, si toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley, la conclusión a la que llegamos debe ir en el sentido apuntado¹⁶⁰⁷.

Precisamente de esta suerte se pronuncian, siempre atendiendo a la edad y grado de madurez que presente el menor, los artículos 44.2.d) de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia; 3.1 y 3.3 *a contrario* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; 5.1 y 5.3 *a contrario* de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; y, 5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

¹⁶⁰⁷ En palabras de **Abel Lluch, Xavier**: "El derecho de información sanitaria" en Revista La Ley, núm. 5698, de 16 de enero de 2003, no existe una previsión legal específica en este sentido. Así, en el caso del derecho a la información asistencial sugiere los siguientes criterios interpretativos: a) Menores mayores de dieciséis años: como regla general, tienen derecho a la información sanitaria; b) menores de dieciséis años: como regla general, la información deberá prestarse a sus familiares o representantes legales; c) menores incapaces: las mismas reglas que a toda persona incapaz; d) menores emancipados: son titulares del derecho a la información sanitaria.

A mayor abundamiento, cabe indicar que resulta razonable pensar que si el menor mayor de dieciséis años o emancipado tiene capacidad para consentir sobre la aplicación de un tratamiento sanitario, debe obviamente también tenerla para ser sujeto pasivo de la información previa necesaria y consiguientemente ha de ser el destinatario del documento en que se deje constancia de la asistencia prestada. Exactamente lo mismo debe predicarse de los menores de edad que no hayan alcanzado todavía los dieciséis años si, a juicio del facultativo, reúnen la suficiente capacidad natural para actuar autónomamente.

A partir del decimosexto aniversario, tal y como ya hemos evidenciado, la relación sanitaria se establece entre el médico y el paciente menor de edad. Los artículos 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, 3.1 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y 212-1.2 del Código civil de Cataluña, establecen que "el titular del derecho a la información es el paciente" y que a él compete el derecho a permitir y autorizar, de manera expresa o tácita, el acceso a la información concerniente a su salud. Este mandato legal, además, adquiere especial trascendencia cuando está referido a las personas vinculadas al menor, por razones familiares o de hecho. Luego el menor de edad puede decidir excluir a sus progenitores de la información sanitaria¹⁶⁰⁸.

Por consiguiente, con carácter general, el deber de confidencialidad también preside las relaciones de los profesionales sanitarios con el menor capaz o maduro, pero no tiene, entendemos, un carácter absoluto e ilimitado cuando se trata de los padres o tutores. Así, los facultativos, además de tener en cuenta las previsiones legales respecto a la edad, también deben valorar, entre otras circunstancias, la situación de

¹⁶⁰⁸ Entiende **Navarro Michel, Mónica**, op. cit. pág. 66, que parece evidente que cuando el adolescente va al médico acompañado de sus padres existe un consentimiento tácito a que el facultativo revele, a los padres también, la información médica.

hecho ante la que se encuentran, la información concreta de la que disponen y el riesgo que asume la persona menor con su decisión.

Si realizada esta ponderación, el cuerpo médico determina que el menor reúne la capacidad y el raciocinio suficientes para decidir autónomamente sobre una intervención o tratamiento en el ámbito de su salud y se opone, además, a que se informe de ello a sus progenitores o tutores, el profesional, en principio, ha de priorizar el deber de respeto a esa voluntad y mantener la confidencialidad.

Sin embargo, esta regla ordinaria de actuación presenta varias excepciones. La primera de ellas, se circunscribe a aquellas situaciones médicas que puedan llegar a desentrañar un riesgo real para un tercero si éste no es puntualmente informado de la misma. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un menor al que se diagnostica una enfermedad de carácter contagioso. Los criterios o indicadores a tener en consideración para no mantener la confidencialidad ante tales circunstancias son fundamentalmente los citados a continuación: la gravedad del perjuicio que el silencio pudiera llegar a ocasionar - criterio de la proporcionalidad -; la probabilidad de que efectivamente tal eventualidad termine ocurriendo - criterio de la verosimilitud -; la posibilidad de identificar a las víctimas potenciales del menoscabo - criterio del reconocimiento -; su inminencia - criterio de la temporalidad -; la certeza de que una comunicación o intervención podrá disminuir la amenaza y su gravedad - criterio de la actuación -; y, finalmente, la constatación de que el propio paciente sea el agente causante del daño - criterio de la causalidad -. La revelación de la información imprescindible, en tales casos, deberá hacerse con total discreción y únicamente a quien corresponda.

La segunda de las salvedades está prevista para cuando concurra un grave riesgo para la salud o la vida del menor, en cuyo caso, y de acuerdo con lo prescrito en el artículo 9.3.c *in fine* de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, los padres serán informados y su opinión considerada para la toma de la decisión correspondiente. Algunos autores han calificado esta regla de *distorsionadora*, dado que, parece no tener en cuenta la capacidad del menor y sí sólo, en cambio, la gravedad que la actuación médica puede acarrear para su vida o bienestar. En definitiva, el mencionado precepto no altera la capacidad de toma de decisiones médicas - que seguirá perteneciendo al menor - pero sí da a entender que en caso de grave riesgo, los padres tienen una especie de "derecho a saber" y "a ser oídos". La atribución de estas facultades encuentra su razón de ser en el principio del interés superior del menor y en la obligación que recae sobre los titulares de la potestad parental de obrar siempre en beneficio de los hijos y procurar el desarrollo integral de su personalidad.

Si bien es cierto que los artículos 211-5, 222-47.2.a) y 236-18.2.a) del Código civil de Cataluña excluyen de la de la tutela y de la potestad parental la representación legal en lo referente a los "actos relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa", ello no es óbice, sin embargo, para negar su responsabilidad de velar y cuidar de la persona menor de edad hasta su efectiva emancipación. Apuntado esto, los progenitores o en su defecto el tutor se verán imposibilitados de poder cumplir con garantías las obligaciones atribuidas para con sus hijos y prestarles la asistencia debida si no tienen ni tan siquiera acceso a ciertas cuestiones relacionadas con su salud. Pongamos, *ad exemplum*, la situación de un menor de edad que presenta un cuadro de anorexia nerviosa¹⁶⁰⁹.

¹⁶⁰⁹ Sobre esta situación véase **Miralles González, Isabel**: "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles" en Revista Jurídica de Cataluña, nº. 3, 1999, págs. 715-724 y

La tercera de las excepciones al deber de confidencialidad de los profesionales sanitarios se da en todas aquellas situaciones en que haya claras evidencias de que el menor es o haya sido víctima de un delito de maltrato, agresión o abuso sexual, siempre y cuando dicha violencia no provenga, justamente, de su núcleo familiar. En este caso, a pesar de la negativa del menor, se pondrán en funcionamiento los protocolos de atención a la infancia maltratada y se comunicará debidamente a los parientes no abusadores, a la Fiscalía de menores y al organismo autonómico competente en materia de infancia y adolescencia - en Cataluña, la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia -.

En cuarto y último término, el deber de confidencialidad también decae si existen motivos de salud pública que así lo aconsejen. La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, permite adoptar mandatos contra la voluntad de los individuos por razones sanitarias de urgencia o necesidad. Las actuaciones que se pueden adoptar al amparo de esta norma son reconocimientos médicos y tratamientos obligatorios, hospitalización forzosa, controles sanitarios, vacunaciones. Estas medidas limitadoras del derecho fundamental a la libertad deben ser empleadas de forma absolutamente excepcional.

4.3.4. La interrupción voluntaria del embarazo de las adolescentes

Al margen de consideraciones éticas o morales, lejos del enfrentamiento político acerca de la idoneidad o no de la despenalización absoluta del aborto, obviando también el debate más biológico o fisiológico sobre el momento exacto en el que puede afirmarse la existencia de vida humana, una de las cuestiones que tradicionalmente ha causado o levantado mayor revuelo social, posiblemente

Vázquez-Pastor Jiménez, Lucía: "La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa" en Revista de Derecho Privado, septiembre-octubre 2007, págs. 19-58.

provocado o facilitado, en parte, por la deficiente regulación legal existente en la materia, es el asunto relacionado con la capacidad de las adolescentes para poder decidir autónoma y libremente, sin necesidad de autorización parental alguna, el proseguir o poner fin a su embarazo. La doctrina civil y penal se ha ido pronunciado al respecto, al igual que lo han hecho nuestros jueces y tribunales, encontrando opiniones de todas las tendencias.

Precisamente para hacer frente a esa situación de indefinición normativa, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo¹⁶¹⁰, ha venido a fijar una regla estable - objetiva - que acabe con la mentada controversia. A partir de su entrada en vigor, las menores de dieciséis y diecisiete años ostentan, sin ningún género de dudas, plena capacidad para resolver por sí continuar o no con la gestación del embrión. Cuestión distinta será que con independencia de la literalidad de la aludida norma, nos planteemos la posibilidad de que una menor de edad, que ni tan siquiera haya alcanzado los dieciséis años de edad, pero cuente, en cambio, con la capacidad natural suficiente como para comprender y asumir la importancia y trascendencia de la decisión tomada, deba o no otorgársele, a la luz del Derecho hoy día vigente, la facultad de actuar con plena autonomía cuando de poner fin a su embarazo se trate.

No obstante, antes de proceder al estudio detallado de las previsiones normativas emanadas de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, nos parece indicado detenernos, ni que sea brevemente, en el examen del panorama legislativo imperante en el preciso instante en que fue aprobada la citada norma orgánica¹⁶¹¹. Esta visión

¹⁶¹⁰ Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 4 de marzo de 2010.

¹⁶¹¹ Contra esta norma se han alzado dos recursos de inconstitucionalidad. Por un lado, el interpuesto por diputados del Grupo parlamentario popular, que, sin impugnar la reforma penal, cuestiona algunos aspectos que condicionan la nueva regulación, tales, como, entre otros, la educación sanitaria integral y con perspectiva

retrospectiva deberá permitirnos alcanzar a comprender, con mayor facilidad, cuáles han sido las principales motivaciones que impulsaron a nuestro legislador a presentar el actual redactado del apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, así como, al mismo tiempo, ayudarnos a interpretar, adecuadamente, el efectivo alcance de sus palabras. Una vez efectuada esta operación, estaremos en perfecta disposición para abordar el análisis pormenorizado de las particularidades introducidas en sede de consentimiento informado por el texto de la Ley Orgánica; sin olvidar, por supuesto, la necesidad de indagar en la verdadera incidencia que su entrada en vigor ha supuesto para el Derecho catalán.

4.3.4.1. Situación previa a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

En relación con el aborto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, regía en el ordenamiento jurídico español un sistema calificado como "de indicaciones", en virtud del cual, como criterio ordinario de actuación, se configuraba la interrupción voluntaria del embarazo como un hecho delictivo¹⁶¹². No obstante, y a modo de excepción a esa regla general, se admitían,

de género sobre salud sexual y salud reproductiva - artículo 5.1. e) -, la formación del personal sanitario - artículo 8 -, la interrupción voluntaria del embarazo como derecho - artículo 12 -, el plazo para proceder al aborto por el sólo deseo de la mujer - artículo 14 -, las causas médicas que la aconsejen - artículo 15 -, la información previa al consentimiento informado para la interrupción voluntaria del embarazo - artículo 17. 2 y 5 -, y, finalmente, la práctica pública del aborto - artículo 19.2. Por su parte, el Gobierno de Navarra ha recurrido exclusivamente la obligatoriedad de las comunidades autónomas de garantizar la práctica del aborto en su territorio - Disposición final quinta -.

¹⁶¹² Para **Laurenzo Copello, Patricia**: El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Madrid, 2005, Ed. Fundación Alternativas, pág. 5, el sistema de indicaciones que consagra el artículo 417 bis del Código Penal aparece como una opción político-criminal muy poco coherente con el espíritu general de reconocimiento y respeto de la autonomía de la mujer que sigue la actual legislación española, porque se trata de un modelo en el que la mujer es relegada a un papel meramente pasivo de peticionaria de una prestación médica, dejando la decisión sobre la oportunidad de la interrupción del embarazo en manos de terceras personas.

acto seguido, en nuestro Código Penal una serie de situaciones de conflicto que permitían a la mujer optar por no proseguir con su estado de gravidez¹⁶¹³. El aborto dejaba, en consecuencia, de ser punible cuando era realizado por un médico o bajo su dirección en centro público o privado, con consentimiento expreso de la gestante y con la concurrencia de alguna de las indicaciones legalmente prefijadas, a saber, la terapéutica, la eugenésica y la ética o criminológica.

Por lo que a cuestiones de capacidad se refiere, la normativa aplicable en la materia, y más concretamente el artículo 417 bis del antiguo Código penal - Texto Refundido publicado por el Real Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre¹⁶¹⁴ -, no demandaba a la mujer para la práctica del aborto la mayoría de edad¹⁶¹⁵. De hecho, el precepto en cuestión no recogía previsión alguna acerca de los requisitos subjetivos exigidos para la validez del consentimiento, asunto particularmente arduo cuando de una menor embarazada se trataba¹⁶¹⁶. El Tribunal Constitucional en su célebre sentencia 53/1985, de 11 de abril - RTC\1985\53 -, si bien apuntaba el problema de la validez

¹⁶¹³ Nos recuerda **Lama Aymá, Alejandra (de)**, op. cit. pág. 332, que al sistema de indicaciones se suele contraponer el sistema del plazo por el cual el aborto sería legal siempre y cuando se respetaran determinados plazos normativamente establecidos sin necesidad de ningún otro requisito. Por su parte, **Laurenzo Copello, Patricia**: "Reflexiones sobre la reforma del aborto" en Actualidad Penal (La Ley), núm. VII, 1994-1, págs. 117-148

¹⁶¹⁴ Precepto éste expresamente salvado de la derogación a tenor de lo estipulado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

¹⁶¹⁵ En tales circunstancias **Dolz Lago, Manuel Jesús**: "Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?" en Actualidad Penal, núm. 29, 1996, pág. 547 defiende que si hay una ley que da validez al consentimiento de la mujer sin distinguir si es mayor o menor de edad, habrá que admitir que la menor tiene autonomía para realizar ese acto por sí misma, como ocurre con el artículo 417 bis del Código Penal al referirse al consentimiento expreso de la mujer embarazada, habiéndose querido con ello equiparar a todas las mujeres, mayores o menores de dieciocho años. Idéntica opinión es la mantenida desde la perspectiva penal por **Laurenzo Copello, Patricia**: El aborto no punible. Barcelona, 1990, Ed. Bosch, pág. 122.

¹⁶¹⁶ **Laurenzo Copello, Patricia**: El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. Madrid, 2005, Ed. Fundación Alternativas, págs. 54-56, nos recuerda como en el supuesto del aborto, el silencio legal significó una fuente más de inseguridad jurídica para los médicos y clínicas autorizadas para la práctica de interrupciones de embarazo, al tiempo que supuso, en la práctica, una importante restricción a la libertad e intimidad de las menores embarazadas, generalmente obligadas por las circunstancias a someter su decisión de abortar en los casos legalmente indicados a la opinión y anuencia de sus representantes legales.

del consentimiento emitido por las menores, tampoco terminaba de definirse claramente sobre el asunto, pues afirmaba que "en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, se podrá aplicar la regulación establecida por el derecho privado" - Fundamento jurídico decimocuarto -.

Frente a esa falta de pronunciamiento expreso, y para dar contenido a ese vacío legal, fueron varias las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se vertieron al efecto. En este sentido, es conveniente deslindar entre dos etapas claramente diferenciadas en el tiempo, cuyo punto de inflexión viene marcado por la aprobación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, con sus antecedentes catalán - Ley 21/2000, de 29 de diciembre -, y gallego - Ley 3/2001, de 28 de mayo -¹⁶¹⁷, que por primera vez abordaron de modo explícito en España el asunto que nos ocupa¹⁶¹⁸.

4.3.4.1.1. El régimen anterior a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y a la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre

Hasta la entrada en vigor de estas normas, las opiniones de los autores distaron mucho de ser uniformes, si bien una tendencia visiblemente mayoritaria abogaba por dar primacía al criterio individualizador de la capacidad natural de juicio, a tenor del cual se consideraba bastante la declaración de voluntad emitida por la mujer menor

¹⁶¹⁷ **Lema Añón, Carlos**: "Sobre el consentimiento de los menores para la interrupción voluntaria del embarazo" en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, marzo 2002, pág. 34, pone de manifiesto, refiriéndose a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que hay que hacer notar que su contenido es idéntico a la ya vigente Ley 21/2000, de 29 de diciembre del Parlamento catalán. También hay que señalar, prosigue el autor, que el Parlamento de Galicia aprobó la Ley 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, que en cierto modo también sigue la línea del texto catalán. También pone el acento sobre esa falta de novedad atribuible al texto de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, **González Mirasol, Pablo**, op. cit. pág. 1620.

¹⁶¹⁸ Igualmente se hace eco de este tema la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón - artículo 14.1 *in fine* -.

de edad para autorizar la práctica abortiva, siempre y cuando reuniera las condiciones intelectivas mínimas para comprender el verdadero sentido y alcance de la correspondiente intervención facultativa¹⁶¹⁹.

Sobre la base de este principio general, la doctrina científica se inclinó por reconocer validez al consentimiento prestado por las adolescentes, al menos una vez cumplidos los dieciséis años, sin descartar edades más precoces si así lo demandaba el grado de raciocinio de la gestante¹⁶²⁰. Si, por el contrario, el juicio médico sobre la menor concluyera con una valoración negativa acerca de las aptitudes intelectivas y volitivas de la misma, su declaración de *voluntas* sería inválida e ineficaz y resultaría indispensable la aquiescencia de sus representantes legales, siempre en función del deber que ostentan de velar por el bienestar de la adolescente que se encuentra bajo su potestad o tutela y no en virtud de sus propios intereses e ideologías.

¹⁶¹⁹ Son de esta opinión, **Dolz Lago, Manuel Jesús**, op. cit. pág. 548; **Arroyo Zapatero, Luís**: "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización" en Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XI, 1988, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, pág. 14; **Romeo Casabona, Carlos María**: El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. Madrid, 1994, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 336; **Santos Morón, María José**: Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen. Madrid, 2000, Ed. Escuela Libre, págs. 162 y 165; **Lema Añón, Carlos**, op. cit. pág. 35; y, **Romeo Malanda, Sergio**: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario" en Revista La Ley, núm. 5185 y 5186, de 16 y 17 de noviembre de 2000, Tomo VII, D-251, pág. 1460.

¹⁶²⁰ No obstante, también podían encontrarse opiniones diversas que se alejaban de la postura dominante. Para algunos autores, la menor no podía consentir el aborto en ningún caso. En este sentido se pronunciaron, por ejemplo, **Landecho Velasco, Carlos María** y **Molina Blázquez, Concepción**: Derecho Penal Español. Parte Especial, 2ª edición. Madrid, 1996, Ed. Tecnos, pág. 66; **Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel**: "La minoría madura", IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario-Fundación MAPFRE Medicina. Madrid, 1998, pág. 89; y, **Serrano Gómez, Alfonso**: Derecho Penal. Parte Especial, 7ª edición. Madrid, 2002, Ed. Dykinson, pág. 88. Otros, en cambio, mantenían que la capacidad requerida para consentir era la equivalente a la imputabilidad. Entre ellos, **Bajo Fernández Miguel**: Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. Madrid, 1991, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 120; y, **González Rus, Juan José** en **Cobo del Rosal, Manuel (Dir.)**: Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Madrid, 2000, Ed. Marcial Pons, pág. 84. Finalmente, un tercer grupo más minoritario lo equiparaba a la edad prevista por el ordenamiento jurídico para contraer matrimonio, esto es a los catorce años. Entre ellos vid. **Muñoz Conde, Francisco**: Derecho Penal. Parte Especial, 11ª edición. Valencia, 1996, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 83.

Es más, esta tesis contaba incluso con un claro antecedente en nuestro Derecho histórico¹⁶²¹. Precisamente, la Ley de la Jefatura del Estado de 24 de enero de 1941, sobre protección de la natalidad y contra el aborto¹⁶²², establecía en su artículo 3 una pena atenuada para "el que causare el aborto a una mujer con su consentimiento", frente a la aplicable en los supuestos de hecho en que la mujer "por su edad o por otra causa, careciere de capacidad para consentir o si la declaración de voluntad se obtuviere mediante violencia, intimidación, amenaza o engaño". Ahora bien, esta Ley de 1941 no delimitaba con exactitud a partir de qué instante cabía entender que la mujer ostentaba tal facultad. Advertida esta laguna por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 1941, sobre aplicación de la referenciada Ley, pareciera extraerse de sus palabras una predisposición favorable a cubrir esa carencia acudiendo al principio rector de la capacidad natural:

"Sería incapaz para consentir la mujer privada de razón o de sentido. En cuanto a la edad necesaria para consentir, el problema ofrece verdadera dificultad, que sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo llegará a vencer.

No se trata de consentir en negocios jurídicos, para los que la Ley civil determina las edades y estado en que la mujer tiene capacidad de obrar, completa o relativa, al negocio de que se trate. Ni de su capacidad como sujeto activo imputable de delito, con responsabilidad plena o atenuada. Ni de su capacidad como sujeto pasivo para ejercitar la acción penal, denunciar, perdonar en los delitos privados, etcétera.

¹⁶²¹ Vid. en este sentido **Bosch Marín, Juan** y **Blanco Otero Manuel**: Derecho infantil y familiar español. Madrid, 1945, Gráficas González, pág. 189.

¹⁶²² Boletín Oficial del Estado de 2 de febrero de 1941.

Parece que esta capacidad ha de provenir de las condiciones psicológicas de la mujer e investigarse en la esfera de la inteligencia y de la libertad, por lo que ninguna edad precisa puede señalarse, del mismo modo que en el Código Penal de 1870 había un periodo en la vida del hombre en que, según su desarrollo mental - el discernimiento - , tenía o no condiciones de imputabilidad".

A mayor abundamiento, la propia jurisprudencia de la época vino a reconocer implícitamente esta línea interpretativa al castigar, en más de una ocasión, por delito de "aborto consentido" ciertos asuntos en los que había implicadas adolescentes - en algún caso incluso de catorce años de edad -, por encontrarse fuera de los supuestos despenalizados previstos en el artículo 417 bis del Código Penal. De haberse puesto en tela de juicio la aptitud real de las menores para consentir, la calificación correcta hubiese sido la más grave de "aborto sin consentimiento" estipulada en el artículo 144 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁶²³.

Sin ir más lejos, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1991 - RJ\1991\464¹⁶²⁴ -, desestima el recurso de casación presentado por un doctor especialista en ginecología y partos por considerar que había resultado probada su implicación en la práctica de una interrupción voluntaria de embarazo a una menor que contaba, en el momento de la intervención, con catorce años de edad. Los hechos se iniciaron cuando uno de los procesados, primo hermano de la menor, entonces de cincuenta años de edad, mantuvo reiterados accesos carnales con la adolescente. Tras dejarla embarazada, extremo éste que el encausado comprobó

¹⁶²³ Este precepto se pronuncia del siguiente tenor literal: "El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años de inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años. Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño".

¹⁶²⁴ **Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo Penal -, de 30 de enero de 1991 - RJ\1991\464 -.**

personalmente, llevando una muestra de la orina de la menor a una farmacia del municipio donde residía, cuyo análisis dio positivo, la persuadió para que abortara.

Para proceder a tal intervención el procesado contactó, a través de una camarera de un bar que solía frecuentar, con un doctor especialista en ginecología y partos de la ciudad de Málaga. El día de autos el encausado y la menor se personaron en la consulta del mentado facultativo, quien tras previo reconocimiento de la misma y una vez aplicada una leve anestesia, procedió sin más, siguiendo el método de la aspiración uterina bajo vacío, a la extracción del coágulo embrionario, recibiendo como contraprestación a sus servicios la cantidad de 35.000 pesetas. Lo verdaderamente destacable de esta resolución es que más allá de confirmar sendas condenas - por tratarse de una práctica de aborto fuera de los supuestos despenalizados -, en ningún momento se cuestiona la capacidad de autogobierno de la adolescente para consentir la interrupción voluntaria de su embarazo; circunstancia no baladí, pues de ello dependía que el tipo delictivo aplicable al caso concreto fuera más o menos agravado.

En otra ocasión, el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 1991 - RJ\1991\8553¹⁶²⁵-, tuvo nuevamente la oportunidad de reiterarse en esa lógica argumentativa. En este caso, una menor en estado de gravidez, como consecuencia de la relación amorosa mantenida con un amigo, decidió, *motu proprio*, no proseguir con su gestación. A través de su madre y de una vecina contactó con un médico que mostró su predisposición para intervenirla. Durante el transcurso de la operación quirúrgica se produjo en la menor un shock séptico consecutivo a unas maniobras traumáticas intrauterinas, que unido a complicaciones postoperatorias determinaron su fallecimiento. El tipo delictivo aplicado por el *Juez*

¹⁶²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo Penal -, de 25 de noviembre de 1991 - RJ\1991\8553 -.

penal, que vino a ser confirmado por el Supremo, fue el que sanciona al sujeto que obrando con el consentimiento de la mujer embarazada realiza ejercicios o manipulaciones que producen la expulsión prematura del producto de la gestación. Observamos, por tanto, como, una vez más, parece aceptarse tanto por los órganos judiciales *a quo* como *ad quem* que no es preciso que la mujer haya alcanzado la mayoría de edad para restar habilitada para consentir libre y autónomamente no continuar con su embarazo.

En último término, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 20 de abril de 2002 - ARP\2002\507¹⁶²⁶ -, relativa a una menor de dieciséis años a la que practicaron un aborto en una clínica privada, confirmó la validez de su consentimiento para la práctica de dicha intervención y negó que fuera imprescindible la declaración de voluntad de sus progenitores. En el caso de autos, se acusó al médico que practicó la operación y al gerente de la clínica del delito tipificado en el artículo 144.1 del Código penal. Esto es, la práctica de un aborto "sin el consentimiento de la mujer". Aunque la Audiencia consideró que el comportamiento de los acusados era delictivo, entendió que lo era por no darse ninguna de las indicaciones previstas en el artículo 417 bis del Código penal anterior, pero no por la falta de concurrencia de un consentimiento válidamente emitido. Se afirma en esta resolución que, dado que el artículo 144.1 del Código penal no especifica nada en torno a la capacidad de la interesada, hay que acudir a otras normas, debiendo tenerse en cuenta el artículo 162 del Código civil español que excluye del ámbito de la representación legal el ejercicio de los derechos de la personalidad del hijo cuando éste reúne suficientes condiciones de madurez - Fundamento jurídico segundo -.

¹⁶²⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga - Sección Tercera -, núm. 49/2002, de 20 de abril - ARP\2002\507 -.

En definitiva, hasta la aprobación de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica - y con posterioridad la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de sus derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón -, el criterio general a seguir respecto del consentimiento de la menor de edad, en caso de interrupción voluntaria del embarazo, parecía ser, al menos desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, el de atender a su grado de madurez y capacidad real de intelecto.

4.3.4.1.2. El régimen posterior a la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y a la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre

La apuntada tendencia favorable a otorgar relevancia a la capacidad natural de las personas menores de edad, se vio claramente perturbada con la entrada en vigor de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y la ulterior Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre - amén del resto de legislaciones autonómicas sobre la materia -, y no porque tales disposiciones vinieran a restringir, en términos generales, la validez de las declaraciones de voluntad emitidas por los menores de edad en las intervenciones clínicas¹⁶²⁷. Por el contrario, como principio ordinario,

¹⁶²⁷ Caso aparte significó la aprobación de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. Esta norma autonómica, en su redacción originaria, no partió de una regla general de consentimiento personal con excepciones subjetivas - cuando el menor no sea capaz de comprender intelectual o emocionalmente el alcance de la intervención - y objetivas - en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y reproducción asistida -. Por el contrario, antes de la reforma que sufrió su texto en el año 2005, se mantenía en todos los supuestos el criterio de la mayoría de edad. De hecho se llegaba a afirmar que "el derecho al consentimiento correspondía a su padre, madre o representante legal" - artículo 6.b) -. Únicamente, si el menor reunía las condiciones de

ambas normas reconocen plenas facultades para validar las actuaciones médicas a los menores con dieciséis años cumplidos, así como a aquellos otros que sin haber alcanzado esa edad mínima reúnan capacidad intelectual y emocional suficientes como para comprender el alcance real de la actuación facultativa - artículos 7.2.d) de la Ley catalana y 9.3.c) de la Ley básica estatal¹⁶²⁸ -. Sólo cuando no se dé esa situación entra en juego el llamado consentimiento por sustitución - en palabras de la Ley catalana - o por representación - utilizando terminología de la Ley estatal -, prestado por los representantes legales del menor, atendiendo siempre al interés de aquél y no a sus propias convicciones personales. Tratándose de mayores de dieciséis años, su consentimiento es válido incluso respecto de actuaciones que supongan "grave riesgo", si bien, en estos casos, el médico debe informar a los progenitores - tutores, en su caso - y ha de tener en cuenta su opinión para tomar la decisión que corresponda.

Posiblemente el auténtico problema de fondo, regresando nuevamente al tema de la interrupción voluntaria del embarazo, radicó en la particular valoración que se irrogó al redactado del artículo 9.4 de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre -

madurez adecuadas debía ser simplemente informado, pero nada más. Ante tal tesitura, las posteriores matizaciones que recogía el propio artículo 6. b) de que el menor debía intervenir "en la medida de lo posible" en el procedimiento de autorización o que su opinión podía "ser tenida en consideración" se convirtieron en irrelevantes y vacías de cualquier contenido. Posteriormente, la Ley gallega 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, vino a alterar esa situación. El nuevo texto del ahora artículo 6.c) de la Ley, adopta el criterio de procurar una intervención del menor lo más activa posible en relación con el derecho a la información y al consentimiento. De hecho, el vigente artículo 6.c) de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reproduce literalmente el contenido de los artículos 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁶²⁸ Se une a este tipo de normas la Ley 6/2002, de 15 de abril de salud de Aragón, que preceptúa en su artículo 14.1.c) que "El consentimiento por sustitución se dará en las siguientes situaciones: c) en el caso de menores, si éstos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo en representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento". En idéntico sentido, se pronuncia el artículo 25.1.c) de la Ley de la Junta de Extremadura 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente.

reformado ahora por la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo -¹⁶²⁹, que tomó como modelo de referencia el texto del todavía hoy vigente artículo 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre. De acuerdo con estas disposiciones normativas, "la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad - por la legislación civil sobre la mayoría de edad, en el caso catalán - y por las disposiciones especiales de aplicación"¹⁶³⁰.

La interpretación acerca del verdadero significado que esconden las palabras contenidas en estos preceptos, resultó ser, en la práctica, una cuestión altamente controvertida¹⁶³¹, pues la alusión expresa a "lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad" o "a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad"¹⁶³² fue traducida por ciertos sectores del pensamiento

¹⁶²⁹ Establece el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que "finalmente, se ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la autonomía del paciente con el fin de que la prestación del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta Ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso".

¹⁶³⁰ También en este mismo sentido se pronuncian los artículos 14.1.c) *in fine* de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón; 25.2 de la Ley de la Junta de Extremadura 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente; y 28.3 de la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud. Establecen estos preceptos: "en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de práctica de técnicas de reproducción asistida, se estará a lo dispuesto con carácter general por la legislación civil sobre la mayoría de edad, así como a lo establecido en la normativa específica en estas materias".

¹⁶³¹ **Abel Lluch, Xavier**: "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho de autonomía y el consentimiento informado (Artículos 1 a 7 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información relativos a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002, pág. 1077, se hace eco de los interrogantes que plantea la dicción literal del artículo 7.2.d) *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre.

¹⁶³² En cambio, en el artículo 9.2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, no se habla expresamente de la mayoría de edad, si no que se señala: "en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, de ensayos clínicos y de prácticas de reproducción asistida, se actuará según lo establecido con carácter general por la legislación civil y, si procede, por la normativa específica que le sea de aplicación". Diferente es también la redacción que se recoge en el artículo

jurídico en el sentido, entendemos que erróneo, de que a partir de ese momento, tan sólo podían dar el consentimiento a la interrupción voluntaria del embarazo las mujeres mayores de edad¹⁶³³. Ello representó un serio revés a la posibilidad de continuar otorgando validez a las declaraciones de voluntad emitidas por las menores de edad que pretendieran, en alguno de los presupuestos contemplados en el artículo 417 bis del Código Penal, poner fin a su estado de gestación¹⁶³⁴.

Por consiguiente, esa evocación "a la mayoría de edad" fue asumida, sin más, como la integración en nuestro Derecho sanitario de una evidente excepción o limitación a la regla general de capacidad natural de juicio imperante en este sector del ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 7.2.d) de la Ley

28.4 de la Ley de Castilla y León 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, al disponer con mayor corrección que "los centros, servicios y establecimientos respetarán las decisiones sobre la propia salud en los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, ensayos clínicos y práctica de técnicas de reproducción humana asistida conforme a lo dispuesto con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad y emancipación y por la normativa específica que sea de aplicación".

¹⁶³³ En opinión de **Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel**: "La minoría madura" en Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 1998, pág. 89, para quien la menor en ningún caso puede consentir su interrupción voluntaria del embarazo. Para **Serrano Gómez, Alfonso**: Derecho Penal. Parte Especial, 7ª edición. Madrid, 2002, Ed. Dykinson, pág. 84, cuando la mujer es menor de edad el consentimiento corresponde a sus representantes legales, aunque entiende que si la menor es capaz de entender la interrupción voluntaria del embarazo, así como las consecuencias de negarse a ello, debe igualmente contarse con su consentimiento.

¹⁶³⁴ Otros autores, como **Reig Reig, José Vicente**: "Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal" en Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 2, 1992, pág. 42, se inclinaron por respetar la opinión de la menor, aunque en caso de conflicto entre su criterio y el de los representantes legales, habría que acudir a la figura del defensor judicial, entendiendo que esta figura no está solo reservada para el terreno económico o material. Estas dudas también estuvieron presentes durante los debates de elaboración de la Ley aragonesa de derecho de la persona. Así, **Serrano García, José Antonio**: Memoria del texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona, Primera entrega correspondiente al Título Primero: De la capacidad y estado de las personas. Zaragoza, 2004, págs. 71-72, se manifiesta del siguiente tenor literal: "parece que las menores no pueden consentir por sí, pues la ley se remite a reglas sobre la mayoría de edad - tal vez lo que quiere decir es reglas de capacidad por razón de la edad -; y no es seguro que durante la minoría de edad puedan prestar el consentimiento otras personas en su lugar, pues desde los catorce años no hay representantes legales y las personas vinculadas a la menor embarazada mayor de catorce años sólo pueden autorizar la intervención si la paciente no es capaz de tomar la decisión por sí misma o su estado psíquico o físico se lo impide".

catalana 21/2000, de 29 de diciembre y 9.3 de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre¹⁶³⁵.

Ciertamente, aún reconociendo que la voluntad legal contenida en los artículos 9.4 de la Ley estatal de 2002 y 7.2.d) *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, pareciera ser la de no admitir el consentimiento de la embarazada menor de dieciocho años, sin embargo, desde un punto de vista estrictamente técnico-jurídico, como trataremos de evidenciar a continuación, todavía cabría alegar determinados argumentos a favor de sostener o preservar la licitud de las actuaciones autorizadas por menores maduras, sin ignorar, empero, que esas alternativas meramente teóricas no proporcionaron la debida seguridad jurídica a quienes intervenían en la ejecución de abortos permitidos por la ley. Por eso es comprensible que en la inmensa mayoría de los casos, las clínicas acreditadas para proceder a este tipo de intervenciones quirúrgicas requiriesen el beneplácito de los progenitores o tutores cuando la gestante no hubiera alcanzado todavía los dieciocho años de edad.

¹⁶³⁵ Parte de la argumentación utilizada para llegar a esta conclusión la extraemos de los trabajos parlamentarios de elaboración de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, en concreto de las enmiendas presentadas por el diputado, D. Carlos Aymerich Cano y el senador D. Anxo Manuel Quintana González, ambos integrantes del Bloque Nacionalista Gallego. Reconocen sus señorías en la justificación de sus respectivas enmiendas, que con dicho precepto - artículo 9. 4 - "se adopta una solución contraria e incoherente con el resto de la Proposición de Ley, pues las reglas generales de consentimiento recogidas en la misma consideran que el menor puede dar consentimiento válido en los casos que tengan capacidad o aptitud real" y acaban señalando que "consideran, por tanto, regresiva esta referencia a la interrupción voluntaria del embarazo dentro de las excepciones al consentimiento por sustitución, obligando a obtenerlo a todas las menores hasta que alcancen la edad de dieciocho años, pues de hecho se está limitando el acceso de la menor a la propia interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos comprendidos dentro de las previsiones legales". Estas objeciones fueron, por tanto, puestas de manifiesto - y no una, sino en dos ocasiones - durante los debates de la Ley, lo que supone que fueron conocidas y desatendidas por el legislador. Vid. en este sentido, **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VII Legislatura. Serie B: Proposiciones de Ley, 27 de septiembre de 2001**, enmienda núm. 6, pág. 36 y **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VV Legislatura. Serie III A: Proposiciones de Ley del Senado, 19 de septiembre de 2002**, enmienda núm. 27, pág. 33.

En consecuencia, tanto el legislador catalán como, ulteriormente, el estatal, introdujeron en su ordenamiento jurídico sendos preceptos que representaron, al menos sobre el papel, un grave retroceso en la forma de tratar a las mujeres embarazadas menores de edad, en la medida en que las obligaba a contar, en todo caso, con la anuencia de terceras personas para tomar una decisión de carácter estrictamente individual, lo que, en nuestra consideración, implicaba una vulneración de su derecho a la intimidad y al debido respeto a la autonomía de la voluntad de quien se enfrenta a la difícil tesitura de poner fin a su embarazo¹⁶³⁶.

Acaso, en el trasfondo de toda esta contienda se ocultara una grave y por qué no decirlo instrumentalizada confusión entre dos debates o disputas que tradicionalmente, sin tener nada que ver el uno con el otro, han sido acometidos de manera injustificadamente entrelazada¹⁶³⁷. No se trataba de ventilar aquí una cuestión referida a la licitud o a la legalidad del aborto, ni a la extensión o reducción de los supuestos despenalizados. Con independencia de a quién se legitimara para otorgar legalmente el consentimiento informado, los casos en los que el aborto quedaba permitido eran exactamente los mismos: las tres indicaciones - aborto terapéutico, ético o criminológico y eugenésico -, con determinados requisitos, entre los cuales ocupaba un lugar preeminente la declaración de voluntad de la fém¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ En palabras de **Lema Añón, Carlos**, op. cit. pág. 38, el legislador catalán se equivocó en un punto importante de una ley - se refiere a la Ley 21/2000, de 29 de diciembre - que en otros aspectos era positiva. La Ley catalana, finaliza el autor, aportaba certeza sobre la solución al caso - se sobreentiende del aborto de las adolescentes - a costa de una restricción de los derechos de las menores.

¹⁶³⁷ En palabras de **Domínguez Luelmo, Andrés**, op. cit. pág. 371, el legislador subrepticamente, lo que ha venido a plantear aquí son cuestiones ajenas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁶³⁸ Tal y como nos recuerda **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. pág. 169, parece fuera de toda duda que era la mujer la única legitimada para asumir, o no, el riesgo que el embarazo entraña para su vida; el peso psicológico y emocional acarreado por el nacimiento de un hijo fruto de una agresión a su libertad sexual; o bien, el de un hijo con una grave discapacidad física o psíquica. También en relación al aborto punible es relevante el consentimiento de la mujer. Ya que de su concurrencia depende la responsabilidad penal de la propia embarazada, así como la consiguiente atenuación de la pena aplicable a quien hubiera practicado el aborto.

Es más, para el elemento considerado central¹⁶³⁹ sobre el que pivota el debate sobre la licitud del aborto desde una perspectiva moral, política y jurídico-constitucional, como es la protección de la vida, que el necesario consentimiento sea requerido a los progenitores o a la menor de edad no es cuestión relevante. Lo que estaba en juego, en definitiva, no era la extensión de la interrupción voluntaria del embarazo, sino la amplitud de los derechos y libertades de las menores de edad para autogobernarse.

En este contexto de confrontación, algunos autores - a los que nos adscribimos fervientemente - defendieron la idea de que de la regulación implícita, tanto en la Ley catalana sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, como en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, no se extraía en modo alguno que las adolescentes embarazadas que desearan abortar, siempre dentro del marco legal previsto en la normativa penal, dejaran de estar capacitadas para tomar por sí tal decisión, toda vez, claro está, que reunieran el raciocinio necesario para comprender el alcance y consecuencias de su determinación¹⁶⁴⁰.

Quienes mantuvieron tal opinión otorgaron, en primer lugar, una particular relevancia a la remisión efectuada en el artículo 7. 2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, a "lo establecido con carácter general por la legislación

¹⁶³⁹ *Ibidem*, pág. 35.

¹⁶⁴⁰ **Domínguez Luelmo, Andrés**: Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. Valladolid, 2007, Ed. Lex Nova, págs. 369-371, entiende que el redactado del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, constituye una clara extralimitación, de muy discutible aplicación, por cuanto excepciona sin motivo un acto personalísimo relativo al derecho a la salud, obligando aparentemente a aplicar el consentimiento por representación.

civil sobre mayoría de edad"¹⁶⁴¹ y aunque, en ese mismo sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, tan solo haga mención a lo establecido con "carácter general sobre la mayoría de edad" sin otra precisión - artículo 9.4 -, debe igualmente entenderse hecha la referencia a la "legislación civil general", pues la ley básica estatal pareciera querer reproducir en este punto a su antecedente catalán¹⁶⁴².

Pues bien, tanto la normativa civil catalana - el por entonces vigente artículo 155 del Código de Familia¹⁶⁴³ - como estatal - artículo 162 del Código civil español - entendían - y continúan haciéndolo - que en el ámbito de los derechos de la personalidad podrá actuar el menor de edad por sí mismo cuando tenga madurez suficiente. Por tanto, lo prefijado con "carácter general por la legislación civil" debía entenderse en el sentido de que no es preciso haber alcanzado la mayoría de edad para que el menor actúe en los actos relativos a los derechos de la personalidad sino que basta con que reúna facultades intelectivas y volitivas suficientes. En efecto, las normas generales sobre mayoría de edad en el ordenamiento jurídico privado, cifran que el individuo menor de edad tiene su capacidad de obrar limitada hasta que cumpla los dieciocho años salvo en el sector de los derechos de la personalidad, en cuyo caso podrá actuar cuando ostente juicio y raciocinio bastantes¹⁶⁴⁴.

¹⁶⁴¹ Idéntica cláusula viene recogida en el artículo 14.1 in fine de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón.

¹⁶⁴² La misma cláusula se contiene en el artículo 6.2 de la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes: "La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación".

¹⁶⁴³ Precepto sustituido por los actuales artículos 211-5, 222-47 y 236-18 del Código civil de Cataluña.

¹⁶⁴⁴ **Bayod López, Carmen:** "Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos" en Cuadernos Lacruz Berdejo, núm. 5, 2008, pág. 12.

Cierto es que las prescripciones relativas al consentimiento informado se refieren a la normativa sobre mayoría de edad y no a las reglas sobre ejercicio de derechos inherentes a la persona, pero un análisis integrado y coherente de estas disposiciones debiera dar como resultado final que una menor de edad con madurez suficiente restara habilitada para consentir por sí una interrupción voluntaria del embarazo¹⁶⁴⁵. En una línea similar se situó el Convenio de Oviedo, relativo a los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997.

Por otra parte, la legislación penal especial tampoco preveía que fuera imprescindible la mayoría de edad para consentir el aborto sino que simplemente hablaba del consentimiento expreso de la mujer embarazada, al margen de cual fuera su edad¹⁶⁴⁶. Si a ello le unimos, además, el mandato prescrito en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, tendente a considerar que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores de edad deben interpretarse de forma restrictiva, arribamos, una vez más, a la conclusión de la incontestable habilitación de las adolescentes embarazadas para consentir válidamente de manera autónoma la interrupción de su estado de gravidez¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁵ Lama Aymá, **Alejandra (de)**, op. cit. pág. 332.

¹⁶⁴⁶ El artículo 417 bis del Código Penal redactado conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio - derogado por la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -, manifestaba que "no será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con *consentimiento de la embarazada*, cuando concorra alguna de las indicaciones previstas".

¹⁶⁴⁷ Esta misma previsión venía contenida en el ya derogado artículo 133.3 de la Ley catalana 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, que fijaba como acotación al ejercicio de la potestad del padre y de la madre el principio de que "las limitaciones a la capacidad de obrar de los hijos menores deben interpretarse de forma restrictiva".

También el Tribunal Constitucional en la sentencia 183/2008, de 22 de diciembre¹⁶⁴⁸ acogió esta línea de pensamiento, y desde la perspectiva propia del derecho a la tutela judicial efectiva reconoció "que también forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 de la Constitución española, que se posibilite a cualquier menor, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal" - Fundamento jurídico quinto -.

Esta coyuntura de indeterminación normativa es la que favoreció, a la par que promovió, la polémica suscitada en torno a la aprobación del Código de Deontología del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, de 24 de enero de 2005¹⁶⁴⁹. Este documento contenía en su formulación originaria dos preceptos relativos a la autonomía de los menores de edad, concretamente los artículos 33 y 59, cuya eficacia y ejecutividad fue suspendida, a los cinco meses de su entrada en vigor - 1 de abril de 2005 -, por orden del titular del Juzgado de lo contencioso administrativo número doce de Barcelona, al observarse en ellos suficientes indicios de ilegalidad. El litigio había sido previamente planteado por un colectivo de 112 médicos, miembros de la Comisión de deontología del Colegio de Barcelona y del grupo de trabajo de actualización de su norma de ética profesional. En un primer momento, el Juzgado *a quo* resolvió, mediante resolución preliminar, que ambos artículos entraban abiertamente en conflicto con ciertos preceptos del Código civil y de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - sorprendentemente en este punto no se alega la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, como sí sucede, en cambio, en otros pasajes

¹⁶⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional número 183/2008, de 22 de diciembre - RTC\2008\183 -.

¹⁶⁴⁹ **Martínez Urionabarrenetxea, Koldo**: "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión socio-sanitaria" en Revista de Derecho y Salud. Extraordinario XV Congreso, Vól. XIV, 2006, págs. 31-32.

de la interlocutoria -. Posteriormente, y en virtud de la sentencia núm. 251/2007, de 17 de septiembre, se procedió a la anulación definitiva de sendas reglas impugnadas.

La norma 33 del Código Deontológico disponía que "el médico, en caso de tratar a un paciente menor de edad y cuando lo considere con las suficientes condiciones de madurez, habrá de respetar la confidencialidad respecto de los padres o tutores y hacer prevalecer la voluntad del menor". Por su parte, el artículo 59 hacía mención expresa al consentimiento informado, afirmando que "el médico no practicará nunca ninguna interrupción del embarazo o esterilización sin el consentimiento libre y explícito del paciente, dado después de una cuidadosa información, en especial cuando éste sea menor, pero con capacidad para comprender aquello en que consiente. Cuando no exista esta capacidad, será necesario el consentimiento de las personas vinculadas responsables".

Para el Juzgado de lo contencioso administrativo número doce de Barcelona los valores en conflicto en el presente caso eran: por una parte, el derecho a la intimidad y a la autonomía de las personas menores de edad respecto de aquello que afecte a su salud e integridad física, incluyendo su libertad de conciencia; y, por otra, el derecho-deber, función en definitiva, de los progenitores o tutores de proteger a los menores de edad a su cargo y de velar por su adecuado desarrollo, en otras palabras, la integridad de la responsabilidad parental o tutelar.

Ante tal tesitura, la autoridad judicial se inclinó por valorar que la delimitación de las facultades atribuidas a los progenitores respecto de sus hijos debía definirse en normas con rango formal de ley, debido a su incidencia directa sobre derechos fundamentales y no en disposiciones meramente vinculantes para un determinado colectivo profesional. Para el órgano jurisdiccional se está, pues, ante una materia que excede del ámbito interno de la actividad médica y afecta al estatuto general que

regula las relaciones entre los menores de edad y sus progenitores. A resultas de ello, declara la sentencia que "las normas impugnadas hubieran sido perfectamente válidas caso de limitarse a reproducir o ampararse en las leyes vigentes, pero si, por el contrario, incorporan nuevos matices o concreciones acerca del ámbito de extensión de los derechos del menor o modulan, en mayor o menor grado, la intervención de los padres en la toma de decisiones que afectan a sus hijos, el Código Deontológico es del todo ilegal".

Más específicamente, centrándonos ahora en el artículo 33 del Código Deontológico catalán, el Juez estimó que una disposición del estilo de la apuntada, que permitía negar la información a los progenitores, no resultaba admisible sin contar con una cobertura legal expresa. En consecuencia, la previsión era perfectamente aceptable en todo lo relativo al deber de informar al menor, pero no en cuanto imponía la confidencialidad ante los padres o tutores. Por su parte, el artículo 59 del Código Deontológico del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña - que albergaba, recordémoslo, una mención expresa a las situaciones especiales del aborto y la esterilización -, fue también considerado como nulo, por entenderse que la redacción de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - de nuevo deja de aducirse la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - se mostraba más exigente que las previsiones contenidas en la norma impugnada.

Contra el referido pronunciamiento se interpuso recurso de apelación por la representación oficial del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña y del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo contencioso-administrativo, en sentencia núm. 330/2010, de 7

de abril¹⁶⁵⁰, tras examinar cuidadosamente el asunto, declaró la revocación de la resolución dictada en primera instancia, al mismo tiempo que se declaró como competente para entender del tema. Además, y por motivos de economía procesal, la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió abordar, en ese preciso instante, las diferentes disputas objeto del litigio.

Tras confrontar los citados artículos 33 y 59 con la legalidad vigente en el momento de aprobación del Código Deontológico catalán - año 2005 -, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña arribó a varias conclusiones. La primera de ellas, vino a corroborar la aseveración de que el artículo 33 del Código Deontológico contravenía lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - también en esta segunda instancia se obvió el contenido de la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre -. Se estima, pues, que la objetada regla no respeta tales prescripciones, y consecuentemente debe ser anulada.

A igual conclusión llega el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto de la norma 59 del Código Deontológico. De conformidad con esta instancia judicial, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - en su redacción anterior a la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -, y en el mismo sentido el artículo 7.2.d) *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, establecen que "la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación", lo que remite - en palabras del órgano judicial - a la necesaria autorización de los progenitores o

¹⁶⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña - Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 5ª - número 330/2010, de 7 de abril - JUR 2010\123938 -.

tutores y, en todo caso, a la información que los mismos deben recibir. Por tanto, con base en esta argumentación, se fine declarando que la norma 59 del Código Deontológico infringe los referidos mandatos legales, desde el momento en que elude incluso toda información a los progenitores o tutores.

Respecto de estos pronunciamientos judiciales - tanto el emitido en primera instancia como, posteriormente, en apelación -, no nos cabe sino rechazar sus razonamientos. En nuestra opinión, de acuerdo con la legislación aplicable en el momento en que fueron dictados, bastaba con que el paciente mostrara capacidad de entender intelectual y emocionalmente para que fuera él, y nadie más que él, quien debiera ser informado y prestara, a su vez, el debido consentimiento a la intervención médica. Los artículos 33 y 59 eran correctos pues no vulneraban ni contradecían la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - en igual modo la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, que reconocía - y reconoce - explícitamente la autonomía del menor de dieciséis años con juicio natural suficiente. Y no sólo no la contrariaban sino que estaban en plena consonancia y armonía con la misma¹⁶⁵¹.

Precisamente, toda esa controversia generada alrededor de la verdadera interpretación del contenido del artículo 9.4 de la Ley estatal básica 41/2002, de 14 de noviembre - o de sus disposiciones equivalentes en las diferentes Comunidades autónomas -, es la que ha provocado, en gran medida, que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del

¹⁶⁵¹ En opinión de **Beltrán Aguirre, Juan Luís**: "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica" en Revista de Derecho y Salud. Extraordinario XV Congreso, Vól. XIV, 2006, pág.19, si al Juez no le gustaba esto - se refiere a las normas 33 y 59 del Código de Deontología de Médicos de Cataluña -, en todo caso, lo que tendría que hacer sería plantear cuestión de inconstitucionalidad de los respectivos preceptos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, antes de hacer una interpretación forzada de la misma al objeto de obviar dichas normas. Por su parte **Lama Aymà (de), Alejandra**: "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad" en InDret, abril de 2006, pág. 15, entiende que la redacción de las normas 33 y 59 del Código Deontológico del Colegio de Médicos de Cataluña es perfectamente coherente con la legislación civil general sobre capacidad y con la legislación penal especial sobre el aborto.

embarazo, haya venido a modificar su dicción literal, a fin de omitir toda referencia explícita al aborto - disposición final segunda -.

No obstante, y lejos de rebatir esta reforma, entendemos que tal alteración no hubiera sido estrictamente necesaria, ya que pese a reconocer el poco acierto de la redacción definitiva del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - crítica extensible a la actual grafía del artículo 7.2.d) *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre -, esta disposición - y su homóloga catalana - no estaban pensando, tal y como ya hemos puesto de relieve con anterioridad, en privar, en todo caso, a las adolescentes de la posibilidad de poder decidir libremente por sí someterse a una práctica abortiva, sino que, por el contrario, al remitirse a "lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad" - versión española - "o por la legislación civil sobre la mayoría de edad" - en su modalidad catalana -, en realidad, se estaba redireccionando el supuesto de hecho al régimen ordinario de actuación prescrito para el ejercicio de los derechos de la personalidad, que no es otro que el de considerar que el consentimiento únicamente se emite por representación - o por sustitución, siguiendo la quizás más correcta terminología empleada por la legislación catalana - cuando la persona - en nuestro caso la menor de edad - no sea capaz intelectual o emocionalmente para entender la magnitud de la intervención - apartado a) del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de febrero, para el caso español; y el artículo 7.2.a) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, en Cataluña -.

A fortiori, ciertos pronunciamientos judiciales se encargaron de corroborar nuestra posición. Éste es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, de 1 de abril de 2008 - AC\2008\1015¹⁶⁵² -, que resuelve el conflicto planteado entre una menor de dieciséis años, sometida a la

¹⁶⁵² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 80, de 1 de abril - AC\2008\1015 -.

tutela *ex lege* de la Comunidad de Madrid debido a su situación de desamparo, y la correspondiente Comisión de Tutela, dándose finalmente prevalencia a la opinión de la menor de edad. La adolescente deseaba la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo mientras que el órgano tutelar se oponía a ello. La disputa, además, venía provocada por la existencia de dos informes médicos controvertidos entre sí.

Un primer dictamen médico concluyó que era necesario el aborto para preservar la salud psíquica de la menor de edad, que padecía un trastorno adaptativo de carácter depresivo con riesgo de suicidio. Un segundo informe facultativo consideró, sin embargo, que no existían condicionamientos psiquiátricos que pusieran en peligro la salud psíquica de la joven. Ante esta situación, la menor de edad solicitó autorización judicial para proceder a la interrupción del embarazo al amparo del artículo 158 del Código civil español. El Juez *a quo* acordó que no se le podía conceder mayor relevancia al segundo de los dictámenes periciales, pues ni a una persona mayor de edad, ni a una menor de edad cuyos progenitores estuviesen conformes con la interrupción del embarazo, se le exigiría el tener que acudir a más de un especialista, como así ocurrió efectivamente en el presente caso - resultando contrario al principio de igualdad -. Es por ello, concluye el Juez de Primera Instancia, que se estima como suficiente el primero de los informes médicos para entender que el aborto estaba amparado por prescripción médica. En último término, se analiza la capacidad de la menor de edad y se advierte que, de acuerdo con los especialistas en psiquiatría que la examinaron, se trata de una niña con un alto nivel de madurez, de modo que, ponderando todos los intereses en conflicto, se autoriza el aborto de la menor - Fundamento de derecho quinto -¹⁶⁵³.

¹⁶⁵³ Incluso empieza a surgir cierta legislación que expresamente afirma la validez del consentimiento emitido por una adolescente para la práctica de un aborto y niega que haga falta el de sus progenitores. El Proyecto de Ley de derechos de la persona de Aragón, en su artículo 5 disponía lo siguiente: "Interrupción voluntaria del embarazo. 1. En los casos permitidos por la Ley, la interrupción voluntaria del embarazo de la menor que tenga suficiente juicio sólo requiere su consentimiento. 2. Si no tiene suficiente juicio, dicha interrupción sólo

4.3.4.2. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

4.3.4.2.1. Consideraciones generales sobre su contenido

La modificación normativa operada en esta materia durante el año 2010 ha supuesto un giro copernicano en el tratamiento irrogado a las cuestiones relacionadas con las prácticas abortivas en nuestro país, no sólo por el alcance casi absoluto de la despenalización de conductas en este ámbito¹⁶⁵⁴, sino también por la perspectiva político-criminal asumida por tal reforma. En este último sentido, cabe decir que el punto de gravedad sobre el que descansa la actual legislación ha pasado a ser el de la sexualidad, en general, y el de la maternidad, en particular, vista o considerada ésta como un derecho¹⁶⁵⁵. En otras palabras, el legislador concibe la maternidad

será posible cuando lo exija el interés de la menor, apreciado conjuntamente por los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente por el Juez. 3. Si la embarazada es una persona mayor de edad no incapacitada que no está en condiciones de decidir por sí misma, dicha interrupción requiere siempre autorización judicial". Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, este precepto fue objeto de una enmienda de supresión - la número 4 - propuesta conjuntamente por los portavoces de los Grupos Parlamentarios Socialista, Popular y Aragonés. Posteriormente, en el Informe de la Ponencia designada en la Comisión Institucional sobre el Proyecto de Ley sobre derecho de la persona, se aprobó la citada enmienda número cuatro, con los votos a favor de los proponentes y con el voto en contra de los Grupos Parlamentarios de Chunta Aragonesista y de Izquierda Unida de Aragón, de manera que el artículo 5 del Proyecto no pasó a ser texto de la Ley. La tramitación parlamentaria de la Ley aragonesa de derecho de la persona puede consultarse en la Revista de Derecho Civil Aragonés, núm. XIII, 2007, págs. 223-261.

¹⁶⁵⁴ En este contexto de paulatino e incesante protagonismo de la mujer, de su salud y de su seguridad jurídica, hay que entender aplicable la Resolución 1607/2008, de 16 de abril, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, sobre el acceso al aborto sin riesgo legal en Europa, que insta a los países miembros a: despenalizar el aborto en plazos razonables; garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres a un aborto sin riesgo y legal; respetar la autonomía de elección de las mujeres y ofrecerles condiciones de una elección libre e informada; y, eliminar las restricciones de hecho o de derecho al acceso a un aborto sin riesgo y tomar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas apropiadas y una financiación adecuada.

¹⁶⁵⁵ **Queralt i Jiménez, Joan Josep**: "La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010" en La Ley Penal, núm. 81, abril 2011, pág. 1.

libremente deseada como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal¹⁶⁵⁶.

Producto de esta nueva filosofía, la Ley previene dos situaciones fácticas claramente diferenciadas entre sí, en las que se admite - siendo, por tanto, una conducta atípica desde una perspectiva penal - la validez y la licitud de la ejecución de una interrupción voluntaria del embarazo: la primera de ellas, está referida a la petición expresa manifestada por la mujer encinta de no querer proseguir con su estado de gravidez; mientras que la segunda, por su parte, nos remite a las tradicionales causas médicas que pongan en peligro, bien la vida de la gestante, bien la viabilidad del embrión.

¹⁶⁵⁶ Esta nueva configuración de la interrupción voluntaria del embarazo como un derecho suscitó severas críticas por parte de algunos diputados. Una de las censuras más exacerbadas fue obra de la diputada **Dña. Rosa Díez González**, perteneciente al Grupo Parlamentario Mixto - Unión, Progreso y Democracia -, quien calificó la conversión de la posibilidad de abortar en un derecho subjetivo como una "regresión de las libertades públicas, pues no corresponde ni al gobierno ni al parlamento dar o quitar derechos fundamentales a los ciudadanos. Este modo de actuar otorga a las instituciones una capacidad de dar derechos básicos, y por tanto de quitarlos, completamente impropia de una democracia", en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, pág. 29. Reitera este planteamiento en la enmienda núm. 3 de las presentadas al Proyecto de Ley, en **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, págs. 8 y 11, en la que se afirma que "aceptar la idea de que existe un derecho al aborto implica también la de que nadie puede mediar o interferir en la decisión de la mujer sobre lo que o bien se considera una parte de su cuerpo - lo que no tiene el menor sentido científico ni empírico -, o bien un cuerpo ajeno de su exclusiva propiedad que carece de derecho a la protección, si no de su vida autónoma, sí cuando menos de su perspectiva de llegar a tenerla tras la gestación". Por su parte, la también diputada **Dña. Sara Moneo Díez**, del Grupo Parlamentario Popular, entiende que no puede convertirse en un derecho lo que siempre ha de ser una excepcionalidad, en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, pág. 32. En idéntico sentido se pronunciaron la **Dña. Concepción Tarruella Tomás**, del Grupo Parlamentario catalán, en *ibidem*. pág. 34 y el **D. José Aguirrechea Urresti**, del Grupo Parlamentario Vasco, en *ibidem*. pág. 38. Desde el Grupo catalán también se afirma que "no existe el derecho a causar un mal objetivo: la destrucción de la vida del aún no nacido", en la enmienda núm. 4 a la totalidad del proyecto de ley, en **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, pág. 12.

Tal y como ya hemos puesto de manifiesto al principiar este apartado, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, reconoce a toda fémina su derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la determinación inicial sobre su embarazo y que esa resolución, consciente y responsable, sea en todo momento respetada. Ahondando en esta misma línea, el legislador ha estimado razonable establecer un plazo de catorce semanas durante el cual se garantiza a las mujeres la opción de tomar una decisión autónoma e informada sobre si desean o no continuar adelante con su gestación, sin interferencia alguna de terceros, lo que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, calificó en su momento como de *autodeterminación consciente*.

El operador orgánico, pues, secundando los designios marcados por la Resolución 1607/2008, de 16 de abril, de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, ha procedido a la instauración paulatina, como regla general, del llamado sistema de plazos, superando con ello el arcaico modelo de las indicaciones. Es por esta razón, que el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, señala explícitamente que podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas, a petición de la embarazada, siempre que concurren los requisitos siguientes: que se haya informado debidamente a la mujer sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad existentes¹⁶⁵⁷; y, que medie un intervalo de al

¹⁶⁵⁷ En estos casos, previo al otorgamiento del consentimiento, la mujer ha de recibir una información específica y suplementaria. Así, tal y como prevé expresamente el punto segundo del artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, la mujer debe recibir un sobre cerrado que contendrá la siguiente información: a) las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; b) los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y la atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; c) datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro; d) datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo. Junto con esta información se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega - ello servirá para dejar constancia del momento exacto en que se inicia el cómputo de los tres días -. Este punto ha sido desarrollado por el artículo 5 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo,

menos tres días - período de reflexión¹⁶⁵⁸ - entre la recepción de la mentada información y la realización efectiva de la intervención¹⁶⁵⁹.

En segundo término, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, también prevé, de manera excepcional, la posible interrupción del embarazo aduciendo causas médicas. En este precepto - artículo 15 - se contemplan tres hipótesis que conllevan, caso de suscitarse, la atipicidad de la conducta proseguida por la mujer, dejando residualmente, además, una cobertura general para el estado de necesidad - esto es, el riesgo vital para la gestante en cualquier momento del embarazo - cuando éste se presente.

que manifiesta, que en caso de que la mujer inicialmente opte por la interrupción del embarazo regulada en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de recibir la información referida en el artículo 4 del propio Real Decreto, se le hará entrega en cualquier centro sanitario público o privado acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo de un sobre cerrado elaborado y editado por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde vaya a practicarse la intervención. En la parte frontal del sobre se especificará "Información sobre la Interrupción voluntaria del embarazo. Artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo", y llevará adherido un documento, que deberá poder separarse físicamente de éste, en que se acreditará y certificará la fecha en que se entrega, así como una nota en caracteres suficientemente legibles del siguiente tenor literal: "la información contenida en este sobre puede ser ofrecida, además, verbalmente, si se solicita". Las restantes características físicas uniformes que deberá requerir el sobre, serán determinadas por las Comunidades Autónomas. Este sobre tendrá que ser entregado personalmente a la mujer gestante interesada. En ningún caso la información podrá ser facilitada telefónicamente o por medios electrónicos o telemáticos. Tampoco podrá ser enviada por correo. Además, en virtud de la disposición adicional única del mentado Real Decreto, se obliga a los Ministerios de Sanidad y a las Consejerías correspondientes de las Comunidades Autónomas a informar en su página web de tales derechos y prestaciones.

¹⁶⁵⁸ En opinión de **Queralt i Jiménez, Joan Josep**, op. cit. pág. 14, esta obligación a la introspectiva personal supone una injerencia por parte de los poderes públicos difícilmente aceptable en una democracia avanzada. Pero, además, prosigue el autor, resulta algo inútil, pues lo que la ley prohíbe no es la emisión de la decisión final por parte de la mujer pasado el término en cuestión, sino la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que tal plazo aumenta la desazón de la mujer en el trance que vive y no aumenta en nada ni su bienestar jurídico o emocional ni la seguridad jurídica del que la haya de practicar.

¹⁶⁵⁹ Salvo, claro está, que se produzcan situaciones de urgencia vital - artículo 7.1.b) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre y 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - , en las que no sería preciso esperar esos tres días.

Estos tres supuestos se gradúan de mayor a menor gravedad atendiendo a un criterio eminentemente clínico, dotando de más requisitos a la interrupción del embarazo cuanto más considerable sea el desarrollo del feto. Así, podrá suspenderse la gestación por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) que no se superen las veintidós semanas de gravidez¹⁶⁶⁰ y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen elaborado por un médico especialista, distinto del que haya de practicar o dirigir el aborto¹⁶⁶¹, emitido con anterioridad a la intervención. No obstante, en caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse de dicho informe; b) que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto - a diferencia del apartado anterior, aquí los riesgos son para el embrión y no para la madre - y así conste en un dictamen emitido de forma previa a la intervención por dos médicos especialistas distintos del encargado de llevarla a término o supervisarla; y, c) cuando se detecten irregularidades fetales incompatibles con la vida - no se trata tanto de la vida intrauterina, sino que las anomalías hayan de afectar al eventual nacido, de tal forma que su viabilidad postnatal sea más que dudosa - y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se

¹⁶⁶⁰ Tal y como ha constatado, el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, mantiene que en el desarrollo de la gestación tiene una especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre. En este sentido, el umbral de la viabilidad fetal se sitúa, en consenso general avalado por la comunidad científica y basado en estudios de las unidades de neonatología, en torno a la vigésimo segunda semana de gestación. No es, pues, casualidad que sea justamente hasta ese instante temporal en el que la Ley permita la interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas.

¹⁶⁶¹ Dado que la integridad de la mujer puede ser tanto física como psíquica, el especialista podría tratarse perfectamente de un psiquiatra o de cualquier otro experto médico con especialidad distinta de la obstetricia, puesto que el peligro real al que se refiere el supuesto de hecho es para la gestante - endocrinología, neurología, psicología -.

detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico¹⁶⁶².

Un elemento común e imprescindible a todas estas modalidades de aborto autorizadas por la Ley, es el necesario consentimiento informado emitido por la mujer; caso de no darlo o de ser obtenido de forma viciada, quienes así participen y lleven a cabo la operación, incurrirán en un delito tipificado en el artículo 144 del Código Penal. El tipo de anuencia que contempla la *legislación específica* en este ámbito - trayendo a colación la terminología propia del artículo 7. 2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y 47.1 de la Ley del Parlamento de Cataluña 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - consiste en una declaración de voluntad sometida a un mayor número de requisitos que los ordinariamente exigidos por la normativa general en materia de salud - artículos 6.2 de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, y 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, pues se demanda una información previa a la prestación del apuntado consentimiento caracterizada por ciertas singularidades; particularidades éstas que irán variando en atención al supuesto de hecho ante el que nos encontremos.

Así, ante la petición de toda mujer de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, ésta recibirá información acerca de los distintos métodos o técnicas

¹⁶⁶² La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, dedica en exclusiva a este comité clínico su artículo 16, precepto de claro talante reglamentista que, a su vez, es desarrollado por los artículos 2 y 3 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio. Este comité clínico estará formado por un equipo pluridisciplinar integrado, con una vigencia, cuanto menos anual, por dos médicos especialistas en ginecología y obstetricia o expertos en diagnóstico prenatal y uno en pediatría. La mujer podrá elegir a uno de estos especialistas, que vendrá a sustituir a uno de los designados oficialmente. Además, se prevé que en cada Comunidad Autónoma existirá, al menos, uno de estos organismos adscrito a un centro de la red sanitaria pública. Si el comité ratifica el diagnóstico, en un plazo, en principio, de diez días, se le comunica de inmediato a la mujer para que tome la decisión final; caso contrario, de no ser confirmado el dictamen inicial, no se procederá a efectuar intervención alguna.

aplicables para llevarlo a efecto, las condiciones para la interrupción previstas en la Ley, los centros públicos y acreditados a los que se puede dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como los requisitos para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente; una vez recibida toda esta información básica podrá la mujer otorgar su consentimiento en el sentido prevenido por la legislación promotora de la autonomía del paciente - punto 4 del propio artículo 17 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo -¹⁶⁶³.

4.3.4.2.2. El aborto y el derecho de autodeterminación de las adolescentes

4.3.4.2.2.1. Régimen legal aplicable

Llegados a este punto, una vez presentadas las principales líneas directrices que inspiran la actual regulación vigente en España en materia de salud sexual y reproductiva, debemos nuevamente sacar a relucir el eterno dilema planteado acerca de cuál es el momento temporal preciso en el que una adolescente adquiere el nivel de madurez mínimo necesario, ó en otras palabras, está capacitada tanto intelectual como volitivamente, para poder expresar con total libertad y autonomía su voluntad

¹⁶⁶³ El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 17 de septiembre de 2009, se hace eco de la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, acerca de la cuestión de si la decisión correspondía a la embarazada o también al presunto padre de la criatura en gestación, decidiéndose que "la particular relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquélla" (Fundamento Jurídico decimotercero). Con ello quedó excluida la intervención determinante del progenitor en la decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo, doctrina que ahora es aplicable a todos los supuestos contemplados en el anteproyecto, tanto en el artículo 14 - solicitud de la embarazada en el primer plazo de su gestación - como en los de interrupción voluntaria del embarazo por motivos médicos contemplados en el artículo 15 del mismo texto. Ello, claro está, no excluye la posible intervención de dicho progenitor en el proceso de información y consultas previas a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gestante lo considere.

firme de proseguir o de interrumpir su embarazo¹⁶⁶⁴. Ante tal disyuntiva, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, parece decantarse de una manera clara y evidente, normativizando, es decir, plasmando en el texto escrito de la Ley, el criterio de interpretación o de resolución seguido por buena parte de la doctrina científica patria con antelación a la publicación de la mentada disposición aprobada por el Congreso de los Diputados.

Ciertamente, el apartado cuarto del artículo 13 de la citada Ley Orgánica reconoce "a las menores de dieciséis y diecisiete años la aptitud necesaria para consentir por sí la interrupción voluntaria del embarazo, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad". Con ello, este precepto viene a confirmar - en relación con el aborto - lo ya dispuesto con carácter ordinario en los artículos 9.3.c) de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre, y 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, cuando estipulan que en el caso de "menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación - sustitución -".

Además, una vez eliminada, en virtud de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, la mención a la interrupción voluntaria del embarazo de la excepción prevista en el artículo 9.4 de la Ley básica 41/2002, de 14 de noviembre - alteración que, juzgamos, también afecta al artículo 7. 2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre -¹⁶⁶⁵, entendemos, se tornan aplicables a este ámbito material, si es que alguna vez dejaron de serlo, las reglas generales sobre

¹⁶⁶⁴ En palabras de **Lorenzo Rodríguez-Armas, Magdalena**: La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios. Cuadernos Bartolomé de Las Casas, núm. 48. Madrid, 2011, Ed. Dykinson, pág. 114, entiende que el debate sobre si las menores de edad pueden o no consentir autónomamente sobre una interrupción voluntaria del embarazo, fue el único objetivo verdaderamente de toda la tramitación parlamentaria.

¹⁶⁶⁵ Fruto de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

consentimiento informado contenidas en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, la capacidad de obrar de las adolescentes deja de depender única y exclusivamente del dato objetivo de la edad, y adquiere plena relevancia la aptitud que presente el individuo - en nuestro supuesto una joven embarazada - para comprender los pros y contras del tratamiento, así como el alcance y consecuencias de su decisión.

Apuntada esta idea, no alcanzamos a vislumbrar razón alguna que justifique una lectura restringida del mentado artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, menos aún si lo que se pretende es configurarlo como una excepción al principio de actuación emanado de las leyes sobre autonomía de los pacientes - tanto estatal como autonómicas - en relación con las menores con edades comprendidas entre los doce y los dieciséis años. El precepto en cuestión, tan solo determina que las personas de dieciséis y diecisiete años deben prestar el consentimiento por sí mismas - presunción equivalente a las recogidas en el artículo 9.3. c) de la Ley estatal y 7.2.d) de la Ley catalana -, pero en absoluto se desprende del mismo la imposibilidad de que aquéllas que todavía no hayan alcanzado esa edad puedan consentir autónomamente poner fin a su embarazo¹⁶⁶⁶. Lo que ocurre es que, bajo tales circunstancias, habrá que estar caso por caso a la concurrencia o no en la gestante de las condiciones intelectivas y volitivas mínimas para autogobernarse.

Así se desprende claramente de la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, cuando en el último párrafo de su apartado segundo, suscribe que "se ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente con el fin de que la prestación del consentimiento para la

¹⁶⁶⁶ En sentido contrario se pronuncia **Navarro Michel, Mónica**: "Comentario al artículo 212-7 del Código civil de Cataluña. Decisiones sobre el propio cuerpo" en **Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.)**: Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 128, quien considera que por debajo de los dieciséis años, la menor no tiene capacidad suficiente para consentir el aborto, con independencia de su madurez.

práctica de una interrupción voluntaria del embarazo se sujete al régimen general previsto en esta Ley y eliminar la excepcionalidad establecida en este caso"¹⁶⁶⁷.

¹⁶⁶⁷ Es cierto que durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley, los diputados se refirieron constantemente a las menores de entre dieciséis y dieciocho años de edad, y el debate sobre la capacidad para consentir el aborto se centró en esta horquilla temporal. Sin embargo, en ningún momento se manifestó que la nueva regulación pretendiera erigirse en una excepción al artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, plenamente vigente tras la reforma del artículo 9.4 de la misma norma. Lo que incomprensiblemente acaeció en realidad es que se dio por hecho, durante los debates parlamentarios, que el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, únicamente otorga la capacidad de emitir un consentimiento válido a menores con dieciséis años cumplidos, cuando sabemos perfectamente que ello no es así. Como ya ha quedado expuesto en el presente estudio, este precepto establece una mera presunción de capacidad en relación con este segmento de población, pero también permite admitir como capaces a personas que no hayan alcanzado aún la susodicha edad, siempre que se acredite que reúnen suficiente raciocinio y madurez. Esta errónea interpretación del artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se puso claramente de relevancia en algunas intervenciones. Sin ir más lejos, la propia Ministra de Igualdad - Dña. Bibiana Aído Almagro - en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, pág. 26, afirmó que "hemos incluido la eliminación de la excepción establecida en la Ley de Autonomía del Paciente, de 2002, de manera que la interrupción voluntaria del embarazo se equipare al resto de prestaciones sanitarias, para las que la mayoría de edad para consentir está establecida en dieciséis años". También incurrió en la misma confusión el diputado del Grupo Parlamentario Vasco, D. Joseba Aguirretxea Urresti, en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, pág. 38, quien sustentó que el proyecto de ley "pretende cambiar el artículo de la Ley de autonomía del paciente que excluía de la edad sanitaria el caso del aborto, rebajándolo a dieciséis años". Igualmente significativa es la enmienda núm. 11 al Proyecto de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, en la que a la vez que se aboga por exigir que "los padres, tutores o representantes legales también deberán ser informados previamente" cuando el aborto lo solicite "una menor con edad comprendida entre los dieciséis y los diecisiete años", sin embargo, acto seguido, se subraya que esta referencia a una edad determinada se efectúa "sin variar las reglas generales de consentimiento informado para la práctica de intervenciones sanitarias" en **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, pág. 19. *A sensu contrario*, si interpretaron correctamente las prescripciones contenidas, en relación a la capacidad, en la Ley de autonomía de los pacientes, los representantes del Grupo Parlamentario Catalán, quienes, cuando solicitaron, a través del trámite de enmiendas - la núm. 4 a la totalidad y la núm. 114 al articulado -, la supresión de la disposición final segunda del Proyecto de Ley, lo justificaron en la siguiente forma: "la disposición final segunda del Proyecto elimina el régimen de excepción que para las interrupciones voluntarias del embarazo prevé en la actualidad, al igual que para la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, el artículo 9.4 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. Ello supone la aplicación para la práctica del aborto del criterio general previsto para las intervenciones médicas. Esto es, basta el consentimiento de la menor cuando sea mayor de dieciséis años, o menor de esa edad si tiene lo que se denomina capacidad natural o madurez, esto es, si es capaz intelectual o emocionalmente de comprender el alcance de la intervención". Vid. en este sentido **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, págs. 15 y 55.

En idénticos términos se pronunció el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo¹⁶⁶⁸. Este documento elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del citado Organismo público declaró manifiestamente lo reproducido a continuación¹⁶⁶⁹:

"Si bien una de las novedades del Anteproyecto de mayor calado en la opinión pública, es la relativa a la posibilidad de que las jóvenes, mayores de dieciséis años, puedan decidir y consentir autónomamente respecto de la interrupción del embarazo sin contar con la anuencia de sus progenitores, lo cierto es que el límite de edad que se cita, no implica que por debajo de la misma se haya de contar necesariamente con el consentimiento de los representantes legales.

La disposición final segunda del Anteproyecto modifica expresamente lo hasta ahora dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y sustrae del tratamiento especial previsto en el precepto a la interrupción del embarazo. Dicha interrupción, que hasta el momento presente está sujeta a la regla general sobre la mayoría de edad, al igual que la reproducción asistida y los ensayos clínicos, queda circunscrita al tratamiento ordinario previsto con carácter general para cualquier otra intervención o actuación médica, es decir, con sujeción a lo previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

¹⁶⁶⁸ **Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial:** Proyecto de Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 15 de julio de 2009, págs. 39, 45 y 47-56.

¹⁶⁶⁹ Se reafirmaron en esta misma opinión Dña. Concepción Espejel Jorquera y D. Claro José Fernández-Carnicero González, vocales y miembros de la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial en la enmienda que formularon al Proyecto de Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, adoptado por la propia Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial el 15 de julio de 2009, págs. 31 y 36.

Tal equiparación supone que no sólo los mayores de dieciséis años, sino también los menores de dicha edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención - en este caso la interrupción del embarazo - , podrán prestar consentimiento *motu proprio*, sin que en consecuencia sean los padres quienes hayan de prestarlo, los cuales sólo habrán de ser informados y oídos al objeto de tener en cuenta su opinión, en aquellos casos en los que la actuación entrañe un grave riesgo".

En definitiva, es incuestionable que la interrupción voluntaria del embarazo participa de la naturaleza propia de los denominados actos personalísimos, y que el criterio seguido en este aspecto por el Código civil de Cataluña - artículos 211-5, 222-47 y 236-18 -, igual que acaece en el artículo 162.1º del Código civil español, es proclive a facilitar la autonomía de la menor en aquellas decisiones respecto de las cuales haya alcanzado un grado de desarrollo que le permitan comprender su trascendencia. *A fortiori*, tal criterio es precisamente, como ya hemos apuntado, el seguido a modo de pauta de intervención tanto por la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, como por la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, respecto de las intervenciones médicas.

Este mismo criterio parece ser el seguido por la justicia británica, que en la sentencia *Sue Axon versus The Secretary of State for Health, The Family Planning Association*, de 23 de enero de 2006¹⁶⁷⁰, resuelve un caso en el que se planteaba si una menor podía decidir por sí misma, sin que el médico deba informar a sus representantes legales, en relación con medidas anticonceptivas, enfermedades de transmisión sexual e interrupción voluntaria del embarazo. El Tribunal hace suyos los argumentos del caso *Gillick versus West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* de 1986, y afirma que el personal sanitario tiene la obligación de proveer

¹⁶⁷⁰ *England and Wales High Court, Administrative Court*, número. 37, 23rd January 2006.

asesoramiento y tratamiento médico a menores, sin informar ni pedir el consentimiento de sus representantes, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) que la menor, pese a tener menos de dieciséis años, tenga madurez suficiente para entender todas las consecuencias del tratamiento; b) que el personal sanitario no pueda persuadir a la menor de edad para que informe a sus progenitores de que está siguiendo dicho tratamiento o, en su caso, permita al médico informarles; c) que sea muy probable que la menor entable o continúe practicando relaciones sexuales con independencia de su sometimiento o no a algún tipo de tratamiento contraceptivo o contra enfermedades de transmisión sexual; d) que, en caso de no someterse al tratamiento, la menor de edad pueda verse afectada en su salud física o psíquica; y e) que el interés de la menor de edad aconseje la confidencialidad médica.

4.3.4.2.2. Génesis y desarrollo del artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

Para alcanzar a comprender el origen y la exégesis de los términos con que se expresa el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, es imprescindible traer a colación algunos de los aspectos que caracterizaron la tramitación parlamentaria proseguida por la norma objeto de nuestro análisis. Efectuada esta operación, estaremos en predisposición de afirmar que el redactado final ofrecido por el artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, no representa sino una simple manifestación, en el ámbito específico de las prácticas abortivas, de un criterio ya preexistente en nuestro ordenamiento jurídico tendente a reconocer a las adolescentes la capacidad natural mínima exigida para la toma de decisiones autónomas. En realidad, la configuración adoptada por este precepto vino

simplemente a corroborar una intención ya presente, desde un momento inicial, en el propio texto del Proyecto de ley presentado por el Gobierno español.

De esta suerte, el aludido Proyecto de ley se circunscribía a señalar en su artículo 18 que "los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus competencias aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud" y, lo que es más importante a los efectos que aquí nos incumben, su disposición final segunda modificaba - igual que ha terminado realizando el redactado definitivo de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo - el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, con el fin de sustraer de los supuestos excepcionales enumerados en tan polémica cláusula, la emisión del consentimiento para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo. El objetivo final perseguido no era otro sino el de integrar la prestación del consentimiento informado en el ámbito de las prácticas abortivas, dentro del régimen general previsto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dando la posibilidad, por tanto, a tenor de lo prescrito en su artículo 9.3.c), de que las menores emancipadas y las mayores de dieciséis años, sin necesidad alguna de tener que informar preceptivamente a sus representantes legales, pudieran decidir unilateral y autónomamente poner fin a su estado de gravidez.

Tanto es así, que podemos afirmar abiertamente, que el redactado propuesto por el proyecto de ley y el texto definitivo aprobado por el Congreso de los Diputados, únicamente difieren en que en aquél se asimilaba totalmente la interrupción voluntaria del embarazo con cualquier otra práctica clínica - a través de la ya mencionada modificación del artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, mientras que en éste, partiendo de esa misma base estructural y en aras de evitar

cualquier atisbo de duda, se incorporó junto a la ya prevista disposición final modificativa, un apartado cuarto al artículo 13, que vino a regular de manera explícita cuál es la capacidad requerida a las personas menores de edad para decidir por sí mismas poner fin a su embarazo, a la vez que se valieron de la ocasión para incluir en este mismo precepto la salvedad u obligación de la preceptiva información de la decisión adoptada por la menor de edad a sus progenitores o tutores.

En suma, aún reconociendo las desavenencias formales existentes entre el redactado definitivo de la actual Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, y el proyecto de ley que le dio origen, si nos circunscribimos, tan solo, a aspectos de carácter meramente material - de contenido -, la distancia entre ambos textos se reduce de forma ostensible. Ambos documentos adoptan, como regla general de funcionamiento, el criterio ordinario de actuación propio de las cuestiones relativas al consentimiento y la autonomía del paciente en el ámbito sanitario, cifrado en los artículos 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre - para el caso catalán - y 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - si al nivel estatal nos estamos refiriendo -.

A pesar de lo apuntado, no debemos incurrir en el error de pensar que éste fue un tema - la capacidad de la menor de decidir unilateralmente proseguir o no con su embarazo -, que pasara desapercibido durante los trámites parlamentarios de elaboración de la Ley, por el contrario, se confirmó como una de las cuestiones más censuradas y reprendidas. Así, los portavoces de varios grupos parlamentarios aprovechando las discusiones mantenidas en pleno y en comisión¹⁶⁷¹ y también

¹⁶⁷¹ Sin ir más lejos ver, por ejemplo, las intervenciones de la diputada **Dña. Sara Moneo Díez**, del Grupo Parlamentario Popular, en la Comisión de Igualdad, en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. Igualdad, IX legislatura, núm. 438, sesión núm. 16, de 10 de diciembre de 2009**, pág. 10, y en el Congreso, en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, págs. 32-33, quien afirma con vehemencia que "se pretende desproteger a las menores de edad privándolas del consejo, la confianza y el cariño de sus padres ante lo que puede ser una de las situaciones más difíciles de su vida. Se

durante el ulterior trámite de enmiendas sostenido en la Cámara baja¹⁶⁷², mostraron su rechazo frontal a que una disposición legal de estas características contuviera una previsión de tal envergadura.

está vulnerando, en suma, el principio de patria potestad, dibujando un modelo de sociedad donde es más importante proteger el derecho a la intimidad de los menores, el consumo de alcohol o de tabaco que someterse a un aborto". Acto seguido la misma diputada inquiriere directamente a los integrantes del Gobierno "¿o es qué no se han parado ni un solo momento a pensar que frente a la escandalosa cifra de abortos entre adolescentes, lo que ustedes hacen es ofrecerles el aborto como un método anticonceptivo más? ¿Alguno de ustedes o de sus supuestos expertos han dedicado medio minuto a reflexionar sobre el impacto físico y psicológico que la práctica del aborto puede tener en una adolescente, más si se hace de espaldas a su familia?". En esta misma sesión la diputada **Dña. Concepción Tarruella Tomás**, del Grupo Parlamentario Catalán, pág. 35, calificó esta medida de "degradación de la patria potestad", añadiendo que "el proyecto pretende reducir la figura de la patria potestad a una simple obligación de hospedaje, esto es, de alojamiento y manutención". y el **D. José Aguirrechea Urresti**, del Grupo Parlamentario Vasco, en *ibidem*. pág. 38. Desde el Grupo Catalán también se afirma que "no existe el derecho a causar un mal objetivo: la destrucción de la vida del aún no nacido", en la enmienda núm. 4 a la totalidad del proyecto de ley, en *ibidem*. pág. 12.

¹⁶⁷² Fueron también numerosas las enmiendas que se presentaron con el objeto de evitar que las menores pudieran decidir autónomamente sobre la práctica del aborto. Así, por ejemplo, las presentadas por el Grupo Parlamentario Popular, núm. 2 a la totalidad y núm. 83 de supresión de la disposición final segunda, en **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, págs. 6 y 43, respectivamente. La primera sostiene que "supone una total desprotección de las menores entre dieciséis y dieciocho años y vulnera los derechos y las obligaciones de los padres respecto de sus hijas tanto desde un punto de vista jurídico como social. Por otro lado, la incongruencia del Gobierno se pone de manifiesto de forma palpable en su dispar tratamiento de la minoría de edad. El exceso de celo que manifiestan por la protección de la imagen y la intimidad de los menores, es totalmente incoherente y choca frontalmente con la desprotección que supone negar a los progenitores la posibilidad de intervenir en decisiones trascendentales y sensibles en la vida de sus hijas menores como es la interrupción de un embarazo. Preocupa muy especialmente que las menores puedan pasar a ver el aborto como un método anticonceptivo más". La segunda, por su parte, plantea que "desde un punto de vista social, la posibilidad de prescindir del consentimiento parental vulnera los derechos de los padres, interfiere en las relaciones personales y de confianza recíproca dentro de la familia despreciando el apoyo que nadie mejor puede prestar ante una situación de estas características. Confunde intencionadamente la madurez biológica y sexual con la madurez psicológica y afectiva". En un sentido similar se pronunció el Grupo mixto - a través del **D. Carlos Salvador Armendáriz** y de la **Dña. Rosa Díez González** - en las enmiendas núm. 1 y 3, ambas a la totalidad, *ibidem*. págs. 3-4 y 7-8. En la segunda de ellas, la **Dña. Rosa Díez González** sostiene que "permitir el aborto desde los dieciséis años es una incongruencia con el resto de la legislación. En este sentido sería conveniente que la Ley estableciera la obligación de la menor de informar a sus progenitores o representantes legales en cualquier supuesto. Como sucede en muchos países de nuestro entorno, también parece conveniente exigir para las menores cautelas más estrictas que las fijadas para las mayores de edad, como que la menor debe estar siempre acompañada por un adulto en el momento de realizar la interrupción del embarazo. O si se quiere un régimen más garantista, debería bastar con la intervención judicial para asegurar la debida tutela de los derechos de las partes y la protección prioritaria de la menor". Idéntica línea crítica con el Proyecto de Ley fue la asumida por el Grupo Parlamentario Catalán en las enmiendas núm. 2 a la totalidad y núm. 114 de supresión de la disposición final segunda, *ibidem*. págs. 14-16 y 55-56, respectivamente, en las que subrayan que "pocas decisiones se pueden tomar a estas edades de más trascendencia, pocas existen donde tenga más sentido el contenido de la potestad parental que es cuidar y velar por los hijos y educarlos. Pocas hay donde tenga menos sentido excluir y apartar a los padres - incluso de su conocimiento -, abandonando a las hijas al

Fruto de esos debates parlamentarios y en respuesta a las presiones ejercidas desde distintas formaciones políticas, que condicionaron su voto afirmativo a la incorporación en el texto definitivo de la ley de un deber de información a los representantes legales¹⁶⁷³, se añadió al punto cuarto del artículo 13 de la vigente Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, un matiz o inciso final - no previsto inicialmente en el Proyecto -, en que se estatuye que "al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer".

albur de todo tipo de presiones, y también de consejos de personas - por muy técnicas y bien intencionadas que sean - que ni las conocen como el padre y la madre, ni las mana como el padre y la madre".

¹⁶⁷³ Es el caso del Grupo Parlamentario Vasco que manifestó en una de las ocasiones, a través del diputado **D. José Aguirrechea Urresti**, en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, IX legislatura, núm. 127, sesión plenaria núm. 119, celebrada el 26 de noviembre de 2009**, pág. 38, que "controversias mediáticas aparte, consideramos que a los padres o tutores legales de las jóvenes embarazadas entre dieciséis y dieciocho años que decidan interrumpir su embarazo se les notifique o comunique dicha decisión; algo que el proyecto de ley no contempla y, por medio de una oculta o semiofendida disposición final, pretende cambiar el artículo de la Ley de Autonomía del Paciente que excluía de la edad sanitaria el caso del aborto, rebajándolo a dieciséis años (...) Consideramos que estas y otras enmiendas que ha presentado mi grupo son fundamentales para que, en su caso, podamos apoyar esta Ley". Posteriormente mostró su plena avenencia con el contenido que finalmente sería aprobado en la Comisión de Igualdad - consentimiento en manos de la menor mayor de dieciséis años e información a los padres siempre que no ocasionara mayores trastornos - en **Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Igualdad, IX legislatura, núm. 438, sesión núm. 16, de 10 de diciembre de 2009**, pág. 9. Igualmente, la diputada **Dña. Olalla Fernández Dávila**, del Bloque Nacionalista Gallego - Grupo Parlamentario Mixto - exteriorizó su opinión de regularlo de un modo semejante al finalmente aprobado por la Ley, como puede deducirse de la enmienda núm. 11, en **Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, IX legislatura, serie A; proyectos de ley, núm. 41-7, enmiendas e índice de enmiendas al articulado, de 1 de diciembre de 2009**, págs. 18-19, la única diferencia sustancial radica en el hecho que en la referida enmienda se introducía un párrafo final - que no llegó al redactado definitivo de la Ley Orgánica - donde se enunciaba que "en incumplimiento de la obligación de información previa prevista en este apartado quedará sometida al régimen sancionador administrativo a que se refiere la Disposición Adicional sexta de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre". Lo mismo puede afirmarse de la enmienda núm. 121 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco, en *ibídem.* pág. 57, que propone la adición de un nuevo punto del artículo 13 con el siguiente tenor literal: "Cuarto. En el caso de las embarazadas menores de edad pero mayores de dieciséis años, se requerirá la notificación o comunicación a los padres o tutores legales de la embarazada, que habrá de constar inequívocamente en el expediente".

Similar posición fue la asumida por el Consejo Fiscal¹⁶⁷⁴, que en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, defendió vehementemente que mediante el texto presentado por el Gobierno se pretendía pasar de una situación en la que eran los padres de la menor embarazada mayor de dieciséis años los que adoptaban, previa audiencia de su hija, la decisión que estimaran más oportuna, a otra completamente antagónica de no tener ni tan siquiera reconocido el derecho a tomar conocimiento del estado de gestación y posible aborto de la menor¹⁶⁷⁵.

Ante tal eventualidad, el Consejo Fiscal se pronunció afirmando que esa solución no le parecía del todo razonable. En opinión de este órgano asesor, el Anteproyecto "hace mucho hincapié en la necesidad genérica de información y formación en materia sexual y reproductiva por parte de los poderes públicos y los profesionales de la sanidad. Pero parece olvidarse de la obligación de los padres de velar por sus hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En momentos tan difíciles como sin duda son aquéllos en que una menor entre dieciséis y dieciocho años se encuentra embarazada y se plantea la posibilidad de seguir o no con su estado de gravidez, poder prescindir del consejo y apoyo de sus progenitores no resulta para nada conveniente".

¹⁶⁷⁴ El Consejo Fiscal emite sus informes en virtud de lo prevenido en el artículo 14.4.j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 24/2007, de 9 de octubre. En dicho precepto se dispone que "corresponderá al Ministerio Fiscal informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal".

¹⁶⁷⁵ Vid. **Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo**, págs. 39-44.

Tampoco, sin embargo, parecía aceptable que una decisión de tanta trascendencia vital, y que resulta susceptible de dejar graves secuelas psicológicas en la persona de la menor, debiera ser adoptada única y exclusivamente por sus representantes legales. Piénsese, por ejemplo, en el caso de concurrir una clara discrepancia entre éstos y la adolescente, en los que la situación se tornaría cuanto menos dramática e insostenible, fuera cual fuera el sentido de la resolución paterna - abortar o continuar con el embarazo -.

Frente a esta disyuntiva, el Consejo Fiscal valoró como la solución más pertinente la de acudir a una posición intermedia, que terminó por concretarse en el advenimiento de una obligación de informar debidamente a los progenitores de la situación de su hija, y a que, por supuesto, su opinión sea tomada en consideración cuando la menor, que es a quien compete, tome la decisión final.

En definitiva, y a modo de corolario, como respuesta a todos los conflictos planteados durante la tramitación legislativa del Proyecto de Ley, y en aras de dotar al texto de un mayor nivel de claridad y seguridad jurídica, se propuso que, además de la reforma prevista para el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el redactado de la Ley Orgánica sobre interrupción voluntaria del embarazo contuviera en su articulado, por un lado, una mención expresa a la capacidad requerida a las mujeres para emitir válidamente el consentimiento informado y, de otro, se dejara constancia expresa del derecho que asiste a los progenitores - o tutores en su caso - de conocer la situación de embarazo de su hija menor de edad. Así como, que tal hecho se convirtiera, en los casos admitidos por la ley, en uno de los requisitos exigidos para que los médicos puedan practicar el aborto conforme a derecho.

4.3.4.2.2.3. El deber de informar a los representantes legales de la adolescente: regla general y excepciones

Dejando al margen la presunción prevenida en el párrafo primero del artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, relativa a que a las mujeres de dieciséis y diecisiete años les corresponde, exclusivamente a ellas, prestar el consentimiento para la interrupción voluntaria de su embarazo, centramos ahora nuestra atención en el estudio detallado del mandato incorporado en el texto definitivo de esta Ley Orgánica - párrafo segundo del artículo 13.4 -, que recoge la obligación de informar, al menos a uno de los representantes legales de la menor, de la decisión por ella adoptada.

Esta cautela da debida respuesta al anunciado retorno del sistema jurídico aplicable al aborto al régimen ordinario característico del sector sanitario, tratando de evitar que tal contingencia, no se traduzca en la automática y total eliminación de la figura del progenitor o del legal representante de la adolescente del proceso de deliberación y toma de decisiones¹⁶⁷⁶.

En efecto, la voluntad del legislador es la de tratar de conciliar el respeto al derecho a la autodeterminación de las personas menores de edad, con la facultad de los progenitores o tutores de velar por los intereses de aquellos que se encuentran todavía bajo su responsabilidad y representación legal.

¹⁶⁷⁶ No obstante, esta forma de proceder no es la propia del ámbito de la salud, excepción hecha, claro está, de las intervenciones médicas de naturaleza especialmente grave.

Para concretar este deber o exigencia, el artículo 8 del Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, de desarrollo parcial de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo¹⁶⁷⁷, dispone que "la mujer de dieciséis o diecisiete años prestará el consentimiento para la interrupción del embarazo aportando documento que acredite el requisito de la información a los representantes legales¹⁶⁷⁸. Este escrito justificativo será entregado personalmente por la adolescente acompañada de su representante legal al personal sanitario del centro en el que vaya a practicarse la intervención"¹⁶⁷⁹.

Esta previsión reglamentaria, con una redacción, entendemos, no excesivamente afortunada, nos suscita múltiples interrogantes que, lejos de aportarnos un mayor grado de seguridad jurídica, por el contrario, incrementan los espacios abonados a una más que previsible situación conflictual. Se impone, *prima facie*, una carga a la mujer adolescente - que por cierto, no aparece contemplada en la Ley Orgánica -, pues a ella corresponde la responsabilidad última de librar al facultativo o al personal sanitario del centro en el que vaya a tener lugar su operación, el documento que atestigüe el cumplimiento del mandato de información previsto en la Ley. Además, la disposición infralegal guarda silencio sobre el modo en cómo actuar si los representantes legales se niegan a acompañar a la menor a formalizar tal

¹⁶⁷⁷ Boletín Oficial del Estado, núm. 155, de 26 de junio de 2010.

¹⁶⁷⁸ De forma similar ya se había pronunciado el **Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo**, de 17 de septiembre de 2009, en el que manifestó que "en la información que se proporciona a la menor antes de tomar una decisión sobre la interrupción voluntaria del embarazo debe incluirse una advertencia para que ésta consulte con los titulares de la patria potestad o con sus representantes y escuche su consejo. Antes de la intervención la menor habrá de completar el documento en el que conste su consentimiento con el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes legales afirme haber tenido información acerca de la intervención a la que se pretende someter".

¹⁶⁷⁹ En opinión de **Queralt i Jiménez, Joan Josep**, op. cit. pág. 15, prever este deber de información a los representantes legales de la menor introduce una fuente de conflictos, pues ya es un signo de conflictividad que la mujer, en un trance como un aborto, no cuente manifiestamente ni con sus progenitores - con uno al menos - ni, en su caso, con quien ejerza su tutoría. Persistir en este deber de información no haría sino ahondar aun más en el doble conflicto existencial en que se halla inmersa la menor: la interrupción voluntaria del embarazo y la desafección paterno-filial.

cometido¹⁶⁸⁰. Un tercer punto a destacar, yace en la falta de previsión reglamentaria de un mecanismo que, a fin de evitar que la intervención de los progenitores o representantes legales pueda suponer una forma de presión de la voluntad de la embarazada, alterando mediante alguna suerte de condicionamiento emocional el sentido de su decisión final, permita a la menor de edad poder recibir, a solicitud propia, una asistencia a cargo de especialistas que puedan facilitarle el análisis objetivo y racional de todos los factores en juego.

A pesar de la regla general expuesta, tanto la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, como el Real Decreto 825/2010, de 25 de junio, permiten, a modo de excepción, enervar este deber de información cuando la menor alegue fundadamente que ello provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo - quizás hubiera sido más adecuado utilizar la expresión de riesgo¹⁶⁸¹ - o desamparo. En este caso, el médico encargado de la práctica abortiva deberá apreciar, por escrito y con firma de la adolescente, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, si lo estimare conveniente, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional del trabajo social.

¹⁶⁸⁰ Para **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 106, la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril - RTC\1985\53 - ya había entendido que la menor de edad es la que, si tiene madurez de juicio suficiente, debe decidir acerca de la interrupción de su embarazo - siempre que se tratara de alguno de los supuestos que en aquél momento eran legales -. Solución más realista, defiende este autor, que la que quince años después ha preferido el legislador, pues no parece que sea muy adecuado que sea él quien se erija en psicólogo clínico y determine que una joven de dieciséis años puede prestar su consentimiento para interrumpir su embarazo "de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad" - artículo 13.4 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo -.

¹⁶⁸¹ De acuerdo con la previsiones contenidas en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - artículos 102 a 104 - y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor - artículo 12 -.

Nuevamente, la norma no se pronuncia acerca del modo sobre cómo han de aducirse o fundamentarse, por parte de la menor, la presencia de esos riesgos, por lo que nada nos impide pensar que bastará simplemente con que ésta manifieste que así lo considera, con absoluta independencia de los argumentos esgrimidos para así corroborarlo. Ahora bien, lo que sí parece quedar fuera de toda duda es que compete al facultativo responsable de intervenir a la menor de edad validar la credibilidad de las evidencias aportadas. A resultas de lo esgrimido, no deja de ser preocupante que una aplicación generalizada de esta excepción puede llevar, en la práctica, a que la omisión de la información a los representantes legales se convierta en la regla general. Para evitar esta *praxis* abusiva, al mismo tiempo que para facilitar la tarea a los profesionales sanitarios, sería recomendable tratar de objetivar al máximo cuáles son las alegaciones de esta naturaleza susceptibles de ser acogidas¹⁶⁸².

Finalmente, dos aspectos más a subrayar que integran la excepción al mandato de información a los representantes legales contenido en el artículo 13 *in fine* de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, son: por un lado, que se instituye como *conditio sine qua non* para su verdadera operatividad, que el mal esperado tenga la consideración de "ser grave". No puede tratarse de un simple temor a un enfado, una regañina o un castigo por parte de unos padres más o menos comprensivos; y en

¹⁶⁸² **Romeo Malanda, Sergio:** "La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto" en ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario: Actualización y puesta al día en derechos de información y autonomía de los pacientes: especial referencia al consentimiento informado, dirigido por Manuel Alfonso Villa Agil, pág. 14, aporta dos propuestas tendentes a objetivar este tipo de alegaciones: por un lado, apunta que puede tenerse como dato relevante a efectos de optar por informar o no al representante legal la condición de emancipada de la menor de edad. Así, una de las causas que, precisamente, puede dar lugar a la concesión de la emancipación son las malas relaciones personales entre padres e hijos. Por tanto, la mera constatación de la condición de emancipada de la mujer embarazada debería aceptarse como dato objetivo suficiente para acogerse a la excepción señalada y no informar al representante legal, más aún si se tiene en cuenta que los emancipados carecen de representante legal; por otro lado, hay que tener igualmente presente que en los casos en que se autoriza a prescindir de la información al representante legal por encontrarse la menor en situación de desamparo, tal circunstancia, la asunción por parte del órgano público competente en materia de protección a la infancia de la tutela automática de la menor, debería suponer la exoneración del deber de informar a los progenitores.

segundo término, se grava a la mujer embarazada con una carga adicional, materializada, caso de ser solicitada por el facultativo, en la contingencia de tener que someterse a exámenes o inspecciones ajenas a su estado de salud, que dificultan la ya de por sí complicada práctica legítima de la interrupción voluntaria del embarazo.

4.3.4.2.3. Ideas finales a modo de recapitulación y distintas posiciones ante la actual regulación legal

Llegados a este extremo, y a modo de sumario, debemos insistir en la idea de fondo que entendemos subyace tras el articulado de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. Del examen minucioso de sus preceptos, parece desprenderse la voluntad del legislador de considerar el aborto como una práctica sanitaria común a la que toda paciente mayor de dieciséis años, se presume, puede someterse libremente. A tal conclusión arribamos, no tan solo atendiendo a la previsión normativa contenida en el artículo 13.4 de esa Ley Orgánica, sino que, además, el artículo 18 del mismo texto legal confirma la definitiva incorporación de la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en el conjunto de prestaciones sanitarias comprendidas dentro del Sistema Nacional de Salud¹⁶⁸³. A ello debe unírsele, también, la circunstancia de que tras la modificación operada en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre - alteración que entendemos también afecta al artículo

¹⁶⁸³ En esta línea se adscriben los comentarios efectuados por el **Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo**, de 17 de septiembre de 2009, en que se consideraba que caso de aprobarse la Ley el régimen sería el siguiente: a) Menor de edad que no sea capaz de entender intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención clínica menor de doce años, el consentimiento corresponde al representantes legal; b) menor de edad que sea capaz de comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención clínica, con al menos doce años cumplidos, el consentimiento corresponde al representante legal que debe haber escuchado previamente la opinión del menor; c) menor emancipado, corresponde exclusivamente al menor prestar su consentimiento; d) menor con dieciséis años cumplidos. La decisión corresponde a la mujer. Los padres tendrán no obstante derecho a ser informados de la decisión.

7. 2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre -¹⁶⁸⁴, las mujeres que reúnan la capacidad de entender y querer necesarias, presumiéndose tal condición a partir de los dieciséis años cumplidos, restarán habilitadas para consentir por sí la práctica ordinaria del aborto, en igual medida que pueden hacerlo con cualquier otra actuación médica.

Por último, para concluir este tema, tan sólo nos resta recordar que la entrada en vigor y puesta en funcionamiento del nuevo modelo o sistema legal de atención a la salud sexual y reproductiva implantado en España por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, ha significado, en nuestro contexto socio-jurídico de referencia, la irrupción o manifestación de un cúmulo de sensibilidades encontradas acerca de la verdadera conveniencia y oportunidad de la reforma acometida.

Parte de la doctrina se niega, *ad exemplum*, a admitir que la presunción contenida en la referenciada Ley Orgánica, que estima que una adolescente con dieciséis años cumplidos ostenta la aptitud intelectual y volitiva necesarias para disponer sobre su maternidad, exhiba un carácter de absolutividad. Por el contrario, lo lógico sería pensar, tal y como acontece con otros actos jurídicos¹⁶⁸⁵, que debiera examinarse caso por caso si la menor de edad reúne el grado mínimo de madurez exigido. Es por ello, que los defensores de estas tesis defienden la idoneidad de una nueva modificación normativa que incorpore a la letra de la Ley la clara exigencia de que en todos aquellos casos en los que el aborto afecte a una menor, con independencia

¹⁶⁸⁴ Fruto de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

¹⁶⁸⁵ **Corral García, Eduardo:** "El supuesto derecho de la mujer para decidir sobre su maternidad: una visión crítica" en La Ley penal, núm. 69, marzo 2010, pág. 57, toma como ejemplo la posibilidad de que el mayor de catorce años pueda testar, pero sólo ante notario, por lo que el fedatario público deberá efectuar en todo caso el juicio de capacidad necesaria para otorgar una disposición de última voluntad.

de su edad, sea preceptivo contar con la debida autorización judicial. Será al juez a quien corresponda valorar si la adolescente presenta o no el adecuado raciocinio.

Además, en los supuestos que la mujer haya alcanzado los dieciséis años de edad, a pesar de ser ella quien resuelva finalmente proseguir o no con su estado de gestación, debería prescribirse, como mínimo irrenunciable, que cuando sus progenitores o tutores, tras ser adecuadamente informados, no estuvieran de acuerdo con su decisión, también sea la autoridad judicial quien, únicamente en tales circunstancias, dictaminara si procede o no validar la opción por ella elegida.

Otra línea doctrinal, en cambio, se muestra absolutamente favorable a la elección asumida por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de conceder, en condiciones normales, plena validez al consentimiento prestado por las embarazadas mayores de dieciséis años. Algunos de los argumentos manejados para defender esta tesis son los enumerados a continuación: a) tendencia generalizada de la legislación española a reconocer capacidad progresiva a las menores de edad para ejercer sus derechos y asumir, en igual medida, sus responsabilidades; b) naturaleza personalísima del derecho a decidir sobre la maternidad - artículo 162.1 del Código civil español y 211-5.a) del Código civil de Cataluña -; c) facultad para contraer matrimonio, si bien con dispensa judicial, a partir de los catorce años de edad; d) reconocimiento de plena libertad sexual a los menores de edad a partir de los trece años; e) insuficiencia del consentimiento de los representantes legales para justificar la intervención abortiva si la menor ha manifestado su voluntad de continuar con la gestación; y, f) falta de coherencia de la exigencia del consentimiento paterno con la regulación general de la emisión de la declaración de voluntad de menores en

materia de intervenciones clínicas - Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre -¹⁶⁸⁶.

Una posición ecléctica es la defendida, en tercer lugar, por aquellos autores que abogan por una solución llamémosle "a la francesa"¹⁶⁸⁷. En su virtud, el consentimiento emitido por una menor embarazada con capacidad natural debiera rodearse de ciertas cautelas o requisitos adicionales. Ello podría hacer conveniente, a lo sumo, la inserción en esa Ley Orgánica de una previsión normativa de que los representantes legales, o incluso otra persona con plena capacidad de obrar, desempeñaran en este supuesto una labor de asistencia o complemento de la capacidad de la menor, sustituible en caso necesario por el debido control judicial; pero, sin llegar al extremo de legitimarlos para suplir su *voluntas*. Así ocurre en el Derecho francés que, aunque presupone suficiente discernimiento en la menor de edad con capacidad sexual, prevé que cuando una menor no emancipada pretenda interrumpir voluntariamente su embarazo, su consentimiento deberá ir acompañado por el de una de las personas que ejercen la potestad o por su representante legal - artículo L2212-7 del *Code de la Santé Publique* -. No obstante, si la menor no emancipada desea preservar el secreto de su estado y de su decisión de abortar frente a sus legítimos representantes, la actual redacción de este precepto - dada por la *Loi* de 7 de julio de 2001 - contempla la posibilidad de que la menor sea asistida a estos efectos por otra persona mayor de edad de su elección, sin necesidad de tener que acudir a la autorización judicial. Eso sí, en ningún caso podrá practicarse el aborto con oposición de la menor.

¹⁶⁸⁶ Por todos, **García Garnica, María del Carmen**, op. cit. págs. 171-172.

¹⁶⁸⁷ Entre ellos, **Laurenzo Copello, Patricia**, op. cit. págs. 57-59.

4.3.4.3. Efectos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, y de la interrupción voluntaria del embarazo en Cataluña

Al analizar en profundidad los principios y disposiciones emanados de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, subrayábamos que una de las grandes novedades incorporadas por este texto normativo era, precisamente, la concepción de la maternidad libremente deseada como una manifestación del derecho básico a la autodeterminación personal.

Pues bien, en esa misma línea de pensamiento se enmarca el artículo 41.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, que bajo la rúbrica "perspectiva de género", señala que los poderes públicos deben velar por que "la libre decisión de la mujer sea determinante en todos los casos que puedan afectar a la dignidad, la integridad y el bienestar físico y mental, en particular por lo que hace referencia al propio cuerpo y a su salud reproductiva y sexual"¹⁶⁸⁸.

A su vez, la influencia de esta norma estatutaria se ha dejado sentir en el redactado final del artículo 212-7 del Código civil de Cataluña que establece que "la libre decisión de las personas es determinante en las cuestiones que puedan afectar a su

¹⁶⁸⁸ La **sentencia del Tribunal Constitucional núm 31/2010, de 28 de junio** - RTC\2010\31 -, al desestimar la impugnación de este precepto, recuerda que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos de Cataluña y que, "dada su generalidad y abstracción, no puede inferirse una indeterminación de la protección de la vida concebida, como sostienen los recurrentes. Ello sin perjuicio, como es obvio, de la posibilidad de impugnar, en su caso, la eventual adopción de políticas públicas que se pudieran entender contrarias al referido derecho fundamental. Pero de la redacción del precepto en cuestión ni se derivan necesariamente estas políticas, ni, más genéricamente, proclamación alguna contraria al artículo 15 de la Constitución española" - Fundamento jurídico vigésimo octavo -.

dignidad, integridad y bienestar físico y mental y, en particular, en cuanto al propio cuerpo y a la salud reproductiva y sexual"¹⁶⁸⁹.

Enmarcado ya el contexto teórico que debe informar la elaboración de políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva en Cataluña, es el momento de centrarnos en el estudio del modo sobre cómo ha quedado configurado el panorama legislativo catalán tras la promulgación y entrada en vigor de la citada Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo. *A priori*, la respuesta pareciera obvia. No en vano, nos hallamos ante una norma orgánica que desarrolla distintos derechos fundamentales, de especial significación para las mujeres, que garantizan su integridad física y moral a la vez que su intimidad personal y familiar en un contexto tan específico como es el de la salud sexual y reproductiva. Tal y como afirma su propio Preámbulo "la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que los individuos afrontan a lo largo de sus vidas, que integran un ámbito esencial de la autodeterminación individual". Ello nos lleva a afirmar, como no podría ser de otro modo, que los preceptos contenidos en la mentada disposición estatal son de aplicación directa e íntegra en el territorio catalán.

Ahora bien, las dudas surgen en el preciso instante en que la disposición final segunda de la Ley Orgánica objeto de nuestro análisis, modifica el redactado del artículo 9.4 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, eliminando del mismo la mención expresa a la "interrupción voluntaria del embarazo". Esta circunstancia, nos plantea el interrogante sobre si esa

¹⁶⁸⁹ Navarro Michel, Mónica: "Comentario al artículo 212-7 del Código civil de Cataluña. Decisiones sobre el propio cuerpo" en Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.): Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, págs. 125-126.

alteración afecta o no al resto de disposiciones emanadas de los diferentes parlamentos autonómicos que han legislado sobre la materia, y que continúan manteniendo en sus normativas internas la cláusula de que en "los supuestos legales de interrupción voluntaria del embarazo, se estará a lo establecido con carácter general por la legislación civil sobre mayoría de edad, y, si procede, la normativa específica que sea de aplicación". Cataluña, tal y como hemos ido afirmando en este sentido, no es una excepción y acoge entre las prescripciones emanadas de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, en concreto, en su artículo 7.2 *in fine*, la referida estipulación.

Para dar respuesta a la demanda formulada debemos acudir, inevitablemente, a una interpretación de carácter histórico. De esta forma, no podemos olvidar, que tanto la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como la inmensa mayoría de las leyes autonómicas posteriores a esta Ley básica estatal, al tratar sobre esta cuestión se limitaron, simplemente, a copiar el contenido del artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, transcribiéndolo casi literalmente, técnica esta de reproducción mimética de normas criticada profundamente por el Tribunal Constitucional por su inadecuación al sistema de fuentes. Este método de proceder, estima nuestro máximo intérprete, no es el más oportuno y conveniente, pues puede mover a la confusión normativa como ocurre en aquellos casos en los que el precepto emulado pierde su eficacia o es modificado, manteniéndose, sin embargo, vigente el que lo reproducía o del que provenía¹⁶⁹⁰. Esta situación es, precisamente, la que acontece en la actualidad con la comentada modificación del artículo 9.4 de la

¹⁶⁹⁰ Vid en este sentido la **sentencia del Tribunal Constitucional número 162/1996, de 17 de octubre**, Fundamento jurídico tercero - RTC 1996\162 - y la **sentencia del Tribunal Constitucional número 26/1982, de 24 de mayo**, Fundamento jurídico primero - RTC 1982\26 -.

Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, por obra de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo.

El nuevo redactado que la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva asigna al texto del artículo 9.4 de la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, entra en franca contradicción, por lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere, con las previsiones comprendidas tanto en las disposiciones autonómicas dictadas a su imagen y semejanza, como con el precepto catalán que le sirvió de modelo e inspiración. Tal circunstancia, justamente, es la que lleva a interrogarnos acerca de si las citadas previsiones autonómicas deben o no amoldarse preceptivamente a lo convenido por la ley básica estatal y suprimir, en consecuencia, la evocación que se efectúa en las mismas al régimen particular al que debe someterse la práctica de las interrupciones voluntarias del embarazo.

Asimismo, ahondado un tanto en este asunto, debemos recordar que los títulos competenciales al amparo de los cuales se dictó la referenciada Ley básica estatal son los establecidos en el artículo 149.1.1 y 149.1.16 ambos de la Constitución española. La doctrina constitucional se ha encargado de definir el sentido y alcance del primero de ellos, afirmando que esta disposición "más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione - mediante, precisamente, el establecimiento de unas *condiciones básicas* uniformes - el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales"¹⁶⁹¹. En idéntica medida, ahora desde una perspectiva de clara

¹⁶⁹¹ Vid en este sentido la **sentencia del Tribunal Constitucional número 178/2004, de 21 de octubre**, Fundamento jurídico séptimo - RTC 2004\178 -.

demarcación negativa, ha manifestado el propio Tribunal Constitucional, que dicho precepto "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento - eso sí, por entero - de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad", de manera que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos y deberes.

Por lo que a las normas básicas dictadas al amparo del artículo 149.1.16 de la Constitución española se refiere, éstas deben ser desarrolladas regulando el amplio espectro reservado a las competencias de la Comunidad Autónoma, espacio de libre conformación en el que los parlamentos autonómicos plasmarán su propia iniciativa legislativa sobre la materia, con los únicos límites de las bases prefijadas a nivel estatal.

En suma, trayendo a colación los comentarios vertidos por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre el significado atribuido a las denominadas como "condiciones básicas" y aplicándolos a la resolución de nuestra controversia, podemos llegar a la conclusión de que si el Estado considera necesario enmendar estas cláusulas esenciales y al hacerlo entraran en contradicción con preceptos de Leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas, ya que, como tiene expuesto el propio Tribunal, "constituyen un núcleo de regulación uniforme del que ineludiblemente debe partir la regulación que de la materia dicten los Parlamentos autonómicos"¹⁶⁹².

¹⁶⁹² A ello se refiere expresamente la **sentencia del Tribunal Constitucional número 173/1998, de 23 de julio**, Fundamento jurídico noveno - RTC 1998\173 -; doctrina reiterada, más tarde, por la **sentencia del Tribunal Constitucional número 54/2002, de 27 de febrero**, Fundamento jurídico tercero - RTC 2002\54 -. También se refiere a esta cuestión la **sentencia del Tribunal Constitucional número 1/2003, de 16 de enero**, Fundamento jurídico octavo - RTC 2003\1 -.

Así, una vez modificada la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es claro que quedarán afectadas todas las normas autonómicas¹⁶⁹³, ya sean anteriores o posteriores a su entrada en vigor, que no respeten el contenido básico de la misma¹⁶⁹⁴.

En definitiva, y por lo que al caso catalán se refiere, el legislador autonómico puede normar conforme a su criterio en materia de consentimiento informado, mientras que el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento o la alteración de condiciones básicas en el contexto de sus prerrogativas. Por tanto, al rectificarse el redactado del artículo 9.4 de la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, esa modificación debe entenderse extensible al contenido del artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, por lo que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, este último precepto debe interpretarse como desprovisto o carente de toda alusión "al supuesto legal de la interrupción voluntaria del embarazo". Este mismo razonamiento sería ampliable al resto de disposiciones autonómicas que amparan prescripciones con idéntico contenido.

¹⁶⁹³ Algunos autores han defendido que las leyes autonómicas que contradicen la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, son inconstitucionales e incluso han llegado a afirmar que estas normas podrían ser declaradas nulas por el Tribunal Constitucional al contradecir la regulación estatal. Vid. entre otros **Dolz Lago, Manuel Jesús**: "Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de los derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad" en Diario La Ley, núm. 5744, marzo 2003, págs. 1-5; **Corbella i Duch, José**: "Sobre la constitucionalidad de las Leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas" en VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. I Reunión Iberoamericana del Derecho sanitario, celebrado en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid del 18 al 20 de octubre de 2001; y, **Parra Lucán, María Ángeles**: "Voluntades anticipadas - autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos -", en Acta de los Decimoquintos encuentros del Foro de Derecho aragonés. Zaragoza, 2006, Ed. El Justicia de Aragón, págs. 89 y 91.

¹⁶⁹⁴ Así se pronuncia **Pemán Gavín, Juan**: "Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en Revista del Poder Judicial, núm. 74, 2004, págs. 129-130. Por su parte, **Tarodo Soria, Salvador**, op. cit. pág. 204, considera que la normativa autonómica que ha regulado de forma específica los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios nos ofrece muestras de algunas decisiones que entran en flagrante colisión con la normativa básica y que, por tanto, son nulas. En opinión de este autor, los principales conflictos se producen en el ejercicio de los derechos sanitarios por parte del menor de edad o en la regulación de las instrucciones previas.

Un último aspecto digno de ser destacado, concerniente a la recepción de la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo en el derecho catalán, hace referencia a la influencia que la mentada disposición aprobada por el Congreso de los Diputados ejerció sobre el redactado definitivo del artículo 47 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

El precepto en cuestión está estructurado en dos apartados claramente diferenciados entre sí. El primero de ellos, se limita a reproducir la regla general prescrita en la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva - artículo 13.4 -, así como en el artículo 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, manifestando que las "chicas tienen derecho a decidir sobre la maternidad en relación con su grado de madurez"¹⁶⁹⁵. Además, y para que no queden dudas al efecto, el punto primero del artículo 47 de la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia finaliza operando una remisión en bloque a las previsiones estipuladas en las normas que desarrollan de manera particular el derecho de las mujeres a decidir sobre la maternidad: "de acuerdo con la legislación específica"¹⁶⁹⁶.

¹⁶⁹⁵ Una crítica vertida sobre la versión final adoptada por este artículo fue la planteada por la representación del Colegio de Médicos de Barcelona, encabezada por D. Marius Morlans y Dña. Emma Domínguez, en el trámite de comparecencias ante la Comisión de Bienestar e Inmigración del Parlamento de Cataluña celebrada el 22 de diciembre de 2009 - **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 617, de 25 de enero de 2010**, pág. 16 -. Esta delegación médica manifiesta que es cierto que la chica puede decidir sobre su maternidad, siempre que se incline por ser madre. Ahora bien, no puede decidir libremente sobre la interrupción voluntaria de la gestación, ya que el aborto está sometido a ciertas condiciones: plazos, salud de la madre, malformaciones del feto. Además, el artículo en cuestión no resuelve algunos de los problemas cruciales que en la vida real se plantean. A título de ejemplo, se suscita la cuestión sobre qué ocurre cuando los progenitores que ostentan la representación legal de la menor están separados o divorciados y no coinciden en la decisión que debe adoptarse.

¹⁶⁹⁶ En opinión del Dr. Jordi Cots i Moner, expresada durante el trámite de comparecencias ante la Comisión de Bienestar e Inmigración del Parlamento de Cataluña celebrada el 19 de enero de 2010 - **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 617, de 25 de enero de 2010**, pág. 16 -, debería consignarse que, de acuerdo con la norma estatal, debe notificarse la decisión a los progenitores y que, en caso de conflicto, se tiene que acudir a los mecanismos de mediación familiar prescritos en el artículo 39 de la propia Ley de infancia. En este mismo sentido se pronunció el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió durante el proceso de tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de los derechos y las oportunidades en la

Parece, por tanto, que con este mandato, la Ley catalana sobre los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia viene a corroborar la idea que subyace de forma ordinaria en nuestro ordenamiento jurídico, cada vez más propenso a considerar a los adolescentes como sujetos activos con capacidad de actuación autónoma, de conformidad con el grado de desarrollo intelectual y volitivo que presenten. El criterio objetivo de la edad pierde el monopolio en la determinación de cuáles son los actos que una persona puede realizar por sí, sin necesidad de representación legal alguna, y pasa a configurarse como una mera presunción, que debe guiar y facilitar la tarea de los operadores jurídicos - artículo 211-5 del Código civil de Cataluña -.

A la luz de lo apuntado, y profundizando un tanto en el inciso final del artículo 47.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, podríamos preguntarnos qué debe entenderse por "chica" en el contexto de la mentada norma, ya que a tenor de lo dispuesto en su artículo 2, párrafo segundo, se "entiende por niño la persona menor de doce años y por adolescente la persona con una edad comprendida entre los doce años y la mayoría de edad establecida por la Ley", pero, en cambio, no encontramos estipulación alguna acerca del significado de la noción "chica". Ningún esfuerzo le hubiera supuesto al legislador, en aras de un mayor nivel de concreción y seguridad jurídica, adaptar la terminología de la disposición a la nomenclatura ordinaria seguida por la denominada Ley catalana de infancia y adolescencia.

Otra crítica que podemos verter sobre este precepto, hace referencia o cuestiona abiertamente su verdadera eficacia práctica, que desde nuestro punto de vista, es más que cuestionable. En realidad, el artículo 47.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de

infancia y la adolescencia. Así consta en la enmienda nº. 58 presentada por este grupo parlamentario - **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 637, de 22 de febrero de 2010, pág. 13 -**.

los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, se limita únicamente a plasmar aspectos ya previstos de manera más prolija en otras normas legales. Así, en nada se vería alterado el régimen legal aplicable al consentimiento informado emitido por las "chicas" - empleando esta vaga expresión de la ley catalana - en el ámbito de las interrupciones voluntarias del embarazo, si el mismo dejara de existir¹⁶⁹⁷. Nos hallamos ante una norma que reitera contenidos ya previstos en otras disposiciones anteriores, a las que no puede contradecir, que nada nuevo aporta y, en consecuencia, es absolutamente prescindible. Y es que con razón, suele afirmarse que el menor de edad es la fuente más importante de retórica legal, de declaraciones suntuosas y, en general, de grandes principios de un tenor casi "poético", pero de escasa efectividad y nula aplicación práctica. En no pocas ocasiones nos encontramos ante verdaderos *derechos entelequia*¹⁶⁹⁸, vacíos de contenido, que a pesar de ser inocuos, generan el riesgo de desvirtuar el valor de lo ciertamente necesario y significativo.

El segundo apartado del artículo 47 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, efectúa una mención expresa a las "chicas"¹⁶⁹⁹ en situación de desamparo, y tuteladas, por tanto, por la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar Social y Familia de la Generalitat de Cataluña, que estén embarazadas. En este sentido, el precepto enuncia que "en los casos de chicas tuteladas por la

¹⁶⁹⁷ Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley, el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de supresión del artículo 47, la número 28, que finalmente no prosperó. Los motivos alegados por esta formación parlamentaria no obedecen tanto a razones de técnica legislativa, como lo que nosotros hemos argüido, sino más bien a cuestiones de carácter ético y moral. Para profundizar en este aspecto vid. **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 637, de 22 de febrero de 2010**, pág. 5.

¹⁶⁹⁸ Se pronuncia en este mismo sentido **Garcés Sanagustín, Ángel**, op. cit. págs. 592-593, en una clara crítica a la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia.

¹⁶⁹⁹ Podemos, nuevamente, preguntarnos qué debe entenderse por "chica".

Administración de la Generalidad, esta administración debe poner a disposición de la chica todo el apoyo psicosocial y material necesario para ayudarle a hacer frente a la nueva situación. Este apoyo debe ampliarse, si procede, para garantizar el bienestar del recién nacido"¹⁷⁰⁰.

La pretensión del legislador catalán con esta alusión directa a las adolescentes en situación de desamparo es la de asegurar que aquellas menores de edad que se encuentren en una especial situación de vulnerabilidad, y que se vean envueltas en un estado de gravedad, reciban una atención singular y personalizada que tome en consideración sus particulares circunstancias y contextos de vida.

4.3.5. La investigación biomédica y los ensayos clínicos con medicamentos

4.3.5.1. La persona menor de edad y la investigación biomédica

En pocos años ha cobrado enorme relevancia la obtención, utilización, depósito y cesión de las muestras biológicas con fines de diagnóstico y de investigación. Son cada vez más frecuentes los estudios que implican procedimientos invasivos en seres humanos, y la exploración con gametos, embriones o células madre, que se han revelado imprescindibles en el ámbito de la terapia celular y la medicina regenerativa. Sin embargo, estos avances científicos y los procedimientos y herramientas utilizados para alcanzarlos, generan importantes incertidumbres éticas

¹⁷⁰⁰ Este párrafo segundo del artículo 47 de la Ley de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia no aparecía recogido en el inicial Proyecto de Ley - **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 517, de 20 de julio de 2009**, pág. 44 -, sino que fue a propuesta del Grupo Parlamentario de Convergència i Unió - enmienda núm. 58 - que fue incorporada a su texto definitivo. Vid. en este sentido, el **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 637, de 22 de febrero de 2010**, pág. 13, así como el informe de la Ponencia encargada de tramitar el Proyecto de Ley de infancia y adolescencia del Parlamento de Cataluña - **Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura, núm. 689, de 27 de abril de 2010**, pág. 28 -.

y jurídicas que deben ser convenientemente reguladas, con el equilibrio y la prudencia que exige un tema tan complejo que afecta de manera tan directa a la esencia del ser humano.

Ante este panorama, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica¹⁷⁰¹, viene a dar respuesta a esos nuevos retos científicos al mismo tiempo que trata de garantizar la protección de los derechos de las personas que se vean afectadas por la acción tecnológica¹⁷⁰². Consecuentemente, la Ley proclama que la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalece por encima del interés de la sociedad o de la ciencia.

En particular la Ley se construye sobre los principios de integridad de la persona y de protección de la dignidad e identidad del ser humano. En este sentido, la norma establece que la libre autonomía de la personalidad es el fundamento del que se derivan los derechos específicos a otorgar el consentimiento y a obtener la información previa¹⁷⁰³.

¹⁷⁰¹ Boletín Oficial del Estado, núm. 159, de 4 de julio de 2007.

¹⁷⁰² La Ley 14/2007, de 3 de julio, tiene por objeto regular: a) Las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos; b) la donación y utilización de ovocitos, espermatozoides, preembriones, embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos con fines de investigación biomédica y sus posibles aplicaciones clínicas; c) el tratamiento de muestras biológicas; d) el almacenamiento y movimiento de muestras biológicas; e) los biobancos; f) el Comité de Bioética de España y los demás órganos con competencias en materia de investigación biomédica; y d) los mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica. Sin embargo, resta excluido del ámbito de aplicación de esta norma todo lo referente a los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios, que se regirán por su normativa específica, así como las implantaciones de órganos, tejidos y células de cualquier origen que se regirán por lo establecido en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

¹⁷⁰³ En la regulación de todas estas materias la Ley 14/2007, de 3 de julio, tiene en cuenta lo previsto en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, a las que reconoce expresamente su condición supletoria en aquellas cuestiones no previstas por ella - disposición final segunda -.

De este modo, para participar en este tipo de análisis, se debe prestar previamente el consentimiento expreso y escrito una vez recibida la información adecuada - artículos 4.1 y 13 de la Ley 14/2007, de 3 de julio -. Esta declaración de voluntad deberá sustituirse por representación cuando la persona sea legalmente incapaz o sea menor de edad, siempre y cuando no existan otras alternativas para la investigación. Ahora bien, se exige que los menores de edad participen en la medida de lo posible, según su edad y capacidad, en el proceso de toma de decisiones a lo largo de todo el curso de la experimentación - artículo 4.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio -.

A pesar de lo indicado, si por causa de su estado y de la urgencia de la situación, no se puede obtener a tiempo la autorización de los representantes legales, se podrá realizar la investigación, siempre que se respeten las siguientes condiciones: que no sea posible llevar a cabo esas actividades en otra persona que pueda otorgar su consentimiento; que, si no es previsible que produzca resultados beneficiosos para su salud, contribuya a mejorar la comprensión de la enfermedad para beneficiar a otros sujetos con la misma afección o condición, siempre que conlleve el mínimo riesgo e incomodidad para aquél; y que la autorización de la investigación se ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal. Una vez superada la situación de emergencia deberá informarse a la mayor brevedad posible a sus representantes legales.

4.3.5.2. La persona menor de edad y los ensayos clínicos con medicamentos

El ensayo clínico, como se deduce de su propia denominación, consiste en un estudio de carácter experimental de los resultados y efectos derivados de la administración a seres humanos de una sustancia o medicamento¹⁷⁰⁴. Más

¹⁷⁰⁴ **Ruiz García, Juan Antonio**: "Aspectos jurídicos de la medicina personalizada" en InDret, mayo de 2005, págs. 13-14, nos resume cuáles son los requisitos básicos para la práctica de ensayos clínicos: a) autorización

concretamente, la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001¹⁷⁰⁵, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre la aplicación de buenas prácticas clínicas en la realización de ensayos clínicos de medicamentos de uso humano, lo define como "toda investigación efectuada en seres humanos, con el fin de determinar o confirmar los efectos clínicos, farmacológicos y/o los demás efectos farmacodinámicos de uno o varios medicamentos en investigación, y/o de detectar las reacciones adversas a uno o varios medicamentos en investigación, y/o de estudiar la absorción, la distribución, el metabolismo y la eliminación de uno o varios medicamentos en investigación con el fin de determinar su inocuidad y/o su eficacia" - artículo 2.a) -¹⁷⁰⁶.

En nuestro ordenamiento jurídico, su regulación se recoge tanto en el Título III de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, como en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el cual se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Asimismo - tal y como se

administrativa concedida por la Agencia Española del Medicamento; b) conformidad de la dirección de cada uno de los centros donde el ensayo vaya a realizarse; c) dictamen favorable del Comité Ético de Investigación Clínica; y d) consentimiento libre del paciente o de su representante legal, cuando el primero no pueda emitirlo, expresado por escrito, salvo excepciones.

¹⁷⁰⁵ Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001. Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 121/34 de 1 de enero de 2001. Este documento ha sido posteriormente complementado por la Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 8 de abril de 2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos - Diario Oficial de la Unión Europea L 91/13, 9 de abril de 2005 -. También destacar en el ámbito de la Unión Europea el Reglamento (CE) nº. 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre medicamentos de uso pediátrico - Diario Oficial de la Unión Europea L 378/1, de 27 de diciembre de 2006 - y el Reglamento (CE) nº. 1902/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº. 1901/2006, sobre medicamentos pediátricos - Diario Oficial de la Unión Europea L 378/20, de 27 de diciembre de 2006 -.

¹⁷⁰⁶ Idéntica definición se recoge en el artículo 58.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios - Boletín Oficial del Estado, núm. 178, de 27 de julio de 2006 - y en el artículo 2.a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el cual se regulan los ensayos clínicos con medicamentos - Boletín Oficial del Estado, núm. 33, de 7 de febrero de 2004 -.

manifiesta de manera expresa en el propio artículo 60.1 de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio -, forman parte del régimen jurídico aplicable a los ensayos que se lleven a cabo en España los principios éticos dimanantes de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial¹⁷⁰⁷.

Con carácter general, todo ensayo clínico debe ser llevado a cabo con el debido respeto a los derechos fundamentales de la persona y a los postulados éticos que afectan a la investigación biomédica con seres humanos. En particular, se deberá salvaguardar la integridad física y mental del individuo, así como su intimidad y la protección de sus datos personales - artículos 60.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio y 3.2 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero -. En este sentido, el artículo 16 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997, también conocido como el Convenio de Oviedo, dispone que sólo podrán realizarse experimentos con seres humanos cuando se respeten los siguientes condicionantes: 1) que no existan métodos alternativos al experimento con seres humanos de eficacia comparable; 2) que los riesgos en que pueda incurrir el sujeto no sean desproporcionados con respecto a los beneficios potenciales del experimento; 3) que el proyecto de investigación haya sido aprobado por la autoridad competente después de haber efectuado un estudio independiente acerca de su pertinencia científica, comprendida una evaluación de la importancia del objetivo del ensayo, así como un estudio multidisciplinar de su aceptabilidad en el plano ético; 4) que el individuo que se preste a una investigación esté informado de sus derechos y las garantías que la ley prevé para su protección; y, por último, que el consentimiento informado se haya

¹⁷⁰⁷ Esta Declaración fue adoptada en la ciudad que le da nombre en 1964 y ha sido objeto de sucesivas reformas, que han ido adecuando su texto a los problemas y novedades que la práctica va introduciendo en la materia - Tokio, 1975; Venecia, 1983; Hong Kong, 1989; Somerset West, 1996; Edimburgo, 2000; y Seúl, 2008 -.

otorgado expresa y específicamente y esté consignado por escrito. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en cualquier momento¹⁷⁰⁸.

Por lo que a la investigación que implica a menores de edad se refiere, además de todo lo apuntado hasta el momento, hay que tener presente que la normativa específica sobre la materia parte de la idea preconcebida de que este grupo de población puede ser particularmente vulnerable, porque no siempre se encuentra en condiciones de poder reconocer sus principales intereses, expresar sus necesidades o defender sus derechos. Precisamente por este motivo, se considera que los niños, niñas y adolescentes solamente deberían participar en ensayos clínicos cuando la investigación realizada en adultos no pueda proporcionar los mismos resultados. En otras palabras, sería factible cuando la investigación sea potencialmente beneficiosa para los menores de edad en general, no contraríe su interés superior y suponga un riesgo mínimo para su salud - hacer preguntas o sacar muestras de sangre, por ejemplo -, o bien cuando presente utilidades terapéuticas de tal calibre que superen con creces cualquier riesgo previsible, tratando siempre que éste sea el mínimo posible.

Normativamente hablando, el actual marco legislativo de referencia, representado fundamentalmente por el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, una vez admitida la posible participación de personas menores de edad en una investigación médica, abandona la denostada idea, seguida tradicionalmente en España durante la época de

¹⁷⁰⁸ Por su parte, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, prevé, prácticamente de manera idéntica, en su artículo 3.3, que "sólo se podrán realizar ensayos clínicos cuando se cumplan todos los requisitos siguientes: a) disponer de suficientes datos científicos y, en particular, ensayos farmacológicos y toxicológicos en animales, que garanticen que los riesgos que implica en la persona en que se realiza son admisibles; b) que el estudio se base en los conocimientos disponibles, la información buscada suponga, presumiblemente, un avance en el conocimiento científico sobre el ser humano o para mejorar su estado de salud y su diseño minimice los riesgos para los sujetos participantes en él; c) que los riesgos e inconvenientes preVISIBLES para los sujetos del ensayo se hayan ponderado con respecto a los beneficios preVISIBLES para cada sujeto del ensayo y futuros pacientes".

vigencia del ya derogado Real Decreto 561/1993, de 16 de abril¹⁷⁰⁹, de tomar como elemento esencial delimitador del sistema el carácter terapéutico o no atribuible al ensayo clínico¹⁷¹⁰. En el antiguo modelo, en definitiva, éste era el criterio utilizado para dirimir, por regla general, si un menor de edad podía o no someterse a una investigación o tratamiento biomédico; siempre, por supuesto, que se respetaran ciertas cautelas, ya que a pesar de considerar que la indagación o exploración terapéutica entrañaba un beneficio directo para la salud del menor, también se era consciente - al menos potencialmente, por su naturaleza experimental - de los mayores riesgos que comportaba frente a la aplicación de un tratamiento convencional¹⁷¹¹. Únicamente, y de manera absolutamente excepcional, se aceptaba la contingencia de realizar ensayos clínicos sin fines terapéuticos en personas menores de edad si se cumplían los mandatos preestablecidos en el apartado tercero del artículo 11 del propio Real Decreto 561/1993, de 16 de abril¹⁷¹².

¹⁷⁰⁹ Norma vigente hasta el 1 de mayo de 2004; momento en que fue derogada por la entrada en vigor del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el cual se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

¹⁷¹⁰ La *experimentación terapéutica* es aquella que consiste en la aplicación a determinados pacientes - por lo tanto enfermos - de tratamientos cuya eficacia no ha sido todavía plenamente contrastada desde el punto de vista científico, y que, por tanto, no se han incorporado a la medicina como remedios terapéuticos reconocidos. La finalidad perseguida es, pues, tratar la enfermedad en cuestión, patología que sufre el sujeto que se somete a la experimentación. Se trata, en definitiva, de un tratamiento curativo en sentido estricto, de tal manera que es posible obtener una amplia justificación con base en los fundamentos del consentimiento, si bien con ciertas especificidades. Mientras que la *investigación no terapéutica*, también denominada pura, se realiza en individuos sanos, en el sentido de que no padecen la enfermedad cuyo tratamiento se está investigando. El objetivo es por lo tanto puramente científico, esto es, persigue un beneficio para otros o para la sociedad en general. En este tipo de experimentación, el riesgo que estos sujetos asuman estará justificado en razón del beneficio esperado para la colectividad.

¹⁷¹¹ El artículo 11.2 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, prescribía que "en menores de edad e incapaces y en personas con la autonomía o competencia disminuida para dar su consentimiento, sólo podrán desarrollarse ensayos de interés para su salud particular cuando no puedan ser efectuados en sujetos no afectados por estas condiciones especiales, debido a que la patología en estudio sea la propia de aquéllos".

¹⁷¹² El apartado tercero del artículo 11 del Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, admitía que excepcionalmente se realizaran ensayos clínicos con personas menores de edad sin fines terapéuticos si el Comité Ético de Investigación Clínica determinaba que se cumplían toda una serie de requisitos. A saber: a) que se habían adoptado las medidas necesarias que garantizaran que el riesgo fuera mínimo; b) que las experiencias a que iban a ser sometidos eran equivalentes a las que correspondían a su situación médica, psicológica, social o educacional; c) que del ensayo se obtendrían conocimientos relevantes sobre la enfermedad o situación objeto de investigación, de vital importancia para entenderla, paliarla o curarla; d)

Esta misma opción pareciera ser la escogida por el Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997. Este Tratado internacional - a tenor de lo preceptuado en su artículo 17.1, apartado segundo -, circunscribe el ámbito de extensión de los experimentos realizados con personas que no reúnan capacidad suficiente para expresar su consentimiento acerca del mismo, a la eventualidad de que los resultados previstos "supongan un beneficio real y directo para su salud". Ello sólo viene a corroborar el principio ordinario de actuación comprendido en el artículo 6.1 del propio Convenio que expresa que "sólo podrá efectuarse una intervención a una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento cuando redunde en su beneficio directo".

Prosiguiendo con esta misma tendencia argumentativa, este Texto internacional admite, acto seguido, y sólo de manera extraordinaria y en las condiciones de protección previstas por la ley, que pueda autorizarse un ensayo clínico cuyos resultados previstos no signifiquen un beneficio directo para la salud del afectado.

En tales circunstancias, además de dar cumplimiento a los requisitos exigidos ordinariamente para que una persona menor de edad pueda participar en este tipo de actividades, configurados en el artículo 17.1 del Convenio de Oviedo¹⁷¹³, también deben respetarse dos requerimientos suplementarios más: a) que el experimento

que esos conocimientos no podían ser obtenidos de otro modo; y d) que existían garantías sobre la correcta obtención del consentimiento informado.

¹⁷¹³ El artículo 17.1 del Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 establece que "sólo podrá hacerse un experimento con una persona que no tenga, conforme al artículo 5, capacidad para expresar su consentimiento acerca del mismo, cuando se den las siguientes condiciones: 1) que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 16, párrafos primero a cuarto; 2) que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para su salud - requisito exceptuado, como es lógico, para el caso que estamos estudiando por el punto segundo del artículo 17 del Convenio -; 3) que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo; 4) que se haya dado específicamente y por escrito la autorización prevista en el artículo 6 - relativo al consentimiento informado -; y 5) que la persona no exprese su rechazo al mismo".

tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento científico del estado del individuo, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otros sujetos de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno, o que presenten las mismas características; y b) que el experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo.

Contrariamente a lo apuntado, el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, siguiendo los parámetros trazados por la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, ha venido a eliminar, de nuestro contexto normativo, el carácter de excepcionalidad atribuido a las investigaciones médicas desarrolladas con menores de edad que no presenten una finalidad exclusivamente terapéutica, integrándolas, por el contrario, dentro de los supuestos ordinarios de intervención¹⁷¹⁴. En igual línea parece también pronunciarse la Declaración de Helsinki, de principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos¹⁷¹⁵. El artículo 4 punto a) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, al enumerar detalladamente los requisitos imprescindibles para la ejecución de ensayos clínicos con menores de edad cifra, en primer lugar, la regla de que los experimentos deben ser de interés específico para la población investigada, así como esenciales para

¹⁷¹⁴ El artículo 4 de la Directiva 2001/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de abril de 2001, cuando describe los requisitos precisos para que se puedan llevar a cabo de manera lícita ensayos clínicos con menores, menciona en su apartado e) que es necesario que de los mismos "se obtenga algún tipo de beneficio directo para el grupo de pacientes y sólo cuando dicha investigación sea esencial para validar datos obtenidos de ensayos efectuados en personas capaces de otorgar su consentimiento informado o por otros métodos de investigación; además, la investigación deberá bien guardar relación directa con algún estado clínico que padezca el menor en cuestión o bien ser de naturaleza tal que sólo pueda efectuarse con menores".

¹⁷¹⁵ El punto 27 de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial recoge que "cuando el individuo potencial sea incapaz - dentro de esta categoría incluye a las personas menores de edad -, el médico debe pedir el consentimiento informado del representante legal. Estas personas no deben ser incluidas en la investigación que no tenga posibilidades de beneficio para ellas, a menos que ésta tenga como objetivo promover la salud de la población representada por el individuo potencial y esta investigación no puede realizarse en personas competentes y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos".

validar datos procedentes de pruebas clínicas efectuadas en personas capaces de otorgar su consentimiento informado u obtenidos por otros medios de exploración científica. Además, adiciona este precepto, y es precisamente en este punto donde entendemos radica el hecho diferencial con respecto al régimen anterior, que "la exploración deberá guardar relación directa con alguna enfermedad que padezca el menor o bien ser de naturaleza tal que sólo pueda ser realizada en menores". Por tanto, observamos como la referenciada disposición normativa atiende de manera alternativa y en pie de igualdad a dos posibles contingencias: que los ensayos clínicos tengan finalidad o naturaleza terapéutica o que no sea así, sin que a ninguna de esas opciones se le irroque ni la consideración de regla general ni su categorización como criterio excepcional.

En otro orden de cosas, y por lo que a cuestiones de capacidad se refiere, la legislación vigente sobre ensayos clínicos - artículo 7.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero - otorga al menor de más de doce años, una vez informado adecuadamente sobre la prueba, los riesgos y los beneficios que comporta¹⁷¹⁶, el derecho a consentir expresamente, no el de ser meramente oído, su participación en el experimento acordado; declaración de voluntad ésta, que acompañará, o se unirá si se quiere, a la emitida por sus representantes legales¹⁷¹⁷. No parece en este punto ser excesivamente afortunada la redacción asignada a esta disposición reglamentaria, ya que si se le reconoce al menor, a partir de los doce años cumplidos, la madurez o el raciocinio adecuados para prestar por sí su consentimiento, corresponderá tan sólo

¹⁷¹⁶ El actual Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, en lo relativo al contenido de la información que debe transmitirse a los menores, lo expresa con mayor concreción que en el anterior Decreto de 1993, ya que se refiere a "...información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios", cuando en el anterior texto se limitaba a mencionar en su artículo 5, "...la información pertinente".

¹⁷¹⁷ También el derecho francés - artículo L 1.122-2 del *Code de la Santé Publique* - exige que presten el consentimiento tanto el menor con capacidad natural como su representante legal. Además, se dispone que cuando el ensayo clínico entrañe riesgos considerables para la salud del menor también será necesaria la autorización del Consejo de Familia o del Juez de Tutelas.

a sus progenitores o legítimos representantes el complementar, asentir en definitiva, la declaración de intenciones manifestada por éste, sin que en ningún caso puedan llegar a suplirla otras personas.

Asimismo, el citado precepto reconoce al menor de edad desde que tenga capacidad natural suficiente - con independencia de cuál sea su edad -, en palabras empleadas por la propia ley "cuando sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida", la facultad para decidir autónomamente, en cualquier instante, no intervenir o retirarse del ensayo ya principiado - artículo 7.3 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero -¹⁷¹⁸. Como no podría ser de otra forma, caso de no haberse alcanzado la cifrada edad, corresponderá a los progenitores o a los legales representantes del menor de edad, ahora sí, la prestación del previo consentimiento informado¹⁷¹⁹.

Como se denota de la actual grafía del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, se desarrolla con un mayor nivel de concreción, en comparación con lo que resultaba del anterior Decreto de 1993, todo lo relativo al contenido de la información que

¹⁷¹⁸ Por tanto, los menores de edad no han de estar implicados en la investigación si no están de acuerdo, tanto si se niegan de palabra como con hechos aunque sus progenitores lo consientan. Esta también es la posición que se deriva tanto del artículo 28 de la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, en el que se establece que "si un individuo potencial que participa en la investigación considerado incompetente es capaz de dar su asentimiento a participar o no en la investigación, el médico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal. El desacuerdo del individuo potencial debe ser respetado", como del artículo 4, apartado a) de la Directiva 2001/20/CE donde se afirma que "se podrá llevar a cabo un ensayo clínico con menores si se ha obtenido el consentimiento informado de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio para el menor".

¹⁷¹⁹ Según aclara la **Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Subdirección General de Medicamentos de Uso Humano. Área de Ensayos Clínicos. Ministerio de Sanidad y Consumo**: Aclaraciones sobre la aplicación de la aplicación de ensayos clínicos con medicamentos de uso humano a partir del 1 de mayo de 2004. Versión nº. 6, mayo 2008, pág. 34, el documento de consentimiento informado de los padres será válido siempre que vaya firmado por uno de ellos y el otro no se oponga expresamente. No será válido, en cambio, el consentimiento informado firmado por el progenitor que haya sido privado de la potestad.

debe transmitirse a los menores de edad participantes en un experimento médico, ya que se nos anuncia la necesidad de contar con "...información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios", cuando en el antiguo texto se limitaba únicamente a mencionar en su artículo 5, "...la información pertinente". Se exige, además, en el presente Reglamento, que la persona encargada de trasladar esta información cuente con experiencia en el trato con menores de edad, circunstancia ésta que tampoco era contemplada en el anterior Real Decreto 561/1993, de 16 de abril¹⁷²⁰.

A mayor abundamiento, y ahondado en esa necesidad de especialización de los profesionales facultativos que traten con los menores de edad, el artículo 4, letra d) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, apunta la exigencia de que "el protocolo de ensayos clínicos con menores sea aprobado por un Comité Ético de Investigación Clínica que cuente con expertos en pediatría o que haya recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría"¹⁷²¹. Este extremo viene corroborado por la Orden SCO/256/2007, de 5 de febrero, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de buena práctica clínica y los requisitos para autorizar la elaboración o importación de medicamentos en investigación de uso humano¹⁷²², que en su artículo 2, intitulado "principios y directrices de buena práctica clínica", apartado b), señala que "cada persona que participe en la realización de un ensayo estará capacitada por su titulación,

¹⁷²⁰ Esta misma idea se encuentra contenida en el artículo 4, apartado b) de la Directiva 2001/20/CE en la que se afirma que "se podrá llevar a cabo un ensayo clínico con menores únicamente si el menor ha recibido, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información adecuada a su capacidad de entendimiento sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios".

¹⁷²¹ Precepto del Real Decreto de 2004 que no hace otra cosa que reproducir lo establecido en el artículo 4, apartado h) de la Directiva 2001/20/CE en la que se afirma que "se podrá llevar a cabo un ensayo clínico con menores únicamente si el Protocolo ha sido aprobado por un Comité ético que cuente con expertos en pediatría o tras haber solicitado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en el ámbito de la pediatría".

¹⁷²² Boletín Oficial del Estado, núm. 38, de 13 de febrero de 2007.

formación y experiencia para ejecutar sus tareas". De ahí que consideremos que, en la confección del protocolo deberán indicarse de manera precisa la persona o personas más idóneas para transmitir la información, ya que resta fuera de toda duda que tratar de indagar para después reflejar cual es la presunta voluntad del menor no resulta tarea fácil, haciéndose imprescindible una especial empatía y unos particulares conocimientos sobre la materia.

En otro orden de cosas, la normativa vigente también conmina al promotor del ensayo clínico¹⁷²³ a que ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal, entendemos, a pesar de que el Real Decreto no lo establezca explícitamente, que de manera previa¹⁷²⁴, las pertinentes autorizaciones de las actividades de investigación cuya población incluya a menores de edad - artículo 7.4 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero -¹⁷²⁵. Podemos deducir, de este mandato legal, que compete a este organismo público una potestad de control de los requisitos legalmente exigidos para que un menor de edad pueda ser sometido a una experimentación médica. Ahora bien, si de acuerdo con la normativa anterior - Real Decreto de 1993 - era preceptiva la comunicación de cada uno de los consentimientos informados a la Fiscalía, parece que con el nuevo sistema se dispensa de esa obligación al promotor y se vislumbra que éste cumplirá con su cometido legal con la simple notificación de

¹⁷²³ Se entiende por promotor, según el artículo 2, apartado e) del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, "aquél individuo, empresa, institución u organización responsable del inicio, gestión y/o financiación de un ensayo clínico". Para, **Antúnez Estévez, Fernando**: "Los ensayos clínicos" en **Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.)**: Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters, pág. 627, el promotor del ensayo clínico es la persona física o jurídica que tiene interés en su realización, firma la solicitud de autorización dirigida al Comité Ético de Investigación Clínica y a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y se responsabiliza de él.

¹⁷²⁴ Si lo establecía, en cambio, el artículo 12, en su punto quinto, del ya derogado Real Decreto 561/1993, de 16 de abril, que no mentaba, sin embargo, a quien correspondía la responsabilidad de llevar a cabo tal comunicación al Ministerio Fiscal.

¹⁷²⁵ Constatamos, por tanto, que en la legislación actual es una obligación del promotor notificar la autorización por parte de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios, indicando los centros en que se realizará el ensayo.

la existencia del ensayo globalmente considerado, sin que sea preciso tener que pormenorizar individuo por individuo¹⁷²⁶.

En particular, deberá comprobarse la constancia de una declaración de voluntad no viciada emitida tanto por el menor con doce o más años cumplidos como por sus representantes legales, así como que se le haya dado audiencia, cuando resulte procedente, si no ha alcanzado la mentada edad, y finalmente constatar la ausencia de riesgos considerables para su vida o para su integridad física o psíquica.

Los criterios que deben guiar a la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en los expedientes sobre ensayos clínicos e investigación biomédica han sido recogidos por la Circular de la Fiscalía General del Estado 8/2011, de 22 de noviembre¹⁷²⁷, en la que se enumeran detalladamente cuáles son las obligaciones asumidas por éste órgano constitucional autónomo en este ámbito material. Entre dichas responsabilidades destacan:

1) La apertura del expediente de protección, a través del cauce de las diligencias preprocesales, cuando el promotor ponga en su conocimiento la intención de principiar el ensayo clínico. Será, en principio, competente para entender de este asunto la Fiscalía del partido judicial del domicilio del promotor y ello con

¹⁷²⁶ De acuerdo con lo dictaminado por la **Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Subdirección General de Medicamentos de Uso Humano. Área de Ensayos Clínicos. Ministerio de Sanidad y Consumo**: Aclaraciones sobre la aplicación de la aplicación de ensayos clínicos con medicamentos de uso humano a partir del 1 de mayo de 2004. Versión nº. 6, mayo 2008, pág. 34, el promotor deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores. Para el cumplimiento de este requerimiento el promotor comunicará la autorización del ensayo al Ministerio Fiscal en la Audiencia Provincial de los territorios donde se vaya a realizar el mismo.

¹⁷²⁷ **Fiscalía General del Estado**: Circular 8/2011, de 22 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, págs. 58-59.

independencia de que el o los otros centros y los menores de edad tengan su domicilio en otras demarcaciones.

2) Asegurarse de que se han observado todos los requisitos que la legislación establece, oponiéndose a la actividad de investigación en caso contrario. Concretamente deberá examinarse la documentación remitida por el promotor y garantizar que ésta comprende la resolución de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios¹⁷²⁸, el dictamen del Comité Ético de Investigación Clínica¹⁷²⁹ y una copia del protocolo de actuación.

3) Comprobar que el protocolo está aprobado por el Comité Ético de Investigación Clínica y que además, éste, conforme al artículo 4 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, ha contado con expertos en pediatría, o ha recabado asesoramiento sobre las cuestiones clínicas, éticas y psicosociales en este sector de la medicina.

4) Requerir al promotor, en las ocasiones en que la información remitida se estime insuficiente, a fin de recabar los datos necesarios para asegurar la protección del interés superior de los menores que van a participar en el ensayo.

5) Acusar recibo de la documentación recibida para que el promotor tenga constancia de la recepción.

¹⁷²⁸ Para mayor información sobre la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios vid. <http://www.aemps.gob.es/>

¹⁷²⁹ El Comité Ético de Investigación Clínica se define como el organismo independiente, constituido por profesionales sanitarios y miembros no sanitarios, encargado de velar por la protección de los derechos, seguridad y bienestar de los sujetos que participen en un ensayo y de ofrecer garantía pública al respecto, mediante un dictamen sobre el protocolo del ensayo, la idoneidad de los investigadores y la adecuación de las instalaciones, así como los métodos y los documentos que vayan a utilizarse para informar a los sujetos del ensayo con el fin de obtener su consentimiento informado. Para un estudio más pormenorizado de la composición, funciones y normas generales de funcionamiento de los Comités Éticos de Investigación Clínica vid. **Antúnez Estévez, Fernando**, op. cit. págs. 633-638.

6) Proceder al cierre del expediente de protección transcurrido un año desde la fecha de finalización del ensayo.

7) Confirmar, en los supuestos de investigación biomédica, que entre la documentación remitida se encuentra la evaluación positiva del Comité de Ética de la Investigación y la autorización del órgano autonómico competente.

Por último, cabe mencionar que nuestro ordenamiento jurídico también contempla la posibilidad excepcional, esta vez sí, de prescindir del consentimiento informado del sujeto sometido al ensayo y/o su representante legal por la urgencia de la aplicación del tratamiento, siempre y cuando esta opción estuviera prevista en el protocolo del ensayo clínico aprobado por el correspondiente Comité Ético de Investigación Clínica y el método de intervención presentara un específico interés terapéutico para el paciente en cuestión. Este hecho deberá ser comunicado inmediatamente al Comité Ético de Investigación Clínica y al promotor por el investigador responsable, explicando las razones que lo han motivado. Además, tan pronto como sea posible, deberá recabarse debidamente el consentimiento informado para continuar con el ensayo, si ello fuera procedente - artículo 7.4 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero -.

4.3.6. Intervenciones de cirugía estética en personas menores de edad

Los avances de la cirugía estética y reparadora que se vienen produciendo en las últimas décadas, están permitiendo dar una respuesta cada vez más satisfactoria, entre otras, a distintas lesiones y secuelas relacionadas con problemas de salud.

En el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva, aquella que se realiza en individuos sanos que buscan una mejora de su aspecto físico, estos mismos adelantos están motivando un incremento muy significativo de la demanda de este tipo de intervenciones que, por regla general, sólo se practican en el sector privado, al no formar parte de la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público¹⁷³⁰.

La extensión de esta cirugía a personas menores de edad supone un riesgo adicional a los ya de por sí inherentes a la operación, pues el crecimiento físico del sujeto ha podido no finalizar completamente y ello puede ocasionar la necesidad de reintervenciones futuras¹⁷³¹. Además, por ser la adolescencia una etapa madurativa desde el punto de vista psicológico, puede darse en el sujeto una falta de desarrollo mental para adaptarse a los cambios de la imagen corporal y una valoración insuficiente o inadecuada de las consecuencias, los riesgos y las complicaciones que este tipo de prácticas médicas pudieren conllevar.

Se puede unir a lo preceptuado, el importante papel que desempeñan los cánones y estereotipos dominantes en nuestra sociedad, que asignan a la belleza estética y al atractivo físico una relación directa con el considerado éxito social. Ello, asociado a la imagen, en particular de la mujer joven, que proyectan no pocos medios de comunicación, a la sobreexplotación publicitaria que de su figura se realiza y a la

¹⁷³⁰ A ello se refiere expresamente el Preámbulo del Decreto de la Consejería de Salud 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se sometan a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía - **Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 53, de 18 de marzo de 2009**, pág. 78 -.

¹⁷³¹ A tenor de lo establecido en el artículo 2 del Decreto de la Consejería de Salud 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se sometan a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, se entiende por intervención de cirugía estética "toda operación quirúrgica efectuada a una paciente por un médico especialista en cirugía plástica, estética y reparadora u otro especialista quirúrgico en el ámbito de su respectiva especialidad con finalidad de mejora estética corporal, facial o capilar, con un resultado asociado".

mercadotecnia agresiva tendente a magnificar las expectativas y banalizar los riesgos de este tipo de cirugía, colocan a los adolescentes en una clara situación de riesgo frente a esta verdadera industria del culto al cuerpo.

Desde un punto de vista jurídico, ni el legislador estatal ni el catalán se han pronunciado específicamente sobre la materia. Tanto la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - complementada ahora por las disposiciones del Código civil de Cataluña, más concretamente por su artículo 212-2-1 -, establecen, de forma general, que las personas mayores de dieciséis años y las menores de esta edad que tengan una madurez intelectual y emocional suficiente para comprender el alcance en la intervención de su salud, deben dar el consentimiento por sí mismas. Ahora bien, estas normas, de incidencia sobre toda clase de intervenciones facultativas no se pronuncian de manera expresa acerca de ningún tipo de especialidad médica, ni detallan particularidades propias de ninguna de las modalidades de cirugía existentes¹⁷³². Sólo en aquellos actos médicos que se consideran más delicados se realiza una remisión a la ley ordinaria en materia de capacidad y en el supuesto de que exista regulación particular sobre la cuestión - situación que no se da para el caso de las operaciones de estética - se reenvía a lo preceptuado en ella - sirvan, a modo de ejemplo, los trasplantes de órganos o los ensayos clínicos -.

Esta situación de indefinición normativa ha traído como consecuencia que, en la praxis habitual, las intervenciones puramente estéticas, no indicadas médicamente, se hayan considerado como no permitidas en personas menores de edad y no

¹⁷³² Muy ilustrativas en este sentido nos parecen las palabras de **Ruiz Jiménez, Juana**: "La situación del menor en el ámbito sanitario" en Revista Pediatría de Atención Primaria, Vol. XIII, núm. 50, abril-junio 2011, pág. 21, quien, refiriéndose a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, afirma que en dicha norma no se hace un estudio pormenorizado por especialidades o actos médicos para los que es preciso la emisión del consentimiento informado.

puedan, a resultas, ser autorizadas ni por ellas ni por sus representantes legales en sustitución. A pesar de que esta previsión no aparece recogida de manera explícita en nuestro ordenamiento jurídico, puede desprenderse del hecho de que los progenitores - o los tutores en su caso - sólo pueden tomar decisiones médicas en lugar de sus hijos si éstas cumplen con el objetivo de velar por su interés superior y garantizan el desarrollo integral de su personalidad.

Así, los titulares de la potestad ejercen un interés legítimo en el cumplimiento del deber de cuidar de sus hijos/as y esa protección se manifiesta en el ámbito sanitario cuando la salud física o psíquica del menor de edad corre peligro, lo cual en general no acontece, obviamente, en el ámbito de la cirugía estética. Por el contrario, los progenitores deberían cumplir con su obligación de formar de manera integral al hijo/a, lo cual incluye fomentar su autoestima, la aceptación de su propio yo, y educarle en la cultura del esfuerzo para arribar a sus propios objetivos.

Amén de lo apuntado, el profesional de la salud debería, salvo en los casos excepcionales que puedan comportar un grave sufrimiento psicológico para el individuo, aplazar la intervención hasta que el menor alcance la mayoría de edad legal.

Cuestión diferente es que estemos ante un caso de cirugía plástica, es decir, aquella cirugía que pretende reconstruir el físico anterior de la persona menor de edad que ha sido desfigurado, por ejemplo, en un accidente de tráfico, por unas quemaduras o cualquier otro percance, o ante una intervención quirúrgica que pretenda normalizar un defecto o malformación de nacimiento. En todos estos casos, la operación puede ser altamente recomendable para garantizar el bienestar psíquico del menor de edad, pues, de no llevarse a cabo, éste puede sentir rechazo hacia su nueva imagen, tener problemas de autoidentificación o tener complejos importantes que repercutan

negativamente en sus relaciones personales. En estos casos sí que existiría un interés legítimo de los progenitores en la protección de la salud psíquica del menor de edad y debería, en consecuencia, permitirse que prestaran el consentimiento porque en realidad estaríamos ante una intervención terapéutica y no puramente estética.

La única Comunidad Autónoma que ha normado sobre esta cuestión es Andalucía y lo ha hecho en virtud del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía¹⁷³³. Esta disposición reglamentaria otorga una especial importancia, en primer término, al derecho que asiste a todo menor de edad de recibir una información adaptada a su edad y a su nivel de desarrollo afectivo y psicológico; así como la necesidad de conocer los riesgos que comporta una operación de estas características¹⁷³⁴. Por este motivo, la norma andaluza, entre otros requisitos, exige la práctica de un informe psicológico previo a los únicos y exclusivos efectos de determinar la madurez psicológica del menor de edad para la realización de la intervención de cirugía estética. El perito profesional encargado de llevar a cabo este examen psicológico, no podrá tener

¹⁷³³ Esta norma ha sido complementada por la Orden de la Consejería de Salud de 30 de noviembre de 2011, por la que se determinan los datos referentes a las intervenciones de cirugía estética que se realizan a personas menores de edad en Andalucía que han de ser objeto de comunicación, así como los indicadores de calidad relativos a dichas intervenciones - Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 250, de 23 de diciembre de 2011, págs. 23-25 -.

¹⁷³⁴ Tal y como afirma **Navarro Michel, Mónica**, op. cit, pág. 95, cuando la intervención no sea médicamente necesaria, el deber de información deberá ser exhaustivo, e incluir también los riesgos excepcionales. En estos casos, apunta la citada autora, se incrementa o intensifica el deber de información porque, al no existir esa necesidad terapéutica que justifique ese acto facultativo, el paciente, o mejor cliente, debe conocer cuáles son todos los riesgos, aun infrecuentes, para poder decidir, con pleno conocimiento, si someterse a la intervención o no. En idéntico sentido se pronuncia **Ruiz García, Juan Antonio**: "Aspectos jurídicos de la medicina personalizada" en InDret, mayo de 2005, págs. 10-11. También en este sentido se pronuncian las **sentencias del Tribunal Supremo núm. 580/1997, de 28 de junio** - RJ\1997\5151 - (Fundamento jurídico cuarto), **núm. 416/2001, de 27 de abril** - RJ\2001\6891 - (Fundamento jurídico primero), **núm. 783/2003, de 22 de julio** - RJ\2003\5391- (Fundamento jurídico primero) y **núm. 560/2004, de 22 de julio** - RJ\2004\3958 - (Fundamento jurídico cuarto).

ningún tipo de vinculación laboral o contractual con el centro o servicio sanitario, o con la persona responsable de realizar la oportuna intervención. En otras palabras, la Junta de Andalucía, desde la entrada en vigor del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, obliga a todas las personas menores de edad que deseen someterse a una operación de cirugía estética a pasar preceptivamente por el mentado test psicológico para evaluar su nivel de madurez y descartar desórdenes que hagan contraindicada la operación¹⁷³⁵.

Hasta aquí no tenemos nada que objetar, pues todo parecería adecuado y encaminado a velar por el interés del menor de edad que decide someterse a una operación de cirugía estética; sin embargo, y como se han encargado de evidenciar algunos autores¹⁷³⁶, este informe, una vez elaborado, debe ser valorado por el facultativo encargado de llevar a cabo la intervención, y es a él, precisamente, a quien corresponde determinar la pertinencia de la actuación médica y la idoneidad del paciente menor de edad. Este *modus operandi* suscrito por el Decreto andaluz nos suscita un sinfín de interrogantes e incertidumbres, pues deja en manos de un médico, que en la mayoría de las ocasiones ejerce su tarea profesional vinculada laboralmente con una clínica privada, la decisión final acerca de si la intervención podrá o no llevarse a efecto, con las lógicas suspicacias que ello puede llegar a generarnos: entre otras, su falta de autonomía o la prevalencia de los intereses económicos sobre cualesquiera otros.

¹⁷³⁵ Debemos tener presente lo establecido en el punto 4 del artículo 5 del Decreto 49/2009, de 3 de marzo, que se manifiesta en el siguiente tenor: "si el padre o la madre, o las personas tutoras de la persona menor de edad emancipada o con dieciséis años cumplidos, se opusieran a que a ésta se le practicara la intervención de cirugía estética, deberán ser oídos por el profesional de la Psicología que vaya a realizar el examen psicológico previo".

¹⁷³⁶ Entre ellos **Ruiz Jiménez, Juana**, op. cit. págs. 32-33.

Por lo que al consentimiento informado se refiere, el Decreto andaluz, tomando como modelo de referencia las prescripciones contenidas en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, distingue dos claras posibilidades: a) cuando se trate de una persona menor de edad con dieciséis años cumplidos o emancipada, en cuyo caso se estará a lo que ésta decida y podrá otorgar, en consecuencia, la declaración de voluntad de manera totalmente autónoma. No obstante, ante una actuación de grave riesgo, a criterio del facultativo, los progenitores o tutores deberán ser informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión final; y, b) cuando se trate de una persona menor con doce años cumplidos, el consentimiento informado será otorgado por cada uno de sus progenitores o quienes ostenten su representación legal, después de que la persona facultativa responsable escuche la opinión del menor.

Un tercer caso, no contemplado expresamente por el reglamento pero que puede extraerse, a *sensu contrario*, de la redacción literal de su artículo 6.2, es el concerniente a las personas que todavía no han alcanzado la edad de los doce años. En tal supuesto, corresponderá a los padres emitir la declaración de voluntad por sustitución, sin que sea preciso ni tan siquiera dar audiencia al menor¹⁷³⁷.

¹⁷³⁷ El documento en que se otorgue el consentimiento informado deberá contener, al menos, los siguientes extremos: a) identificación del centro donde se realiza la intervención de cirugía estética y de la persona facultativa de la misma; b) la descripción de la intervención de cirugía estética a la que desea someterse la persona menor de edad; c) las contraindicaciones de las intervenciones de cirugía estética; d) las consecuencias que puede originar la intervención de cirugía estética; e) los riesgos de la intervención de cirugía estética, tanto los considerados en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia, como los directamente relacionados con el tipo concreto de intervención, así como los relacionados específicamente con las circunstancias personales del paciente; f) la posibilidad de reintervenciones en el futuro y su probabilidad de acuerdo con las características del paciente; y g) los resultados esperados de la cirugía, especificando los datos disponibles referidos a las tasas de éxito y efectos secundarios que la persona facultativa responsable que vaya a realizar la intervención de cirugía estética y el centro o servicio sanitario donde se vaya a realizar la misma, hayan obtenido en esa intervención concreta, en el período inmediatamente anterior, no inferior a un año, con la excepción de los centros o profesionales sin actividad previa en el ámbito correspondiente - artículo 7 del Real Decreto 49/2009, de 3 de marzo -.

Finalmente, a modo de conclusión, nos gustaría enfatizar que, superando la práctica seguida en la actualidad en Cataluña, tendente a no reconocer la posibilidad de que una persona menor de edad, salvo en circunstancias excepcionales, pueda someterse a una operación de cirugía estética, seríamos partidarios de que la iniciativa tomada en Andalucía se extendiera a nuestro ámbito territorial. De esta forma, nuestro ordenamiento jurídico daría oportuna respuesta a un fenómeno social que ha ido en aumento durante los últimos años y que ha ocasionado no pocas dificultades en la práctica médica ordinaria. Negar una realidad no parece ser la mejor opción posible, más aún cuando la solución ofrecida por nuestro sistema legal ante este tipo de intervenciones médicas, se aparta de la tendencia generalizada proseguida por nuestra normativa sanitaria, partidaria de tomar en especial consideración la capacidad natural del individuo.

4.3.7. Los tatuajes, los "piercing" y la micropigmentación

La creciente implantación en nuestro tejido social de las prácticas estéticas de decoración corporal - tatuajes, "piercing", micropigmentación -, ha generado la necesidad de tener que garantizar que estas actividades se realicen en óptimas condiciones higiénico-sanitarias con el fin de proteger la salud de las personas usuarias de estos servicios, así como la del propio personal aplicador. Ante esta nueva realidad emergente, los diferentes legisladores autonómicos, al socaire de las competencias que tienen asumidas en el ámbito sanitario - en virtud del artículo 148.1.21 de la Constitución española, y de los correspondientes preceptos de los Estatutos de Autonomía-, han aprobado sus propias disposiciones sobre la materia.

Esta diversidad de normas autonómicas, que por lo general no guardan correlación entre sí, ha provocado en España la irrupción de un verdadero turismo adolescente vinculado con este tipo de prácticas estéticas, abocado a la búsqueda del ámbito

territorial que les ofrezca mayores facilidades para decidir autónomamente, de acuerdo con su capacidad intelectual y volitiva, poder someterse a una de estas técnicas de embellecimiento corporal. No es lo mismo, por ejemplo, dejar al arbitrio del personal aplicador del "piercing" o del tatuaje la libre apreciación de si los usuarios o clientes reúnen las suficientes condiciones de raciocinio y madurez, o, por el contrario, exigir a los representantes legales del menor de edad que sean ellos los que preceptivamente presten el consentimiento expreso y por escrito para proceder a su válida y legítima realización¹⁷³⁸.

Es en este contexto, en el que ubicamos el Decreto del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña 90/2008, de 22 de abril, en virtud del cual se regulan, en nuestro ámbito territorial de referencia, las prácticas de tatuaje, micropigmentación y "piercing", además de señalarse cuáles son los requisitos higiénico-sanitarios mínimos que han de cumplir los establecimientos no sanitarios donde se realizan este tipo de prácticas¹⁷³⁹.

El elemento clave sobre el que pivota esta disposición reglamentaria del Gobierno de la Generalitat de Cataluña no es otro que el de la exigencia al individuo - con independencia de cuál sea su edad - del correspondiente consentimiento informado. De este modo, cualquier persona que desee realizarse un tatuaje, un "piercing" o una micropigmentación debe prestar, una vez recibida la adecuada información, la correspondiente declaración de voluntad - libre, voluntaria, específica y conscientemente emitida - de querer someterse a una de las técnicas de decoración corporal enumeradas en el decreto catalán.

¹⁷³⁸ Yzquierdo Tolsada, Mariano, op. cit. pág. 106.

¹⁷³⁹ Diario Oficial de la Generalidad de Cataluña, núm. 5118, del 24 de abril de 2008.

Es precisamente en el documento que comprende el consentimiento informado, en el que han de constar por escrito y en forma detallada - de conformidad con lo prescrito en el artículo 5.2 del Decreto 90/2008, de 22 de abril - los siguientes extremos: la práctica a realizar; las recomendaciones higiénico-sanitarias a tener en cuenta; los riesgos sanitarios y complicaciones que puedan suscitarse; los cuidados imprescindibles para la adecuada cicatrización; las condiciones de reversibilidad de la técnica empleada; las indicaciones y contraindicaciones a este tipo de praxis; y, finalmente, las características propias de los productos y materiales a implantar o a utilizar según el sistema de intervención elegido.

Asimismo, toda esta información tiene que estar redactada en términos perfectamente comprensibles a los efectos de que las personas que presten su consentimiento informado, que en todo caso debe constar por escrito y ser previo al inicio de la actividad, sean conscientes, tanto de lo que significa someterse a este tipo de procedimientos estéticos, como de las posibles consecuencias que de ello pudieran derivarse - artículo 6.1 del Decreto 90/2008, de 22 de abril -¹⁷⁴⁰.

Refiriéndonos ahora a la eventualidad de que los sujetos que deciden hacerse un tatuaje, un "piercing" o una micropigmentación sean personas menores de edad, el Decreto del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña recoge en su artículo 6, punto segundo, una regla particular sobre la materia. Este precepto,

¹⁷⁴⁰ El documento impreso que recoja el consentimiento informado de un individuo tiene que comprender, como mínimo, el contenido básico que figura en el Anexo 1 del Decreto catalán 90/2008, de 22 de abril, a saber: a) Datos identificativos del establecimiento y del aplicador; b) datos identificativos y edad de la persona usuaria y, en su caso, de quien tenga la representación legal; c) la práctica a realizar; d) las indicaciones y contraindicaciones a este tipo de práctica; e) riesgos sanitarios y complicaciones asociados a este tipo de prácticas; f) los cuidados necesarios para la cicatrización; g) la indicación de consultar al servicio médico en caso de que la persona usuaria sufra enfermedades o si se producen complicaciones posteriores; y h) fecha, firma y número de DNI de la persona usuaria o de quien tenga la representación legal.

concretamente, distingue dos claras situaciones fácticas en atención a si el sujeto ante el que nos encontremos ha cumplido o no los dieciséis años de edad.

En primer lugar, si el individuo no ha alcanzado todavía la cifrada edad, pero a pesar de ello se considera que ostenta madurez suficiente para prestar personalmente y por escrito el consentimiento informado, la norma catalana prevé la exigencia de que el padre, la madre o el tutor legal aporten el calificado como "escrito de madurez", acreditando, de esta forma, que el menor reúne efectivamente aptitud de entender y querer bastantes para asumir por sí la aplicación de tales prácticas estéticas o corporales. En otras palabras, corresponde a sus representantes legales la prueba del *ratiocinio suficiente*. Es más, la falta de tramitación de esta solicitud está considerada como una infracción de carácter grave - artículo 29.b.1.3 del Decreto 90/2008, de 22 de abril -¹⁷⁴¹.

En segundo término, si el adolescente ya ha cumplido los dieciséis años de edad, deja de ser un requisito inexcusable la verificación de *la suficiencia de la madurez* por parte de sus progenitores o, en su caso, por su tutor¹⁷⁴². Así, el legislador catalán una vez alcanzado el referenciado momento cronológico presupone que el individuo, en circunstancias normales, y siempre salvo prueba en contrario, ostenta las facultades intelectivas y volitivas mínimas para decidir autónomamente someterse a

¹⁷⁴¹ La realización de las prácticas reguladas en el Decreto 90/2008, de 22 de abril, sin haber tramitado previamente el consentimiento informado o sin haber solicitado a la persona usuaria del servicio un documento de identificación que permita verificar el cumplimiento del requisito de acreditar que el menor tiene suficiente capacidad, está considerado como una infracción de carácter grave - artículo 29.b.1.3. del Decreto 90/2008, de 22 de abril -.

¹⁷⁴² Parece evidente que si el menor se ha emancipado por cualquiera de las causas previstas en el artículo 211-8 del Código civil de Cataluña, como tal circunstancia le habilita para poder actuar como si de un mayor de edad se tratara - artículo 211-7.1 del Código civil de Cataluña -, podrá prestar por sí el consentimiento informado, incluido el supuesto en que el menor se hubiera emancipado por razón del matrimonio en el tramo de edad comprendido entre los catorce y los dieciséis años.

las prácticas de tatuaje, micropigmentación y "piercing", sin que sus representantes legales tengan que pronunciarse expresamente a tales efectos.

Las dificultades pueden surgir cuando la persona menor de dieciséis años muestra suficiente madurez para tomar una decisión determinada y los progenitores, sin alegar justa causa, no están dispuestos a firmar el "escrito de madurez" identificativo de tal circunstancia - pongamos, por ejemplo, porque nunca han sido de su agrado los tatuajes -. Ante tal eventualidad, parece claro que los titulares del establecimiento no sanitario habilitado para llevar a cabo tales prácticas, en aras de evitar cualquier tipo de responsabilidad, no procederán a satisfacer los designios del menor. La única opción válida que le restaría a la persona menor de edad, aunque entendemos que un tanto desproporcionada en la práctica, sería la de instar judicialmente el nombramiento y la intervención de un defensor judicial que lo representara en el ámbito material en que se genera el conflicto de intereses con sus progenitores - o con el tutor -. En tales circunstancias, correspondería al defensor judicial complementar la capacidad necesaria para que el menor pudiera realizarse el tatuaje o el "piercing".

Una vez analizado el sistema de autorización adoptado por el Decreto catalán 90/2008, de 22 de abril, ante la petición de un adolescente de someterse a una de las técnicas estéticas de embellecimiento corporal, procedemos, a continuación, a poner en comparación este modelo con la legislación existente en otras comunidades autónomas. En este sentido, constatamos como son varias las fórmulas asumidas por parte de los diferentes ejecutivos autonómicos. Así, mientras que algunos de ellos han optado por seguir una técnica similar a la operada en Cataluña, otros, en cambio, han preferido reforzar el papel de control atribuido a los representantes legales del menor.

En concreto, el Gobierno valenciano se ha manifestado al respecto en el Decreto 83/2002, de 23 de mayo, por el que se establecen las normas que rigen la práctica del tatuaje, la micropigmentación, el "piercing" u otras técnicas similares, así como los requisitos para la validación y funcionamiento de los establecimientos donde se llevan a cabo estas actividades. Este reglamento valenciano no sólo fija las normas sanitarias a las que restan sometidos los mentados establecimientos privados, sino que además como medio de especial protección al menor, en su artículo 18, dispone que "la realización de piercing, tatuajes, escarificaciones o similares a los menores de edad e incapacitados podrá llevarse a cabo siempre que ellos lo soliciten y medie el consentimiento por escrito de su representante legal, siendo a éste a quien corresponde la valoración del suficiente juicio y condición de madurez del menor. En todo caso, se atenderá al cumplimiento de las disposiciones establecidas para la protección del menor o incapacitado".

Al igual que acontece en Cataluña, el Decreto valenciano 83/2002, de 23 de mayo, deja también que sean los progenitores quienes decidan si el menor de edad ostenta o no capacidad natural para someterse a una de estas prácticas. No obstante, la norma valenciana, defiriendo en este extremo de la catalana, no incorpora presunción de madurez alguna una vez cumplidos los dieciséis años de edad. Para encontrar una previsión de este estilo en la normativa valenciana debemos remitirnos al artículo 44 de la Ley 12/2008 de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia en la Comunidad valenciana, en el que se reconoce a los mayores de dieciséis años - al igual que a los menores emancipados- el derecho a prestar su consentimiento informado, de conformidad con la legislación sobre derechos del paciente y demás legislación sanitaria.

Frente a esta solución normativa adoptada por el Gobierno valenciano podemos realizar un par de puntualizaciones más. En primer término, consideramos que no tiene excesivo sentido exigir el consentimiento por escrito del legítimo representante, más aún si es a éste a quien corresponde entrar a valorar el "adecuado juicio" y "condición de madurez" del menor, pues, si éste ya reúne el suficiente raciocinio no resta justificada la injerencia del representante en su esfera individual. También nos cuestionamos la compatibilidad del artículo 18 del Decreto valenciano, con la nueva conceptualización que del menor se viene forjando tanto a nivel legislativo como jurisprudencial¹⁷⁴³. Y, finalmente, en la medida en que el interés del menor no resulte lesionado con la realización de este tipo de prácticas, siempre y cuando sean socialmente admitidas, si la persona ostenta la suficiente madurez debe serle reconocida capacidad para decidir libre y autónomamente.

Distinta línea argumental es la seguida, en cambio, por el Gobierno andaluz en su Decreto 286/2002, de 26 de noviembre, por el que se regulan las actividades relativas a la aplicación de técnicas de tatuaje y perforación cutánea. Esta disposición reglamentaria ha tratado la cuestión objeto de nuestro análisis en su artículo 9, en que se exige un consentimiento expreso y por escrito del usuario de estas técnicas, señalando, acto seguido, que "el personal aplicador" denegará la práctica "si considera que el usuario no está en condiciones físicas y psíquicas de tomar una decisión adecuada". De ahí cabe deducir que, a diferencia de lo acaecido en Cataluña y Valencia, en Andalucía los menores de edad con capacidad de discernimiento que sean usuarios de este tipo de servicios no precisan de

¹⁷⁴³ Vid a título de ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, en la que se establece que "desde la perspectiva del artículo 16 de la Constitución española los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales (...), sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia (...), cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar".

intervención alguna de sus representantes legales. Por el contrario, incumbe a los responsables del establecimiento en el que vaya a efectuarse la aplicación de la técnica de decoración corporal el delimitar si la persona está o no en condiciones de decidir por sí la realización de estos adornos estéticos.

En cuanto a la edad en que un individuo presumiblemente ostenta la capacidad natural necesaria para someterse a una de estas técnicas corporales, el Decreto andaluz 286/2002, de 26 de noviembre, nada establece al respecto. Es por ello, que debemos traer a colación las disposiciones generales contenidas en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica, norma ésta que resulta de plena aplicación en Andalucía¹⁷⁴⁴. En virtud de este precepto, entendemos que si la persona menor de edad tiene dieciséis años cumplidos, o está emancipada, debería presumirse que ostenta la capacidad suficiente para poder prestar autónomamente el consentimiento, sin que sea preciso en este caso que el "personal aplicador" tenga que proceder a ningún tipo de valoración.

Finalmente, una opción más extrema, si la comparamos con las expuestas hasta el momento, es la adoptada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, pues en el territorio de esta Comunidad Autónoma, según lo prescrito en el artículo 12 del Decreto 35/2005, de 10 de marzo, por el que se regulan las prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea u otras similares de adorno corporal, el consentimiento informado de los menores no emancipados deberá ser siempre emitido, previa petición de éstos, por sus representantes legales. Algo

¹⁷⁴⁴ El propio artículo 10.3 de la Ley andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención del menor, en el que se tratan temas relacionados con la salud, nos remite "a los términos establecidos en la legislación vigente".

similar sucede también con las previsiones adoptadas por el Decreto vasco 285/2005, de 11 de octubre, de requisitos técnicos y normas higiénico-sanitarias aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación y perforación corporal u otras técnicas similares, en cuyo artículo 15.2 se estipula que en el caso de menores de edad el documento que contiene el consentimiento informado deberá ser firmado en presencia del aplicador y deberá ir acompañado de una fotocopia de un título identificativo del representante legal.

En este último caso, debemos poner en tela de juicio el sistema seguido por el Decreto vasco, pues parece entrar en franca contradicción con la Ley del Parlamento vasco 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia, concretamente con su artículo 18.2.f), que contiene una remisión a lo establecido, por lo que al otorgamiento del consentimiento informado sanitario se refiere, a la Ley estatal 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. Con base en esta Ley, a los menores con dieciséis años cumplidos, así como a los emancipados, se les presumen las facultades de entender y querer mínimas imprescindibles para decidir por sí cualquier tipo de intervención facultativa, salvo en caso de actuación de grave riesgo, no siendo, por tanto, posible la emisión del consentimiento informado por representación.

En definitiva, esta pluralidad de enfoques normativos, este trato dispar a la consideración de las capacidades físicas y psíquicas que presentan las personas menores de edad, ponen al descubierto uno de los déficits más sintomáticos y característicos de nuestras disposiciones legales en este ámbito material, cual es la carencia absoluta de un tratamiento legal unitario y global de las instituciones y mecanismos que lo integran.

4.3.8. Las donaciones de órganos y las técnicas de reproducción humana asistida

Hemos venido considerando de forma generalizada que el criterio imperante en el ámbito sanitario es el de entender que las personas menores de edad, que reúnan la necesaria aptitud intelectual y volitiva, ostentan la suficiente capacidad para poder actuar de manera autónoma. En otras palabras, que son ellas las que deciden directamente, sin precisar intervención alguna de sus representantes legales, si autorizan o no una determinada intervención o tratamiento de carácter médico o asistencial.

Lo apuntado no impide, sin embargo, que en ciertas ocasiones la ley exija una edad específica para realizar ciertos actos de ejercicio de derechos de la personalidad, en particular aquellos que tienen una especial trascendencia médica. Esto es precisamente lo que sucede en el caso del consentimiento a la donación de órganos entre personas vivas o en el supuesto de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida, en que sus respectivas normas de regulación requieren inexcusablemente la mayoría de edad. Procedemos, acto seguido, al estudio detallado de estas dos instituciones jurídicas, para, de este modo, identificar cuáles fueron las verdaderas causas que empujaron al legislador a otorgar un tratamiento tan particular a la cuestión objeto de nuestro análisis.

4.3.8.1. Extracción y trasplante de órganos

Por lo que a la donación de órganos *intervivos* se refiere, tanto el artículo 4 de la Ley 39/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos¹⁷⁴⁵ - en

¹⁷⁴⁵ Ley 39/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. Boletín Oficial del Estado núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

redacción ofrecida por la Ley 26/2011, de 1 de agosto -, como el artículo 9.1, apartados a) y d) del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos¹⁷⁴⁶, exigen que el donante "sea mayor de edad, goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión".

Este consentimiento debe otorgarse por escrito de forma expresa, libre, consciente y desinteresada en presencia del Juez encargado del Registro civil, ante quien también debe comparecer un médico que acredite el estado de salud física y mental del donante, así como el médico responsable del trasplante. Todos ellos deberán firmar el documento en que se exprese la voluntad firme del sujeto a la extracción y cesión del órgano. Además, conforme al apartado quinto del artículo 9 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, la intervención no podrá practicarse hasta transcurrido un plazo de veinticuatro horas desde la firma del documento de cesión del órgano, a modo de plazo de reflexión, dentro del cual el donante podrá revocar libremente su consentimiento.

De los requisitos legales enumerados se extrae con claridad que las personas menores de edad, estén o no emancipadas, quedan excluidas de la posibilidad de consentir por sí una cesión en vida de un órgano corporal. En igual medida, tampoco está admitida la extracción de órganos *intervivos* a menores de edad, si son los padres o tutores los que prestan el consentimiento informado en representación de sus hijos o pupilos. Esta misma prohibición aparece refrendada en el actual texto del Código penal que, en su artículo 156 párrafo primero, a la hora de eximir de

¹⁷⁴⁶ Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Boletín Oficial del Estado núm. 3, de 4 de enero de 2000.

responsabilidad penal en los supuestos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, califica como de "no válida" la declaración de voluntad otorgada por los menores o por sus representantes legales¹⁷⁴⁷.

Dado que los supuestos recogidos en el artículo 156.1º del Código penal se refieren a bienes o derechos de la personalidad y éstos por definición no son susceptibles de representación legal, se ha excluido de su ámbito de ejercicio cualquier forma de consentimiento vicarial, bien a través de sus representantes legales, bien por la autorización del Juez. En este sentido, ni uno ni los otros están legitimados para suplir esa carencia de capacidad formal del menor para emitir un consentimiento válido para el Derecho penal¹⁷⁴⁸.

¹⁷⁴⁷ Para **Romeo Casabona, Carlos María**: Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Granada, 2004, Ed. Comares, págs. 242-243, por menor de edad hay que entender el que lo es desde un punto de vista civil, es decir, quien no ha cumplido los dieciocho años, con lo cual se descarta el criterio propuesto por algunos autores, que atienden a la mayoría de edad penal, criterio que no guarda conexión alguna ni con el conjunto del precepto, que está cargado de referencias al Derecho civil, ni con el objetivo final del mismo. Ahonda en esta misma dirección **Díez Ripollés, José Luís**: Comentarios al artículo 156 del Código penal" en **Díez Ripollés, José Luís y Gracia Martín, Luis (Coords.)**: Comentarios al Código penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tomo I. Valencia, 1996, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 585-586 y 570, quien sostiene que en Derecho penal, a salvo regulación expresa en contrario, se le reconocerá a un sujeto capacidad para consentir en cuanto se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión en relación con el bien jurídico protegido, o lo que es lo mismo, posea la capacidad natural de juicio. Ahora bien, finaliza este autor, el artículo 115 párrafo 2º y 156 del Código penal especifican que el consentimiento prestado por un menor de edad o incapaz carecerá en todo caso de validez respecto a estos delitos. En parecido sentido se pronuncian **Tamarit Sumalla, Josep**: "De las lesiones" en **Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords.)**: Comentarios al nuevo Código Penal. Cizur Menor, 2005, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 820, al manifestar que el Código penal completa el contenido de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, a la que remite expresamente el artículo 156 en orden a la fijación de la licitud del trasplante; y **Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín**: "Comentarios al artículo 156 del Código penal" en **Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín (Coord.)**: Código penal comentado y con jurisprudencia. Madrid, 2007, Ed. La Ley, pág. 389.

¹⁷⁴⁸ **García Arán, Mercedes**: "De las lesiones. Artículos 147 a 156 del Código penal" en **Córdoba Rosa, Juan y García Arán, Mercedes (Dirs.)**: Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I. Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, pág. 137, apuntan que se declara inválido el consentimiento de menores e incapaces, negándose la prestación por sus representantes legales, lo que motiva la excepción de los supuestos de aquellos que padezcan graves deficiencias psíquicas que se analizan en el párrafo segundo del propio artículo 156 del Código penal.

Estas limitaciones por razón de edad amparadas en nuestro ordenamiento jurídico se perciben, en principio, como infranqueables, pues de una lectura literal de los preceptos que las albergan y aplicando la máxima latina de *in claris non fit interpretatio* se arriba a la conclusión de que no se admite salvedad alguna que venga a excepcionar el requisito objetivo de haber cumplido un determinado número de años - los dieciocho en este caso -.

Pese a esta afirmación, algunos autores se han planteado la posibilidad de si un menor que haya alcanzado un grado de discernimiento suficiente podría consentir válidamente la extracción de una parte de su cuerpo a fin de trasplantarla a otro ser humano. La base de su argumentación se centra en la naturaleza estrictamente personal de la voluntad de donar, que trae como consecuencia que en ningún caso pueda ser sustituida por otra persona. En atención a ello, siempre que el individuo disponga de capacidad natural de juicio deberá respetarse su decisión tanto cuando se manifieste en el sentido de consentir la extracción como de negarse a ella, sin que la misma pueda ser suplida por sus representantes legales. En suma, el requisito de la mayoría de edad se flexibiliza respecto de aquellos menores de edad que se encuentran próximos a alcanzarla o que, a pesar de su minoría, manifiestan una capacidad de comprensión y madurez que les cualifica para adoptar válidamente la opción más adecuada a sus intereses¹⁷⁴⁹.

Otro sector doctrinal mayoritario, en cambio, considera que el acto de donación de un órgano o tejido para su extracción en vida constituye, a diferencia de lo que ocurre en los actos médicos, una conducta de la que ningún beneficio directo se deriva para el disponente a la vez que le causa un daño a su salud, por mínimo que

¹⁷⁴⁹ **Romeo Malanda, Sergio:** "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario" en Diario La Ley, núm. 5185 y 5186, de 16 y 17 de noviembre de 2000, Tomo VII, D-251, pág. 1462.

éste sea y a su integridad física; menoscabo especialmente grave si tenemos en cuenta que estamos ante personas que aún se encuentran en fase de desarrollo biológico y ello podría entrañar mayores riesgos para su crecimiento fisiológico y psíquico. Parece así conveniente limitar la licitud de tales actos a los supuestos en que los mismos son consentidos por individuos respecto de cuya libertad de decisión, plenamente consciente e informada, no quepa albergar duda alguna. En conclusión, parece claramente vedada la posibilidad de que los menores de edad puedan consentir válidamente la extracción, con independencia de su edad y capacidad natural o de discernimiento. Como algún autor se ha encargado de recordarnos, igual consideración merecen, desde esta perspectiva, el adolescente próximo a la mayoría de edad y dotado de un cualificado grado de comprensión y madurez, que el niño de cinco años cuyas facultades intelectivas y volitivas se encuentran aún extraordinariamente restringidas¹⁷⁵⁰.

No obstante, en la práctica, y bajo circunstancias muy especiales, las aludidas limitaciones han empezado a ser cuestionadas atendiendo precisamente al particular grado de discernimiento que pueda presentar un sujeto que todavía no ha alcanzado los dieciocho años de edad. Sin ir más lejos, el auto del Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de Sevilla de 18 de octubre de 2007 autorizó la donación de hígado de una menor de diecisiete años, a pesar de las prohibiciones normativas existentes al respecto¹⁷⁵¹. Se trataba de una joven madre de diecisiete años, cuya hija de escasos meses de edad padecía una enfermedad mortal del hígado - una malformación hepática congénita - que en cualquier momento podía entrar en fase aguda de su patología y morir por falta de un donante compatible. La madre de la

¹⁷⁵⁰ **Romeo Malanda, Sergio**, *Ibidem*. pág. 1462.

¹⁷⁵¹ Vid. en este sentido el **auto núm. 785/2007, de 18 de octubre, del Juzgado de Primera Instancia número diecisiete 17 de Sevilla - AC\2007\1884 -**.

adolescente, abuela de la niña enferma, promovió expediente de jurisdicción voluntaria en nombre propio y en representación de su hija sobre autorización judicial para la donación de órganos. En un principio, siendo la restricción legal tan explícita, nada se podía alegar, no estando permitido un trasplante de órganos aprobado por un menor de edad, tenga o no consentimiento de sus progenitores, pero, sorprendentemente, la resolución judicial estimó la petición¹⁷⁵².

Una vez explorada a la joven madre, tanto el informe del médico forense como el del Ministerio Fiscal fueron favorables sobre la capacidad de entender y conocer de la misma en relación con el acto médico al que se iba a someter. Llegados a este punto, el mencionado auto, atendiendo a la grave situación personal vivida por la madre adolescente dispuesta a donar parte de su hígado para salvar la vida de su pequeña, en aras de justificar su parte dispositiva - favorable a la donación - acude a una aplicación analógica del párrafo segundo del artículo 156 del Código penal, que permite la esterilización de sujeto incapacitado que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando ha sido autorizada por el Juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz, y siempre tomando como criterio rector el del mayor interés del sujeto a proteger¹⁷⁵³.

¹⁷⁵² Tal y cómo nos informan **Ruiz Jiménez, Juana** y **Tejedor Muñoz, Lourdes**: "Notas sobre la responsabilidad en torno a las donaciones de órganos cuando el donante es un menor" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º. 705, enero-febrero 2008, págs. 429-430, constituye éste el primer auto que se dicta en España sobre un supuesto de trasplante de órganos, en el que se permite que donante y receptor sean menores, por tanto, no contando con antecedentes sobre casos similares, sin duda la problemática y la trascendencia humana y jurídica de esta cuestión ponen de relieve que estamos ante un conflicto no resuelto en nuestro ordenamiento.

¹⁷⁵³ Para **Vázquez Iruzubieta, Carlos**: "Comentario al artículo 156 del Código penal español" en **Vázquez Iruzubieta, Carlos (Coord.)**: *Comentarios al Código Penal*. Madrid, 2009, Ed. vLex, pág. 3, en ningún caso la minoridad posibilita la exención de responsabilidad en los trasplantes de órganos, esterilización y cirugía transexual, porque ni su consentimiento ni el prestado por sus representantes legales es válido.

Aún reconociendo, desde una perspectiva humana, la difícil tesitura por la que transitó el Juez de instancia para resolver el expediente, los argumentos esgrimidos para sustentar su decisión son, cuanto menos, criticables¹⁷⁵⁴. Es discutible, entendemos, que en este caso fuera alegable la analogía, pues no existía laguna en la ley que justificara acudir a este mecanismo integrador del ordenamiento jurídico.

Así, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, y el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, resuelven o contemplan el supuesto específico de la obtención de órganos de un donante vivo menor de edad, vetándola explícitamente. Además, y en aplicación de las previsiones del artículo 4.2 del Código civil, no es posible aplicar por analogía las normas excepcionales, y el artículo 156 párrafo segundo del Código penal lo es¹⁷⁵⁵.

Consideramos, *a sensu contrario*, que hubieran podido ser otros los argumentos esgrimidos por el órgano judicial. En primer término, aplicar una interpretación finalista de la Ley 30/1979, de 27 de octubre. Efectivamente, su artículo 4 requiere para las donaciones de órganos entre personas vivas que el donante sea mayor de edad, por un lado, para evitar posibles riesgos de explotación por parte de los progenitores o tutores, que como representantes de aquéllos, podrían consentir la extracción de órganos de sus propios hijos o pupilos en beneficio personal, y, por otro, para evitar causarles un perjuicio irreversible. Desde este punto de vista, la

¹⁷⁵⁴ **Ruiz Jiménez, Juana y Tejedor Muñoz, Lourdes**, op. cit. pág. 440, se muestran críticos con este Auto judicial, pese a no dudar de la bondad de la autorización y de que se entienden que se ha ido en busca de la justicia material.

¹⁷⁵⁵ De acuerdo con nuestra opinión vid. **Navarro Michel, Mónica**, op. cit. pág. 69, quien añade que el artículo 156.1 del Código penal, dedicado a los supuestos de trasplantes de órganos y operaciones de cirugía transexual establece que en caso de que el otorgante sea menor de edad "no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales", mal podría aplicarse a los casos de trasplantes el segundo párrafo, sobre esterilizaciones.

exigencia del requisito de la mayoría estaría plenamente justificado¹⁷⁵⁶. Ahora bien, en lo que no pensó el legislador, ni por asomo, es en la mujer menor de edad que, a su vez, tiene descendencia. Y menos aún, en que esta madre adolescente deseara donar un órgano no para un adulto, sino para otro menor de edad, su descendiente. En definitiva, el objetivo último perseguido por las prescripciones contenidas en el artículo 4 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, tiene como objetivo la garantía de la protección de uno de los derechos de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, que no es otro que el de la integridad física. Entonces, caso de hallarnos ante un *factum*, que escapa de esa lógica o finalidad legislativa podríamos cuestionarnos si, tomadas las debidas prevenciones, la regla podría excepcionarse.

Un segundo razonamiento que hubiera podido ser empleado por el juzgador *a quo* para justificar la aceptación de la donación del órgano de la menor hacia su hija, lo encontramos radicado en el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Esta normativa, después de reiterar la prohibición de obtención de células y tejidos de una persona viva menor de edad para su ulterior aplicación alogénica en seres humanos - proceso mediante el cual las células o tejidos son extraídos de un sujeto y aplicados a otro distinto; artículo 2.2 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre-, la admite en algunas ocasiones y con ciertos requisitos; concretamente - artículo 7.1 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre -, se permite la obtención de tejidos o células renovables de un

¹⁷⁵⁶ La exigencia de la mayoría de edad resulta lógica si se tiene en cuenta que el grado de entendimiento y juicio requeridos para consentir un tratamiento médico está estrechamente ligado al resultado del balance riesgo-beneficio del mismo. La extracción de un órgano es un acto que disminuye sensiblemente la integridad del donante, no implica ningún beneficio objetivo para éste y además puede implicar riesgos para su salud.

menor de edad, cuando puedan ser de carácter vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal¹⁷⁵⁷.

Pues bien, regresando al supuesto que nos ocupa y utilizando una exégesis teleológica de la excepción contenida en el artículo 7.1 del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, la autoridad judicial hubiera podido resolver favorablemente la solicitud de la representante legal de la menor - madre de diecisiete años que pretendía donar parte de su hígado a su hija - de haber aplicado a la controversia las disposiciones contenidas en el Real Decreto de referencia. De hecho, el carácter vital de la donación para el receptor - hija de la donante menor de edad - quedó demostrado en el transcurso del proceso judicial a tenor de los informes médicos presentados; además, el hígado cumple la particularidad de ser un órgano renovable. A mayor abundamiento, el artículo 20.2 del Convenio europeo sobre los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997 - el conocido como Convenio de Oviedo¹⁷⁵⁸ - autoriza la extracción de tejidos regenerables de un menor cuando sea indispensable para salvar la vida de su hermano o hermana¹⁷⁵⁹. Entonces, si se

¹⁷⁵⁷ El artículo 7.1 del Real Decreto 1301/2006 de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en seres humanos, establece literalmente que "no podrán obtenerse células y tejidos de personas menores de edad (...) salvo cuando se trate de residuos quirúrgicos o de progenitores hematopoyéticos u otros tejidos o grupos celulares reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor. En estos casos, el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal". Para **Romeo Malanda, Sergio**, op. cit. pág. 1535, la licitud de la donación de ciertos tejidos, como sería el caso de la médula ósea, se fundamenta en la excepcionalidad del fin perseguido por la extracción y el carácter regenerable de la misma, cuya extracción implica menores riesgos para la salud futura del individuo de la de órganos no regenerables.

¹⁷⁵⁸ Ratificado por España el 23 de julio de 1999. Boletín Oficial del Estado, núm. 251, de 20 de octubre.

¹⁷⁵⁹ Este precepto establece que "De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes: i) si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento; ii) si el receptor es hermano o hermana del donante; iii) si la donación es para reservar la vida del receptor; iv) si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente; y v) si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma".

autoriza entre hermanos, más aún del progenitor - menor de edad - a su descendiente.

Al margen de la mayor o menor bondad de la propuesta *ad hoc* esgrimida para salvar la decisión judicial tomada en el caso de autos, lo que no podemos obviar es que este supuesto pone de manifiesto la urgente necesidad de un debate sobre la oportunidad de reformular la actual ley de trasplantes de órganos. Por un lado, valorando la posibilidad de adaptar el vigente modelo al resto de normas que rigen en el ámbito de la toma de decisiones sobre la salud y el propio cuerpo, que fijan como edad de referencia la de los dieciséis años y dotan de efectiva relevancia a la capacidad natural de los individuos. De otro, flexibilizando el sistema e introduciendo ciertas excepciones que faciliten la acomodación de la ley a determinadas realidades prácticas. Sin ir más lejos, por ejemplo, incorporando o previendo el supuesto del menor de edad que es, a su vez, progenitor.

En otro orden de cosas, y por lo que al consentimiento del receptor de órganos se refiere, la Ley 39/1979, de 27 de octubre, dispone en su artículo 6. c) que la aprobación al trasplante la debe emitir el propio beneficiario si se trata de un "adulto jurídicamente responsable de sus actos" o "por sus representantes legales, padres o tutores, si estuviera incapacitado o en caso de menores de edad". Más de treinta años después de promulgada la norma, este precepto, cuya aplicación no plantea dudas para el caso de menores sin capacidad natural, suscita perplejidades cuando se trata de menores con facultades intelectivas y volitivas suficientes para comprender en qué consiste la intervención, que bien podrían ser perfectamente autorizadas por el propio menor sin necesidad de representantes¹⁷⁶⁰.

¹⁷⁶⁰ De este mismo pensamiento es **Yzquierdo Tolsada, Mariano**, op. cit. pág. 111.

Finalmente cabe mencionar, en relación con la capacidad de los menores de edad para ser donantes de sangre, que esta cuestión queda resuelta en el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre¹⁷⁶¹, por el que se fijan los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión, en cuyo anexo II, relativo a los criterios de selección de donantes de sangre total y componentes sanguíneos, apartado A, criterios de selección de donantes, reza del siguiente tenor literal: "los criterios siguientes se aplican a las donaciones homólogas de sangre total y de aféresis. No son de aplicación a las donaciones autólogas. 1. Edad del donante. Los límites de edad son los siguientes: a) de dieciocho a sesenta y cinco años".

No obstante lo apuntado, en circunstancias excepcionales, el médico responsable podrá autorizar donaciones de sujetos que no cumplan los criterios detallados en el Anexo II del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre. Estas situaciones particulares deberán, en todo caso, ser expresamente documentadas y registradas¹⁷⁶².

La exigencia de la edad mínima de los dieciocho años en las donaciones homólogas responde a las necesidades de que el donante posea ciertas condiciones físicas y no al hecho de que se requiera la plena capacidad de obrar para efectuarla.

¹⁷⁶¹ Boletín Oficial del Estado, núm. 225, de 20 de septiembre de 2005.

¹⁷⁶² En esta línea el Derecho francés admite excepcionalmente la extracción de sangre de un menor de edad, cuando así lo exija la existencia de una urgencia terapéutica y la compatibilidad de su sangre, siempre que los representantes legales del menor presten su consentimiento por escrito y éste no se oponga a la donación - artículo L 1221-5 del *Code de la Santé Publique* -.

4.3.8.2. Las técnicas de reproducción humana asistida

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, exige tanto para ser donante - artículo 5.6 - como para ser usuaria de esta clase de técnicas - artículo 6.1 -, que se tengan más de dieciocho años cumplidos, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar¹⁷⁶³. Para ser receptora o beneficiaria de las mismas, además, se tendrá que haber prestado el consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. Por tanto, a estos fines no basta siquiera la emancipación, siendo imprescindible que se haya alcanzado la edad especificada de dieciocho años¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁶³ En palabras de **Iniesta Delgado, Juan José**: "Artículo 5 de la Ley de Técnicas de reproducción humana asistida. Donantes y contratos de donación" en **Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.)**: Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 157-158, se ha considerado oportuno no hacer depender la capacidad del donante de gametos de la madurez sexual, sino que se exige la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar. La trascendencia del acto, sobre todo por lo que tiene de renuncia a la paternidad de los hijos biológicos generados a partir de sus gametos, aconseja que se tenga este cuidado en asegurar que la decisión del donante va a ser suficientemente razonada. Por otra parte, prosigue el autor, el carácter personalísimo de la donación de gametos determina que la ausencia de capacidad suficiente no pueda ser suplida por un representante legal. Finalmente, se subraya que el consentimiento prestado por el menor de edad es inválido de modo que impedirá que los gametos puedan ser empleados efectivamente; otra cosa será que dicho material biológico haya dado lugar a una nueva vida, puesto que este efecto sería imposible de deshacer. Por su parte, **Sánchez Hernández, Ángel**: "Artículo 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas" en **Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.)**: Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 59, sostiene que la Ley nuevamente toma en cuenta la mayoría de edad - en todo lo referente a las condiciones para ser donante - en tanto entraña la capacidad de entender y por ende de querer realizar conscientemente determinados actos. Sin duda, la Ley declara radicalmente nulo todo contrato de donación de gametos y preembriones cuando haya sido concertado entre un menor donante y el centro autorizado. Lo mismo puede afirmarse del donante emancipado.

¹⁷⁶⁴ En palabras de **Santos morón, María José**: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor" en **Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.)**: El menor ante el derecho en el siglo XXI. Madrid, 2011, Ed. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, pág. 65, la necesidad de que el usuario tenga al menos dieciocho años se explica si se piensa que la donación de gametos tiene importantes implicaciones éticas, al igual que el empleo de técnicas de reproducción asistida. Esta última reclama, además, en opinión de la autora, valorar convenientemente todas las posibles alternativas, así como los riesgos del tratamiento y, en particular, las consecuencias de una gestación futura. También favorable a la objetivización de las facultades que debe reunir una mujer para poder ser receptora o usuaria de las técnicas de reproducción asistida se muestra **Sánchez Hernández, Ángel, op.**

A pesar de lo enunciado, no encontramos inconveniente alguno, *de lege ferenda*, para permitir a ciertas mujeres menores de edad acceder a las técnicas de reproducción asistida. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas adolescentes casadas - con la debida dispensa judicial - que no puedan concebir hijos de forma natural pues, una vez autorizadas a contraer nupcias y pudiendo mantener libremente relaciones sexuales, no parece lógico que si desean tener descendencia se vean obligadas a postergar ese momento por el simple hecho de tener que cumplir una edad determinada, pues la madurez requerida para asumir la maternidad debe darse por supuesta en tales circunstancias. Lo mismo puede afirmarse de la posibilidad de donar gametos por parte del marido para fecundar a su esposa cuando éste no haya alcanzado aún la mayoría de edad.

En relación con esta cuestión, no podemos obviar que el Código Penal de 1995 prevé en su Libro II - Delitos y sus penas - Título V - Delitos relativos a la manipulación genética - el delito de la reproducción humana asistida sin consentimiento de la mujer. Concretamente, se trata del artículo 161.1 de la norma punitiva española, según el cual "quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años"¹⁷⁶⁵.

cit. pág. 46, al calificar como de acertado el hecho de que la norma huya de toda orientación que deje la apreciación de la capacidad real de la mujer a un juicio subjetivo.

¹⁷⁶⁵ Este precepto ha sido redactado de conformidad con lo preceptuado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. De esta forma, el artículo 161.1 del Código Penal ha pasado a tener el contenido del anterior artículo 162.1 del mismo cuerpo normativo.

Un aspecto que merece la pena esclarecer es si la capacidad para consentir exigida para que la reproducción asistida practicada en la mujer sea atípica debe regirse de acuerdo con las prescripciones de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida - avalada por el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, en cuyo caso integraría el tipo analizado toda intervención en mujeres menores de dieciocho años, o si, por el contrario debe aplicarse la teoría general de las declaraciones de voluntad propia del Derecho penal, según la cual para que éstas sean válidas únicamente se exige la capacidad natural de juicio.

Observamos, pues, que la constatación de qué deba entenderse por la partícula negativa "sin su consentimiento" contenida en el artículo 161.1 del Código Penal admite dos posibles interpretaciones. Una primera que, conforme a la doctrina penalista mayoritaria, propugna un entendimiento de esta alocución acorde con los requisitos exigidos en los artículos 5.6 y 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, o, en otras palabras, una consideración del consentimiento como un elemento normativo del tipo¹⁷⁶⁶; y, una

¹⁷⁶⁶ De esta opinión **Queralt Jiménez, Joan Josep**: Derecho Penal. Parte Especial. Barcelona, 2010, Ed. Atelier, pág. 52; **Valle Muñoz, José Manuel**: "De las lesiones al feto" en **Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords.)**: Comentarios al nuevo Código penal. Cizur Menor, 2005, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 847; y, **Serna Moroño, Encarna**: "Artículo 6 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Usuarios de las técnicas" en **Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.)**: Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 185. Muy claro también en este sentido es **Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco**: "Reproducción asistida humana no consentida. Algunas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español" en **Romeo Casabona, Carlos María (Ed.)**: Genética y Derecho penal: previsiones en el Código penal español de 1995. Granada-Bilbao, 2001, Ed. Comares, pág. 198, quien afirma que la coherencia legislativa del conjunto del Ordenamiento jurídico debe mantenerse cuando sea posible y nos recuerda, además, que la propuesta inicial era la de incluir esta figura delictiva dentro de la propia Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. Similar posicionamiento es el adoptado tanto por **García Arán, Mercedes**: "Delitos relativos a la manipulación genética. Artículos 159 a 162 del Código penal" en **Córdoba Rosa, Juan y García Arán, Mercedes (Dirs.)**: Comentarios al Código penal. Parte especial. Tomo I. Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, págs. 166-167, al precisar que el consentimiento de la mujer juega en este tipo un papel fundamental, puesto que su ausencia es requisito de la tipicidad y, por ende, su concurrencia supone la atipicidad de la conducta. La Ley de técnicas de reproducción humana asistida, establece los requisitos del consentimiento a estos efectos. Este debe ser emitido por una mujer mayor de edad y con capacidad de obrar, de forma libre, consciente, expresa y por escrito. Asimismo, concluye dicho autor, debe ser una declaración de voluntad prestada a partir de la información sobre los riesgos para la descendencia y los derivados del

segunda visión, más proclive a apreciar la expresión "sin su consentimiento" como un mero elemento descriptivo del tipo, estima que sus requisitos y validez habrán de ser delimitados por la autoridad judicial en atención a criterios exclusivamente penales, lo que supone en el fondo optar por la autonomía de la figura respecto de la regulación civil¹⁷⁶⁷.

embarazo a causa de una edad inadecuada; como por **Rubio Lara, Pedro**: "La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto" en **Aránguez Sánchez, Carlos** y **Romeo Casabona, Carlos María**: Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Madrid, 2006, Ed. Dykinson, págs. 255-256, quien considera que para entender que existe una declaración de voluntad correctamente otorgada y, por tanto, no falte el consentimiento, éste deberá poseer las siguientes cualidades: a) que haya sido válido o, dicho de otro modo, habrá que verificar si han concurrido o no en el titular del bien jurídico protegido la capacidad para otorgar tal consentimiento, lo que supondrá excluir aquel que haya sido emitido por un sujeto que no se encuentre en condiciones de comprender el sentido y trascendencia de su decisión, o no posea la aptitud natural de juicio y, en todo caso, se excluirá el consentimiento manifestado por el menor de dieciocho años, el incapaz o persona desvalida, por imperativo del párrafo segundo del artículo 161 del Código penal.

¹⁷⁶⁷ Más proclive a esta lectura del precepto penal se muestra **Cuesta Arzamendi, José Luís (de la)**: "Genética y política criminal" en *International Review of Penal Law*, Vol. 78, pág. 552, al afirmar que no serán típicos los supuestos en que la reproducción asistida se practique con consentimiento de la interesada, siempre que esta tenga la capacidad natural de juicio - no se precisa la mayoría de edad - y el consentimiento sea previo, libre - no viciado -, consciente y debidamente informado. El mismo autor en **Cuesta Arzamendi, José Luís (de la)**: "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código penal español de 1995" en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 5, julio-diciembre 1996, pág. 72. También partidarios de una lectura autónoma del artículo 161.1 del Código penal con respecto a la legislación administrativa y civil reguladora de la materia son **Romeo Casabona, Carlos María**: Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. Granada, 2004, Ed. Comares, pág. 328, quien subraya que para la determinación de la capacidad para consentir, habrá que acudir a la capacidad natural de juicio y no a la mayoría de edad penal, civil o para contraer matrimonio, ni a la establecida en la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida para el acceso a las mismas - los dieciocho años cumplidos -, con la que el tipo de este delito no guarda relación de dependencia, como tampoco en el ámbito de la antijuricidad. Dicha capacidad natural habrá de extenderse a la comprensión de la trascendencia reproductiva del acto en el que se consiente, es decir, la maternidad y sus consecuencias; y **Cuesta Aguado, Paz María**: La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales. Análisis del tipo objetivo del artículo del artículo 162 del Código penal. Valencia, 1999, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 97-98 y 111, al sostener, en primer término, que la mujer que consiente ha de reunir lo que la doctrina denomina capacidad natural para disponer, esto es, la facultad intelectual suficiente para comprender el alcance y significación de sus actos y, a continuación, afirmar que el Derecho penal es autónomo para establecer no sólo los requisitos sino para determinar el contenido de sus conceptos jurídicos penales. En este sentido el elemento consentimiento exigido en el artículo 161 del Código penal ha de ser considerado no como un elemento normativo del tipo - lo que implicaría aceptar la regulación del mismo impuesta por la normativa administrativa -, sino como un elemento descriptivo, cuyo contenido y extensión habrán de ser definidos por el Juez penal en atención a criterios estrictamente penales.

Pese a estas últimas posiciones que advierten como no todos los requerimientos previstos por la Ley de técnicas de reproducción humana asistida son necesarios para excluir el tipo, siendo que el consentimiento en el ámbito penal ha de reflejar la auténtica voluntad del interesado sin que por ello tenga que ser expreso ni por escrito, atendiendo además a la capacidad de juicio y no a la edad penal, civil o a la establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, resulta más correcto, en aras de una armonización del conjunto del ordenamiento jurídico, estimar que la ausencia de algunas de las exigencias reclamadas por la Ley de técnicas de reproducción humana asistida en la prestación del consentimiento, lo convierte en inexistente a estos efectos y a la conducta en penalmente relevante¹⁷⁶⁸. De este modo, el consentimiento debe ser otorgado por una mujer mayor de edad y con aptitud volitiva e intelectual para discernir las consecuencias de su decisión. Queda, por tanto, excluida la declaración de voluntad emitida por una adolescente, así como la que pudiera ser prestada por una mujer, en expresión del Código penal, "desvalida". Tampoco sería admisible que el consentimiento fuera prestado por sustitución por los representantes legales del menor de edad, por tratarse éste del ejercicio de un derecho inherente a la personalidad¹⁷⁶⁹.

En conclusión, con independencia de las críticas vertidas sobre la Ley 14/2006, de 26 de mayo, parece que el legislador ha optado por no permitir que la mujer menor de edad pueda someterse a estos procedimientos, lo cual aparece reforzado con la mención al respecto contenida tanto en el punto cuarto del artículo 9 de la Ley

¹⁷⁶⁸ **Domínguez Izquierdo, Eva María**: "El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer" en **Aránguez Sánchez, Carlos** y **Romeo Casabona, Carlos María**: Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Madrid, 2006, Ed. Dykinson, pág. 233.

¹⁷⁶⁹ Ratifican nuestro posicionamiento **Gracia Martín, Luís**: "Comentarios al artículo 162 del Código penal" en **Díez Ripollés, José Luís** y **Gracia Martín, Luís (Coords.)**: Comentarios al Código penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tomo I. Valencia, 1996, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 701-702, y **Cuesta Aguado, Paz María**, op. cit. pág. 98, al calificar estas decisiones como de personalísimas de tipo existencial, exceptuándose únicamente el caso de la autorización judicial en el caso de la esterilización.

41/2002, de 14 de noviembre, como en el artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre. Por esta razón, de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida se deriva que tan sólo se entenderá como consentimiento válido a estos efectos el prestado por una mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar, de forma libre, consciente y expresa. Si a continuación el legislador crea un tipo penal referente a la reproducción asistida sin consentimiento, parece evidente que deba mantenerse la coherencia legislativa del conjunto del ordenamiento jurídico y que haya de remitirse a tales requisitos para establecer si ha mediado o no válida declaración de voluntad, de tal modo que si se llevan a efecto estas técnicas en una mujer menor de edad la conducta será típica, pues falta uno de los requisitos indispensables para la plena eficacia del consentimiento¹⁷⁷⁰.

5. OTROS ACTOS QUE LA LEY PERMITE REALIZAR A LA PERSONA MENOR DE EDAD POR SÍ MISMA

La segunda dirección o plano normativo contenido en el artículo 211-5.a) del Código civil de Cataluña en los que un niño, niña o adolescente puede, según su edad y capacidad natural, intervenir de manera autónoma e individual se centra en la posibilidad de llevar a cabo "*aquellos otros actos que la ley expresamente le permita realizar por sí mismo*". Es decir, que el ordenamiento jurídico le faculta - de forma expresa - para realizarlos personalmente, rebajando así el nivel general de capacidad exigido - habitualmente la mayoría de edad -, en atención a la propia esencia de la intervención y en función de los criterios de política legislativa que orienten la regulación de las distintas instituciones jurídicas. De ahí, la variabilidad secular de

¹⁷⁷⁰ De la misma opinión son **Benítez Ortúzar, Ignacio Francisco**: "Reproducción asistida no consentida. Algunas notas críticas acerca del artículo 162 del Código Penal español" en **Romeo Casabona, Carlos María (Ed.)**: Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995. Bilbao-Granada, 2001, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares, pág. 197; y **García Martín, Luís**: "Comentarios al artículo 192 del Código Penal" en **Díez Ripollés, José y García Martín, Luís (Coords.)**: Comentarios al Código Penal. Parte especial. Vol. I. Valencia, 1997, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 701.

estos supuestos de capacidad particular asignados al menor de edad que dependen, en gran medida, de la discrecionalidad parlamentaria.

Se trata, en definitiva, de casos específicos en los que, a pesar de la situación general de limitación de capacidad de obrar del sujeto, por razón de su edad y estado de madurez, la ley le permite actuar con plena eficacia. No estamos ya ante comportamientos netamente favorables y en nada comprometedores; tampoco ante conductas de escaso relieve; testamento, matrimonio, administración del propio patrimonio adquirido con su actividad personal, suponen ya actos de voluntad o negocios jurídicos de evidente calado y trascendencia jurídica, y se tornan en sectores de actuación no vedados a la intervención del menor de edad.

Antes de iniciar el estudio de los diversos supuestos en que se ha concretado en el seno de la normativa catalana esta habilitación legal a favor de las personas menores de edad; dándose respuesta con ello a la cláusula remisiva contenida en el apartado c) del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña - "*los demás actos que la ley le permita*" -, centraremos momentáneamente nuestra atención en poner de manifiesto una singularidad que presenta este mandato legal, que viene a diferenciarlo de las previsiones efectuadas por el propio Código civil de Cataluña al tratar de los actos relativos a los derechos de la personalidad que pueden ejercer por sí los menores de edad.

Tal y como hemos constatado, el apartado c) del artículo 211-5 del Código civil de Cataluña prevé, como uno de los ámbitos en que se autoriza al menor de edad para actuar autónomamente con total asunción de responsabilidades - siempre, eso sí, supeditado a su edad y capacidad natural - aquel fijado particular y específicamente por la ley - noción positiva de la institución -. En cambio, ha desaparecido de los artículos 222-47.2 - sede de tutela - y 236-18.2 - sede de potestad parental - del

Código civil de Cataluña, cualquier tipo de alusión a que restan excluidos de la representación legal propia del tutor o de los progenitores los actos que la ley autorice a realizar al menor de edad de manera autónoma - perspectiva negativa del concepto -.

Con esta nueva manera de proceder, el Código civil de Cataluña se aleja ostensiblemente, tal y como ya hemos constatado con anterioridad, de las previsiones que en su momento contenían tanto la Ley 12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre - artículo 25.2 apartados a) y b) - como el Código de Familia - artículos 155.2 puntos a) y b) y 209.2 puntos a) y b) -, que sí estipulaban o hacían mención dentro del listado de actuaciones excluidas a los representantes legales a los "actos que, de conformidad con las leyes y según la edad o capacidad natural, pueda realizar el hijo o hija - o la persona tutelada - por sí mismo".

Desde el momento en que al menor de edad se le reconocen facultades - singulares - para concluir cierto tipo de negocios o actos, es lógico que se excluya la intervención del representante legal que, precisamente, está llamado a cubrir su falta de capacidad allí donde exista. Es por ello, que no termina de entenderse el porqué el legislador catalán ha decidido suprimir, tanto en sede de potestad parental - artículo 236-18.2- como en materia de tutela - artículo 222-47.2 - la mención expresa a la limitación o restricción de la representación legal en aquellos casos en que el menor no emancipado opera de conformidad con las atribuciones conferidas previamente por la ley.

Si bien es cierto que para justificar tal ausencia del Código civil de Cataluña podría argumentarse que esta norma de cierre encuentra actualmente su ubicación o cabida dentro del grupo de disposiciones referidas, de forma general, a delimitar cuáles son las capacidades de actuación con las que cuentan las personas menores de edad - artículo 211-5.c) -, haciendo, en consecuencia, innecesaria su reiteración en los preceptos específicos de responsabilidad parental y tutelar; no es menos cierto que no ha sido éste el criterio aplicado de manera uniforme por nuestro legislador en otras situaciones de naturaleza manifiestamente análoga. Tal circunstancia, en última instancia, denota o hace patente un cierto margen de improvisación o una falta de homogeneidad en la redacción final ofrecida por el texto civil catalán.

Otro aspecto digno de ser resaltado, se traduce en la idea de que también en estos casos de competencias especiales expresamente reconocidas por la ley - artículo 211-5.c) del Código civil de Cataluña - actúa el presupuesto básico informador de toda la normativa catalana en materia de capacidad, cual es la aptitud de entendimiento y juicio del individuo - en nuestro caso una persona menor de edad -.

Y actúa negativamente, en forma que si bien el menor puede, como norma general, realizar los actos a que la ley le autoriza de acuerdo con su edad, estos actos serán impugnables en la medida en que se pruebe que, no obstante aquélla, el menor no reunía en concreto las aptitudes mentales para expresar su verdadero y válido consentimiento.

Ahora bien, como en estas ocasiones existe una regla especial atributiva de capacidad, que implica, en definitiva, una presunción *in abstracto* de que un menor de edad, en condiciones normales, llegado un determinado momento cronológico reunirá las condiciones de intelecto y raciocinio suficientes para actuar de manera autónoma con plena eficacia jurídica, será quien pretenda y alegue la invalidez del

negocio jurídico a quien le corresponda correr con la carga de la prueba de la ineptitud del menor para emitir una válida declaración de voluntad.

A modo de resumen, el Código civil de Cataluña en su artículo 211-5.c) otorga al menor de edad un nuevo ámbito o sector de capacidad de intervención individual, que es el contenido tras la norma de reenvío "los demás actos que la ley le permita". Bajo esta locución, la norma catalana alberga una remisión a todas aquellas disposiciones que hagan referencia o legitimen al menor, de acuerdo con su edad y capacidad natural, para actuar con total independencia y libertad. Veamos, a continuación, y sin ánimo de exhaustividad, una relación comentada de cuáles son los principales actos que el menor no emancipado puede desarrollar, por ley, en primera persona, y que restarán, por tanto excluidos del ámbito de la representación legal de progenitores y tutores.

5.1. RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN NO MATRIMONIAL

A tenor de lo preceptuado en el artículo 235-11 del Código civil de Cataluña los varones mayores de catorce años podrán reconocer su paternidad, mientras que la maternidad no requiere edad alguna y sí, tan solo, que se acredite el hecho del parto¹⁷⁷¹. En ambos casos, es preciso que el sujeto ostente capacidad natural¹⁷⁷².

¹⁷⁷¹ Según afirma **Rivero Hernández, Francisco**: "Comentario al artículo 95 del Código de Familia" en **Egea i Fernández, Joan y Ferrer i Riba, Josep (Dir.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pág. 463, matizaciones perfectamente aplicables al artículo 235-11 del Código civil de Cataluña, se toma en consideración la pubertad y la efectiva capacidad de procreación, que se estima, para los hombres, en los catorce años, y para las mujeres, el hecho biológico del alumbramiento. En esta misma línea se manifiesta **Solé Resina, Judith**: "La filiación" en **Gete Alonso y Calera et. al.**: Nociones de Derecho civil vigente en Cataluña. Valencia, 2008, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 329.

¹⁷⁷² También encontramos en otros ordenamientos jurídicos normas específicas relativas a la capacidad necesaria para proceder al reconocimiento de la paternidad o la maternidad. En un contexto nacional, debemos tener en consideración el artículo 121 del Código civil español y la Ley 69 de la Compilación Navarra, que permite el reconocimiento a toda persona púber, pero si es menor de edad o incapacitado, se

Este precepto encuentra su antecedente inmediato en el artículo 95 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, y retrotrayéndonos un tanto más en el tiempo, en el artículo 6 de la Ley 7/1991, de 27 de abril, de filiaciones¹⁷⁷³. La única novedad que presenta la dicción literal del artículo 235-11 del Código civil de Cataluña respecto de sus textos predecesores es la mención final contenida en su punto 1º relativa a la necesidad de reunir suficiente grado de entendimiento y voluntad para que tal reconocimiento sea tenido por válido. Si bien esta referencia a la capacidad natural de los sujetos está en plena consonancia con los criterios introducidos por el Libro II del Código civil de Cataluña, que pone el acento en la aptitud cognoscitiva y volitiva de los individuos como elemento o criterio esencial que fundamenta la atribución de la capacidad de obrar - artículos 211-3.1 y 211-5 del Código civil de Cataluña -, entendemos un tanto irrelevante o innecesaria su inclusión o reiteración en el precepto en cuestión. Se sobreentiende que el menor, alcanzados los catorce años de edad, debe ser consciente del significado y las responsabilidades que conlleva el hecho de ser padre, ya que de no ser así, no será suficiente con su declaración de voluntad unilateral para que le sea atribuida la paternidad del menor, precisando en este último supuesto la intervención de sus representantes legales. Tal circunstancia sería resuelta exactamente del mismo modo a pesar de que el artículo 235-11 del Código civil de Cataluña no contuviera ese inciso final.

En idéntico sentido debemos pronunciarnos si el sujeto ante el que nos encontramos sea una persona menor mayor de catorce años incapacitada judicialmente de forma

requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. En un ámbito más internacional, destacar el artículo 250 del Código civil italiano, el artículo 1850 del Código civil portugués y el artículo 1596 del *BGB* alemán.

¹⁷⁷³ **Mirambell i Abancó, Antoni**: "El Derecho de Familia en Cataluña" en **Martínez-Simancas Sánchez, Julián** y **Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dirs.)**: *Derechos civiles de España*. Vol. III. Madrid, 2000, Ed. Aranzadi, págs. 1155-1271.

total ó plena - ya que la incapacitación, en hombres o mujeres, no obsta a la procreación -, pues como consecuencia de la sentencia de incapacitación quedaría directamente excluida de la posibilidad de reconocer por sí la paternidad; si, en cambio, se tratara de un asunto relacionado con una incapacitación parcial, habría que atenerse a lo que al respecto establezca la resolución judicial para decidir al efecto. Nuevamente, por tanto, el inciso final del artículo 235-11 del Código civil de Cataluña nada nuevo parece aportarnos para resolver las controversias que puedan originarse.

Mayores dificultades interpretativas aún se nos suscitan con respecto al reconocimiento de la maternidad, pues si ésta se atribuye automáticamente con la prueba fehaciente del parto, qué incidencia real tiene que la madre en el momento de dar a luz cuente o no con capacidad natural.

En todo caso, sea más o menos acertada la cita a la capacidad natural contenida en el apartado primero del artículo 235-11 del Código civil de Cataluña, tanto las facultades específicas - según la edad para los varones, y la aptitud para procrear resultante del parto para las mujeres -, como las genéricas - idoneidad para entender y querer - necesarias para reconocer a una persona no son incondicionadas, máxime dada la trascendencia jurídica y práctica del acto del reconocimiento y la baja edad a partir de la cual es viable: de ahí la exigencia de aprobación judicial - párrafo segundo del artículo 235-11 del Código civil de Cataluña¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁷⁴ **Rivero Hernández, Francisco**: "Comentario al artículo 235-11 del Código civil de Cataluña" en **Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.)**: Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, págs. 1041-1042. En idéntico sentido ya se había pronunciado anteriormente **Rivero Hernández, Francisco**: "Comentarios al artículo 95 del Código de Familia" en **Egea i Fernández, Joan y Ferrer i Riba, Josep (Dir.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pág. 464.

Por tanto, los menores de edad no emancipados pueden reconocer a partir de su decimocuarto aniversario ellos, y del parto ellas, pero precisarán de la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, para que su declaración de voluntad sea tomada por válida - el mismo criterio es de aplicación a los incapacitados cuando la sentencia judicial no les restrinja o limite tal posibilidad -.

La aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, es aquí requisito de validez del reconocimiento: sin ella no hay reconocimiento, y el sujeto declarante no queda vinculado por su manifestación. No se trata de un complemento de capacidad o asistencia, sino de una condición *ipso iure*, a modo de garantía de la licitud y moralidad de la actuación llevada a cabo por el menor no emancipado, mayor de catorce años, que reúna suficiente juicio para intervenir con total libertad y autonomía. Ostenta, en definitiva, una finalidad protectora de los intereses personales y patrimoniales del menor.

Formalmente, se tramita esa aprobación judicial en expediente de jurisdicción voluntaria - Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de noviembre de 1989, sobre el funcionamiento de los Registros Civiles municipales tras la transformación de los Juzgados de Distrito¹⁷⁷⁵ y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 1983¹⁷⁷⁶ -.

¹⁷⁷⁵ En esta Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado - Boletín Oficial del Estado, núm. 298, de 13 de diciembre de 1989 -, se constata, en su punto tercero, que los Juzgados de Primera Instancia con Registro civil, en principio seguirán desempeñando sus funciones registrales como hasta el momento, y como novedades al efecto deben indicarse, entre otras, que los Jueces de Primera Instancia competentes para practicar la inscripción del nacimiento estarán también facultados para decidir, como actos previos de jurisdicción voluntaria, las aprobaciones o autorizaciones judiciales en materia de filiación a que se refiere el artículo 124 del Código civil español.

¹⁷⁷⁶ De manera clara, esta Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de marzo de 1983 - RJ\1983\1660 - afirma que "la aprobación judicial que exigía esta norma, prácticamente idéntica en cuanto a su finalidad y naturaleza a la que hoy se establece por el primer párrafo del artículo 124 del Código civil para la eficacia del reconocimiento de menores o incapaces, es cuestión totalmente ajena a la

Reconocida la paternidad o maternidad de un menor de edad no emancipado, el artículo 236-16 del Código civil de Cataluña le confía el ejercicio de la responsabilidad parental sobre sus hijos, a pesar de encontrarse él mismo aún sujeto a la representación legal de sus padres¹⁷⁷⁷. Por ello su capacidad de obrar en este ámbito deberá contar con la asistencia - que no representación - de los progenitores respectivos o de aquél de los dos que tenga el ejercicio de la potestad parental o, en su defecto, de su tutor o curador. No será, sin embargo, preciso este complemento de capacidad: si el padre o madre menor está casado con una persona mayor de edad, respecto de los hijos comunes; o, si el padre o madre menor está emancipado y tiene al menos dieciséis años¹⁷⁷⁸. Finalmente, en los casos de desacuerdo entre las personas que deban dar esta asistencia o entre ellas y el menor titular de la potestad parental, así como en el caso de imposibilidad de prestación de la misma, se requiere autorización judicial.

A diferencia de lo postulado en el artículo 236-13.3, relativo a los desacuerdos entre los progenitores en el ejercicio de la potestad parental, en que las partes pueden acudir a mediación para solventar sus discrepancias, ya sean ocasionales o reiteradas, en las desavenencias concernientes a la disposición objeto de nuestro estudio nada se nos dice al efecto en su apartado tercero. Es más, se hace mención a

materia propia de los expedientes regidos por la legislación del Registro Civil y, por el contrario, típica de la jurisdicción voluntaria y de los órganos judiciales".

¹⁷⁷⁷ Tal y como afirma **Ferrer Riba, Josep**: "Comentario al artículo 141 del Código de Familia" en **Egea i Fernández, Joan y Ferrer i Riba, Josep (Dir.)**: Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, pág. 680, la circunstancia de que el padre o la madre sean menores de edad implica que no dispongan de capacidad plena para regir su vida personal y para administrar sus bienes, es por ello que, a su vez, no dejaría de ser contradictorio que sí la ostentaran para hacerse cargo libremente del cuidado personal, la gestión patrimonial y la representación legal de sus hijos.

¹⁷⁷⁸ Se considera pues, que a los dieciséis años el menor emancipado, padre o madre, queda liberado de las restricciones que se le imponen en el ejercicio de su responsabilidad parental por parte del Código civil de Cataluña. Esta limitación, que pesa sobre el menor no emancipado o sobre el menor emancipado que no haya alcanzado todavía los dieciséis años, se explicaría tanto por su corta edad como por su inexperiencia vital, que en este caso concreto no es suplida por la mayoría de edad de su consorte.

la autorización judicial como mecanismo para resolver las controversias entre los sujetos que deben prestar la asistencia - padres, tutores, curadores - , y también cuando el conflicto surja entre los asistentes y el menor titular de la potestad parental.

No obstante, el tenor literal del citado mandato legal no puede impedir una intervención mediadora si las partes así lo demandan o la mediación proviene de una derivación a una sesión informativa por parte de la propia autoridad judicial, toda vez que la propia Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho privado, en su artículo 4.2 establece que los menores de edad, si tienen suficiente conocimiento, y, en todos los casos, los mayores de doce años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecten. Igualmente para el supuesto de que hubiera conflicto de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor judicial, si bien entendemos que sólo sería aplicable este supuesto para los menores no emancipados¹⁷⁷⁹.

5.2. TESTAMENTI FACTIO ACTIVA

Catorce años, según los artículos 421-3, 421-4 y 421-7 del Código civil de Cataluña, es la edad escogida para habilitar a un menor para testar, excepción hecha del testamento ológrafo, que queda reservado a los mayores de edad, por lo general, y a los menores emancipados en Cataluña - artículo 421-17.1 del Código civil de Cataluña¹⁷⁸⁰.

¹⁷⁷⁹ Vid. en este sentido **Vidal Teixidó, Antonio**: "Comentario al artículo 236-16 del Código civil de Cataluña" en **Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.)**: Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 1277.

¹⁷⁸⁰ Curiosamente, apunta **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. pág. 38, aunque cabría pensar que en el testamento cerrado concurren razones similares a las que llevan a negar la admisibilidad de que los menores

Los argumentos esgrimidos para justificar esta previsión normativa suelen apelar a razones de orden histórico del Derecho romano y catalán¹⁷⁸¹, pero sobre todo al carácter personalísimo del negocio testamentario, al tiempo que su eficacia *mortis causa* impide todo perjuicio para los intereses del testador. Por otro lado, la reserva de forma pública a la que se sujeta el testamento del menor, conforme al citado artículo 421-17.1 *a contrario* del Código civil de Cataluña, garantiza el control de su capacidad natural, al margen de que como contrapartida también suponga una manifestación de que la capacidad dispositiva *mortis causa* del menor de edad no es tan plena como la del mayor.

Idéntica reflexión es la contenida en el artículo 432-3.1 del Código civil de Cataluña, relativo a la capacidad para poder realizar donaciones por causa de muerte. Este precepto nos remite, al referirse a la capacidad del donante, a la regulación de las disposiciones testamentarias o de última voluntad, manteniendo, además, la cautela de forma pública. Por ende, si esta clase de donaciones no se otorgan en escritura pública, sólo serán válidas si el donante es mayor de edad.

Sin embargo, la esencial revocabilidad de las donaciones por causa de muerte - a diferencia de lo que sucede con las donaciones entre vivos cuya revocabilidad queda limitada a las causas legales - parece justificar la exigencia de un mayor grado de rigor en cuanto a la capacidad del donatario. En efecto, mientras que el artículo 531-21 del Código civil de Cataluña para las donaciones entre vivos requiere únicamente de la capacidad natural, en cambio, para las *mortis causa* demanda de la capacidad para contratar - artículo 432-3.2 del Código civil de Cataluña -, máxime en el

de edad otorguen testamento ológrafo, sin embargo, el artículo 421-14.5 sólo excepciona su realización para los ciegos y los que no sepan o puedan leer.

¹⁷⁸¹ Sus antecedentes inmediatos los encontramos en los artículos 103, 104 y 106 de la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña.

supuesto excepcional de transmisión inmediata de propiedad de lo donado pero con condición resolutoria por simple revocación.

5.3. CAPACIDAD PARA ADQUIRIR LA POSESIÓN DE LAS COSAS

Del artículo 521-3 del Código civil de Cataluña se desprende que las personas menores de edad tienen capacidad para adquirir la posesión de las cosas y a que su patrimonio se beneficie de los derechos que directa o indirectamente deriven de la misma¹⁷⁸²; aunque para su ejercicio necesitará la asistencia de sus representantes legales¹⁷⁸³.

Es claro que esta disposición no atribuye al menor de edad la capacidad de obrar para disponer o administrar por sí solo los derechos adquiridos de este modo. Aunque la referencia a la "asistencia de los representantes legales", en lugar de encomendarles sin más el ejercicio de los referidos derechos, deja bien a las claras que en relación a ellos se reconoce cierta capacidad al menor, imponiendo su concurso para la validez de los actos de ejercicio de los mismos.

¹⁷⁸² En particular, los referenciados en los artículos 522-3.1 - relativo al derecho del poseedor de buena fe a hacer suyos los frutos percibidos mientras no se interrumpa legalmente su posesión - 542-20 - que prevé la adquisición por ocupación del dominio de las cosas apropiables que carezcan de dueño o de los bienes corporales abandonados. En este caso, al no existir en la regulación de la ocupación del Código civil de Cataluña referencia alguna a la cuestión de la capacidad, debemos entender aplicable el artículo 521-3 de la norma catalana por analogía y, sobre todo, en consideración al principio general de que la neta utilidad objetiva del acto elimina el presupuesto subjetivo de la capacidad de obrar - 522-22.5 - que consagra el derecho a la adjudicación de la cosa perdida, o en su caso, si el valor de tasación del bien es superior a seis veces el salario mínimo interprofesional, al precio obtenido en la subasta pública del mismo, a quien la halló, si el dueño de aquella no apareciera en el plazo de seis meses - 524-21 - en el supuesto del hallazgo de objetos de valor extraordinario por azar y en terreno ajeno -, 522-8.1 - relativo a la adquisición de una cosa mueble a *non domino* y de buena fe - y 531- 23 y ss. - en cuanto a la posibilidad de adquirir el dominio de la cosa o un derecho real posesorio por usucapión. El menor, dado que puede poseer puede adquirir vía prescripción adquisitiva -, todos ellos del Código civil de Cataluña.

¹⁷⁸³ Establece este artículo: "1. Todas las personas con capacidad natural pueden adquirir la posesión. 2 Las personas menores y las incapacitadas pueden ejercer las facultades propias de la posesión con la asistencia de sus representantes legales".

Para adquirir la posesión, por consiguiente, no se requiere capacidad de obrar sino que es suficiente la capacidad natural, ya que, a falta de esta última, cabe que el menor aprehenda materialmente la cosa, pero no que la someta al poder de una voluntad de la que carece. El acto de adquisición de la posesión es exclusivamente favorable al menor de edad, y es por ello que la legislación al efecto no le exige capacidad de obrar alguna¹⁷⁸⁴.

5.4. ACEPTACIÓN DE DONACIONES CON CAUSA PURAMENTE GRATUITA

Ante el carácter exclusivamente favorable que este tipo de donaciones presentan para el donatario, el Código civil de Cataluña, en su artículo 531-21.1, circunscribe a la capacidad natural la aptitud que se precisa para poder emitir declaración de voluntad unilateral aceptando este título adquisitivo. Ello es así porque la ley parte de la configuración de la donación como un sistema de adquisición de la propiedad y no como un negocio jurídico bilateral contractual.

El punto segundo del artículo 531-21 del Código civil de Cataluña, por el contrario, exige que en las donaciones realizadas con gravámenes, cargas o modos a favor de personas en potestad parental o puestas en tutela u otro régimen de protección deben ser aceptadas por éstos "con la intervención o la asistencia de las personas fijadas en el Libro II del propio Código civil de Cataluña", es decir, los progenitores en los casos de responsabilidad parental por minoría de edad o potestad prorrogada; los tutores en los supuestos de menores sometidos a tutela o personas incapacitadas y

¹⁷⁸⁴ Estos mismos comentarios los vierte **Sánchez-Calero, Francisco Javier**, op. cit. pág. 1694, al referirse a lo estipulado por el artículo 443 del Código civil español.

los curadores para aquellas situaciones en que los sujetos se encuentren bajo esta figura legal¹⁷⁸⁵.

5.5. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD Y LA VECINDAD CIVIL

Los menores de edad también pueden intervenir directamente, a través de su declaración de voluntad o dando inicio a la tramitación, en el proceso de adquisición de la nacionalidad española sea por opción - artículo 20.2.b) del Código civil español-, por carta de naturaleza - artículo 21.3.b) del Código civil español - o por residencia - artículo 23.a) del Código civil español -, siempre que cuenten, al menos, con catorce años de edad y aptitud suficiente para entender y querer y sea asistido, para el caso de la opción y la carta de naturaleza, por sus representantes legales. Y otro tanto ocurre en relación con la vecindad civil - artículo 14.3 del Código civil español -.

5.6. OTROS ÁMBITOS DE ACTUACIÓN DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

Por último, y sin ánimo de ser exhaustivos, los menores de edad también están capacitados para prestar consentimiento matrimonial, a partir de los catorce años con la correspondiente dispensa judicial - artículos 46, 48.2 y 56 del Código civil español -; otorgar capítulos matrimoniales - artículo 231-21 del Código civil de Cataluña -, ámbito éste en que el texto catalán mantiene la máxima latina de *habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia* y, en consecuencia, tienen capacidad para otorgar capítulos aquellos que son hábiles para "contraer válidamente

¹⁷⁸⁵ **Roca i Trias, Encarna y Puig i Ferriol, Lluís:** Instituciones del Derecho civil de Cataluña. Volumen IV. Derechos reales. Valencia, 2007, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 181.

matrimonio"¹⁷⁸⁶; actuar como testigo en juicios - artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁷⁸⁷ - cuando ostenten catorce años si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente; prestar su consentimiento a la adopción - artículo 235-40 del Código civil de Cataluña -, al acogimiento familiar - artículo 129.1 de la Ley 14/2010, de 27 mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia - y al acogimiento preadoptivo - artículo 148.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia -, a partir de los doce años cumplidos; y si es mayor de dieciséis años, administrar - únicamente actos de administración ordinaria - los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria y sus subrogados - artículos 222-42, 222-47.2.d), 236-18.2.d) y 236-26.2 del Código civil de Cataluña -.

6. ACTOS RELATIVOS A BIENES O SERVICIOS PROPIOS DE SU EDAD, DE ACUERDO CON LOS USOS SOCIALES

Finalmente, la tercera orientación o mapa conceptual en que opera la regla de los artículos 211.5, 236-18.2º y 222-47.2º del Código civil de Cataluña es, precisamente, de la que algunos autores extraen, a diferencia de lo que ocurre en el Código civil estatal, la existencia en el derecho civil catalán de una posible cláusula de capacidad general de actuar de las personas menores de edad. En este sentido, el menor de edad puede ejecutar por sí sólo, según su edad y capacidad natural, los

¹⁷⁸⁶ El menor de edad no emancipado - que puede contraer nupcias a partir de los catorce años con dispensa judicial - precisa de la asistencia de sus padres o tutor para poder otorgar capítulos prenupciales. En cambio, por lo que a los capítulos postnupciales se refiere, como ya se habrá producido el efecto emancipador, podrán estos otorgarlos por sí solos.

¹⁷⁸⁷ Establece el artículo 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Podrán ser testigos todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dicho sentido. Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente".

actos relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con las prácticas admitidas por los usos sociales.

Reconocer al hombre, ya desde épocas muy tempranas, un campo de actuación individual, que se verá progresivamente ampliado, en la medida en que los usos sociales vinculen esa creciente capacidad de intervención autónoma a la edad y aptitudes de las personas, permiten: por una parte, que el menor de edad vaya tomando paulatinamente protagonismo en el devenir de su vida, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente entrañen riesgos importantes para su persona y patrimonio; y, de otra, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica - y del tráfico -, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de esos negocios jurídicos que un niño, niña o adolescente puede llevar a cabo, en relación con su edad y facultades, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor¹⁷⁸⁸.

Esta posibilidad, reconocida ahora en los artículos 211-5.b) - en su versión positiva - , 222-47.2.b) y 236-18.2.b) - en su vertiente negativa - del Código civil de Cataluña, encuentra sus orígenes legislativos más inmediatos, tanto en las disposiciones del Derecho civil aragonés - artículo 4.1.b) de la Ley de las Cortes de Aragón 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la Persona¹⁷⁸⁹ -, en las que se atribuye al menor que tenga suficiente juicio la posibilidad de otorgar por sí solo los actos y contratos

¹⁷⁸⁸ **Martínez de Aguirre y Aldaz, Carlos**, op. cit. pág. 1.443. También, **Sánchez Hernández, Carmen**, op. cit. págs. 951-952, sostiene que el carácter coercitivo propio de toda norma jurídica se ve en este ámbito - en referencia al que afecta a las personas menores de edad - matizado por un constante recurso a la realidad social, siendo quizás en el derecho que protege a menores e incapaces donde el fondo ético o moral se muestra de forma más acusada. Por su parte, **García Garnica, M^a del Carmen**, op. cit. pág. 35, entiende que se trata de la capacidad para los actos mínimos o sin importancia, la cual entraña la primera manifestación de la semicapacidad de obrar en el ámbito patrimonial del menor y la prueba del carácter esencialmente variable y graduable de su capacidad de obrar.

¹⁷⁸⁹ Este precepto ha sido substituido por el artículo 7.1.b) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Código del Derecho Foral de Aragón, que mantiene exactamente su mismo redactado.

propios de su vida corriente que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales; como, entre sus precedentes remotos, en las previsiones del Code Napoleón de 1804, en que se excluye de la representación legal los supuestos en los que el uso autoriza a los menores de edad a obrar por sí mismos - artículos 389.3 y 450 -¹⁷⁹⁰.

En igual medida, tal y como ya hemos subrayado con anterioridad, parte de la doctrina española de principios del siglo XX, se manifestó especialmente crítica con las disposiciones del Código civil de 1889, al ser éste acusado de no recoger una previsión en el sentido de la apuntada, que viniera a paliar el rigorismo interpretativo atribuido al artículo 1263.1º del propio texto civil. Cierta sector de la doctrina llega incluso a plantearlo como una verdadera "necesidad social", por interés del propio sujeto y como preparación para irrumpir en la mayoría de edad, que conlleva una vida del todo independiente de sus progenitores, tutores o defensores¹⁷⁹¹.

Tal y como apuntó DOMAT, la intención de las leyes no es en ningún caso la de prohibir el uso de todo negocio y comercio a las personas menores de edad, sino sólo impedir que se engañen o sean engañadas - *circumscriptio* -, de tal manera que éstos no podrán vincularse si la obligación no les es ventajosa. En idéntico sentido se pronunció POTHIER al señalar que los menores que tienen algún uso de razón; si bien no pueden obligarse, sin embargo obligarán a los demás, aún actuando por sí solos: pueden constreñir a otros a su favor, mas no vincularse a favor de terceros. La

¹⁷⁹⁰ Sobre la condición del menor en Derecho francés vid. **Goubeaux, Gilles**, op. cit. págs. 349 y ss.

¹⁷⁹¹ **Valverde y Valverde, Calixto**, op. cit. pág. 261, considera como censurable el Código, por lo mismo que se opone a la realidad, pues sabido que el menor realiza actos en la vida, sin que se exija la presencia de su representante legal, por lo cual, es una necesidad social cuando los menores tienen una edad de relativa discreción, no privarles en absoluto de la vida de relación como lo hace el Código, por interés del mismo y como preparación para entrar en la mayoría de edad, que supone una vida del todo independiente de su padre, tutor o defensor.

razón de ello consiste en que la función asignada a los representantes legales se ha construido puramente a favor de los menores de edad; y su intervención en los contratos por éstos celebrados se requiere tan solo por su interés y para evitar que sean defraudados; y en consecuencia no tendrán necesidad de participar para la validez de los contratos celebrados por menores de edad, siempre que con ellos mejoren su condición¹⁷⁹².

Esta misma filosofía es secundada por aquellos autores que ven al menor de edad como un sujeto protegido por el Derecho, y no tanto como un individuo carente de capacidad de obrar. La diferencia es sustancial, pues mientras que en el primero de los casos, sus actos carecerían tan solo de eficacia en la medida en que le resultaren perjudiciales, en el segundo habrían de reputarse inválidos, cualesquiera que fueren sus consecuencias para el menor¹⁷⁹³.

En definitiva, hay una serie de actuaciones permitidas al menor de edad por no plantear, *ratione sui*, exigencias, ni específicas ni concretas, de capacidad de obrar. Varios son los factores que pueden contribuir a dibujar este sector de intervención de los menores de edad: de una parte, la misma razón de ser de la capacidad de obrar; de otra – y complementariamente – la naturaleza de determinadas actuaciones, netamente favorecedoras en su resultado de quien las realiza o, al menos, en nada comprometedoras de la situación jurídica del mismo¹⁷⁹⁴; finalmente,

¹⁷⁹² Pothier, Robert Joseph, op. cit. págs. 42-44.

¹⁷⁹³ Cossío y Corral, Alfonso de, op. cit. pág. 86

¹⁷⁹⁴ Este último es uno de los argumentos utilizados por **Hernández-Moreno, Alfonso**: "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1.716 del Código civil" en Revista Jurídica de Cataluña, núm. 11, abril-junio 1980, págs. 439-440, para propugnar la tesis que intenta demostrar que en el Derecho civil español y, concretamente, en el Código civil, no es preciso ser mayor de edad ni siquiera ser menor de edad emancipado para poder ser mandatario-apoderado, tal como se desprende del artículo 1.716 del Código civil, con independencia de la estricta posición jurídica de parte contractual que como mandatario pueda haber asumido el representante menor. En definitiva, el artículo 1.716 del Código civil debería leerse en el sentido

y por exigencias de una realidad a la que el Derecho no puede dar la espalda, debe mencionarse el conjunto de actuaciones ordinarias y de baja intensidad en que el menor de edad proyecta su esfera de participación sin perjuicio, ni suyo ni ajeno, y sin contradicción de nadie¹⁷⁹⁵.

Se mencionaba, en primer lugar, la misma razón de ser de la capacidad de obrar. Efectivamente, las limitaciones a dicha aptitud para ejercer los derechos y responder de las obligaciones de las que se es titular, se ordenan propia y directamente en beneficio del sujeto protegido, cuya personalidad, obviamente, no recorta, pero cuyas posibilidades de eficaz actuación limita en tanto en cuanto pueda ésta volverse en su perjuicio. Por tanto, donde no está en peligro la situación de quien actúa, tampoco se hace necesaria la verificación de su capacidad de obrar; la actuación podrá desplegar su eficacia sin supeditación alguna al dato de capacidad.

Podrían incluirse dentro de esta categoría, los llamados actos reales – entre ellos la adquisición de la posesión, ocupación, conmixción, usucapión -, para los que se exige capacidad natural, pero que no quedan sometidos para su relevancia jurídica al presupuesto de la capacidad de obrar.

Por último, y sin salir del ámbito de actuaciones eficaces del menor de edad, debe señalarse ese conjunto de actos ordinarios, del día a día, conocidos en Italia como *atti minuti della vita quotidiana*, en los cuales el menor actúa con total autonomía e

de entender que el menor no emancipado sí puede ser mandatario - apoderado -. Pero el mandante - que ha contratado con un menor - debe atenerse a las consecuencias, tanto en lo que respecta a la carencia de acción para exigir del menor el cumplimiento del contrato de mandato, cuanto respecto de la imputación de los efectos de su actuación representativa, efectos que van a producirse, a su entero riesgo, en su propia esfera jurídica". El mismo autor reitera esa idea en **Hernández-Moreno, Alfonso**: "Comentario y anotaciones acerca del artículo 1.716 del Código civil" en **Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martin**: Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 440-449

¹⁷⁹⁵ **Gordillo Cañas, Antonio**, op. cit. págs. 205-207.

independencia. Mantener aquí cosa distinta sería tanto como abocar al Derecho al terreno de lo irreal y de lo absurdo¹⁷⁹⁶.

¹⁷⁹⁶ **Oliveira, Guilherme (de)**: Temas de Direito da Família. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 1. Segunda edición. Coimbra, 2001, Ed. Coimbra Editora, pág. 302, identifica ese mismo tipo de actos en el artículo 127 del Código civil portugués al manifestar del siguiente tenor que "*é indispensável acrescentar o conhecido regime do artigo 127 do C.C., onde se consideram válidos certos actos jurídicos praticados pelos menores. De um modo geral, trata-se de actos de disposição de bens que eles adquiriram pelo seu trabalho, de negócios integrados na profissao que ele tenha sido autorizado a exercer e de actos da vidacorrente, de pequena monta*".

**CAPÍTULO IX. BREVE APUNTE SOBRE LA
CAPACIDAD DE OBRAR DE LA PERSONA MENOR
DE EDAD NO EMANCIPADA EN ARAGÓN Y
NAVARRA**

1. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO ARAGONÉS. EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN

En Aragón, el Libro Primero, Derecho de la Persona, del 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 aragonesas¹⁷⁹⁷, tiene como objetivo primordial el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces; previsiones éstas, que inicialmente se encontraban contenidas en el texto de la Compilación aragonesa y que, posteriormente, habían sido desplegadas y modernizadas por la hoy derogada Ley aragonesa 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la persona¹⁷⁹⁸.

Al igual que acaeciera en las aludidas Leyes de Cortes de Aragón 15/1967, de 8 de abril y 13/2006, de 27 de abril, que plasmaron en el derecho positivo aragonés la tradición histórica que desde antaño ha caracterizado la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad en esta zona del territorio nacional, el actual Código del Derecho Foral de Aragón de 2011 también toma como punto de referencia la edad de los catorce años. Ciertamente es que en los Fueros - Derecho secular aragonés - este momento temporal marcaba el tránsito de la minoría a la mayoría de edad¹⁷⁹⁹. No obstante, al perder, con posterioridad, este instante cronológico tal

¹⁷⁹⁷ Boletín Oficial de Aragón, núm. 63, de 29 de marzo de 2011.

¹⁷⁹⁸ Boletín Oficial del Estado, núm. 23, de 26 de enero de 2007.

¹⁷⁹⁹ Así, el Fuero *De contactibus minorum* de 1247 establecía "*Donatio à minore facta, nullius valoris existit: minorem intellige infra quatuordecim annos*", que tal y como menciona **Isábal y Bada, Marceliano**: *Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón derogado por el Apéndice al Código civil español*. Zaragoza, 1926, Ed. Imprenta del Heraldo de Aragón, pág. 150, no puede tomarse sino como una demostración, un ejemplo, de la imposibilidad de que el menor de catorce años

significación y trascendencia, concretamente a partir del Apéndice de 1925¹⁸⁰⁰, ello no fue óbice, ni actuó en detrimento para seguir manteniendo la especial importancia del décimocuarto aniversario, por señalar éste un cambio sustancial dentro del régimen jurídico aplicable a la minoría de edad de los aragoneses¹⁸⁰¹. Fruto de lo anterior, el Código Foral de Aragón de 2011 continúa regulando por separado la situación de la persona menor de edad según haya alcanzado o no su décimocuarto aniversario.

Procediendo ya al examen pormenorizado de alguno de los aspectos de mayor relevancia de la reseñada norma jurídica, apuntar que de acuerdo con su artículo 4.1.a), la mayoría de edad se adquiere al cumplir dieciocho años. También, y heredando en ese sentido una regla general propia del Derecho tradicional de Aragón, son mayores de edad los que han contraído matrimonio - artículo 4.1. b) -. De este modo, quien se ha casado deja de estar sujeto a la autoridad familiar, tutela o

otorgara contrato alguno, no sólo donaciones. A esta mayoría de edad, fijada en los catorce años, se refieren también, explícita o implícitamente, en la misma Compilación de Huesca de 1247, los Fueros 3º *De Solutiõnibus - Minorem quatuordecim annorum creditorem...in hoc vicennari temporé -*; 3º *De Praescriptionibus - Tamem non noceat minori nec quatuordecim annorum -* y el 4º de la misma rúbrica - *Tamem non noceat pupillis, nec minõribus quatuordecim annorum -*. Los 1º y 5º del mismo título no especifican que el menor lo sea de catorce años; pero debe considerarse, por lógica, referida a este mismo límite de edad la protección que establecen.

¹⁸⁰⁰ Recordar en este sentido el redactado del ya citado artículo 10 del Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, que establecía la mayoría de edad en los veinte años. No olvidar tampoco, en lo referente a la capacidad del mayor de catorce años y menor veinte, soltero, lo previsto por el artículo 13 del mismo cuerpo legal, que disponía que "podrán celebrar por sí toda clase de contratos, pero con asistencia del padre o de la madre que conserve sobre él la autoridad, y en defecto de ellos, con la de su tutor". Pero que "no necesita del asentimiento para disponer de sus bienes en testamento".

¹⁸⁰¹ Un buen resumen de este proceso de evolución histórica lo ofrece **Delgado Echeverría, Jesús**: *El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional*. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, págs. 77-78. Así, dicho autor detalla como en el Derecho más antiguo - *Compilación de Huesca de 1247* - la mayoría de edad se alcanzaba a los catorce años. A continuación, desde 1348, se fueron imponiendo, sin embargo, algunas limitaciones a la capacidad de este mayor de catorce años, de modo que ya no podía realizar ciertos actos sino con el asentimiento de sus padres o de algunos parientes hasta llegar a la edad de veinte o contraer matrimonio. Fueros posteriores fueron restringiendo paulatinamente el ámbito en que la actuación de la persona entre los catorce y los veinte años es libre por completo, de modo que al llegar al siglo XIX se considera que la plena mayoría de edad se sitúa a los veinte años, si bien desde los catorce se goza de una especie de anticipo de la misma.

curatela y es capaz para todos los actos de la vida civil¹⁸⁰². Así, frente al sistema del artículo 316 del Código civil español - idéntico modelo es el adoptado por el artículo 211-8-1.a) del Código civil de Cataluña-, en el que el matrimonio produce la simple emancipación, en el Derecho aragonés, por contra, es sinónimo de advenimiento a la mayoría de edad.

Tal vicisitud ha permanecido inalterada desde tiempos pretéritos, de una manera expresa y para ser más concisos, desde 1585 - *Fuero de las Obligaciones de menores de veinte años* -, es decir, a partir del instante en que se va limitando la capacidad de los mayores de catorce años que todavía no han cumplido los veinte¹⁸⁰³. En la *Summa* de MONSORIU Y CALVO, se cita un precedente del mismo, el Fuero *Ut minor viginti annorum*, de las Cortes de Zaragoza de 1381, en el cual, y tras establecer una serie de restricciones a la capacidad de actuación de los aragoneses mayores de catorce años y menores de veinte, en su inciso final fija "...si

¹⁸⁰² En Aragón, según una famosa Observancia, la 2ª "*Ne pater vel mater*", de *consuetudine Regni non habemus patriam potestatem* - por costumbre del Reino no tenemos patria potestad -. Esta máxima significa, ante todo, que en Aragón no se aplica el Derecho romano, que hizo del *pater familias*, en un primer momento, la única persona en sentido jurídico de todo el grupo familiar, bajo cuyo poder absoluto se encontraban la mujer, los hijos y los esclavos, así como todos los bienes. Nos recuerdan, **Palá Mediano, Francisco y Martín-Ballester y Castea, Luís**: "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés" en Ponencia del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Segunda Semana de Derecho aragonés. Zaragoza, 1943, Ed. Librería General, págs. 33-34, que en Aragón no existe la patria potestad; y es lo cierto que los derechos del padre respecto a la persona y los bienes de los hijos están extraordinariamente restringidos. Por ello, apuntan que ha sido en Aragón donde la libertad civil ha alcanzado su mayor grado de perfección concebible en lo humano.

¹⁸⁰³ El Fuero *Que los menores de veynte años*, promulgado por las Cortes de Monzón de 1564, dispuso en "Otrosí" que los solteros menores de veinte años no pudiesen contratar ni obligarse, excepto en capitulaciones matrimoniales, sino con voluntad de sus padres o del que sobreviviese de ellos, o en su defecto con consentimiento del Juez. Este Fuero fue aclarado o complementado por el de las Cortes de Monzón- Binéfar de 1585 *De las obligaciones de menores de veynte años*, al disponer que la asistencia de los padres con cuya voluntad podían obligarse los mayores de catorce años y menores de veinte, se entendiese cuando el padre o la madre no se hubiesen casado otra vez. En este sentido vid. **Mata Rivas, Francisco**: "Comentarios al artículo 4º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 68 y **Azpeitia Estevan, Mateo**: Los menores aragoneses y sus instituciones de edad ante los Fueros, Observancias y el Código civil. Zaragoza, 1903, Ed. Tipografía de M. Sevilla, págs. 25-30 y 102.

*el menor empero es casado, él y su mujer son hechos mayores, y pueden vender y hacer cualquier instrumento*¹⁸⁰⁴. Este sistema fue conservado por el Apéndice de 1925 e incluso respetado por la Ley de Cortes Generales de 1943¹⁸⁰⁵. Finalmente, la Compilación del Derecho civil de Aragón, fiel a la tradición secular, en su artículo cuarto, se pronunciaba en el siguiente tenor literal: "Tendrán la consideración de mayores de edad los menores desde el momento en que contraen matrimonio"¹⁸⁰⁶; disposición esta última que fue literalmente reproducida tiempo después por el artículo 1.1.b) de la Ley 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la Persona¹⁸⁰⁷.

¹⁸⁰⁴ **Monsoriu y Calvo, Bernardino de:** Summa de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón y Determinaciones de micer Miguel del Mollino. Zaragoza, 1589, Ed. Herald de Aragón, pág. 371.

¹⁸⁰⁵ Tal y como nos recuerda **Mata Rivas, Francisco**, op. cit. pág. 69, entre los distintos Proyectos de Apéndice, mientras el de Ripollés de 1899, y el de Gil Bergés de 1904, recogían el supuesto del matrimonio como un caso más de alcanzar la mayoría de edad, en cambio el de Franco y López, de 1886, sólo contemplaba la mayoría de edad por alcanzar los veinte años. Por su parte, **Azpeitia Esteban, Mateo:** El Proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas. Madrid, 1924, Ed. Reus S.A., págs. 51-52, afirmó en 1924, que el Derecho aragonés concedió toda la importancia que merecía a la institución matrimonial, y al estimar que jurídicamente este era el acto de mayor trascendencia de la vida, porque constituye la verdadera emancipación, todos los demás actos jurídicos pierden importancia, y si el hombre o la mujer eran aptos para lo más, esto es, para el matrimonio, necesariamente debían serlo por sí solos, sin injerencias extrañas, para todos aquellos actos jurídicos, de administración o dominio que eran consecuencia de las necesidades de orden familiar creadas por la unión conyugal. Y consecuente con este criterio, se otorga a los aragoneses casados la plenitud de derechos civiles como si fueren mayores de veinte años.

¹⁸⁰⁶ **Beyod López, María del Carmen:** Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas. Zaragoza, 1995, Ed. Institución "Fernando el Católico" de la Diputación de Zaragoza, pág. 169, establece - tomando como puntos de referencia los artículos 4º y 27º de la Compilación - que los aragoneses casados son siempre mayores de edad. Igualmente, el menor de edad viudo, o el menor cuyo matrimonio hubiera resultado nulo, sin haber sido declarada su mala fe, conservan el beneficio de la mayoría de edad por matrimonio. De esta misma opinión es **Merino Hernández, José Luís:** "Comentarios al artículo 4º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, pág. 56, quien considera que cualquiera que sea el verdadero precedente foral, lo cierto es que en el Derecho aragonés tradicional, a la persona casada se la consideraba, a todos los efectos, mayor de edad. Y ello, quizá, porque sería un contrasentido el suponer ineptitud, poco cálculo y falta de discernimiento en el que ha consumado el acto más importante y grave de la vida, o sea, el matrimonio; sería, concluye el autor, extremadamente ridículo someter a la aprobación de otros los actos del que está constituido en jefe de familia.

¹⁸⁰⁷ La disposición derogatoria única de la Ley de Cortes de Aragón 13/2006, de 27 de abril, de Derecho de la Persona, privó de vigencia el Libro I, Derecho de la persona y de la familia, de la Ley 15/1967, de 8 de abril, de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Llegados a este punto, cabe traer a colación la importancia implícita de las reformas sufridas por el Derecho matrimonial español por obra de la Ley 30/1981, de 7 de julio¹⁸⁰⁸, en virtud de la cual se modificó la regulación de la unión conyugal. Esta norma, entre otros aspectos, alteró sustancialmente todo el sistema de capacidad para contraer nupcias, incidiendo especialmente en el requisito de la edad.

En este sentido, y como consecuencia de la mencionada transformación del Código civil español operada en el año 1981, resulta que el aragonés mayor de catorce años menor de dieciocho pasa a carecer de capacidad para contraer nupcias - *ius connubii* -, por imperativo del modificado artículo 46.1º del Código civil español, mientras no sea emancipado u obtenga el beneficio de la mayoría de edad, salvo, eso sí, la posibilidad de obtener dispensa por razón de edad, por parte del Juzgado de Primera Instancia, mediando justa causa y a instancia de parte - artículo 48 párrafo segundo del Código civil español -¹⁸⁰⁹. En definitiva, tanto el requisito de la edad núbil, como las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicho impedimento, se hacen comunes para los menores aragoneses y para el resto de los españoles, no siendo así, en cambio, por lo que a los efectos dimanantes del mismo se refiere, ya que mientras

¹⁸⁰⁸ Boletín Oficial del Estado, núm. 172, de 20 de julio de 1981.

¹⁸⁰⁹ Cuestión distinta es si abordamos el tema desde el Derecho canónico. El vigente Código de Derecho canónico, promulgado el 25 de enero de 1983 - conocido como el Código del Concilio Vaticano II -, marca en su canon 1.083.1, la edad de dieciséis años para el varón y de catorce para la mujer, para contraer válidamente matrimonio religioso. No obstante, la Conferencia Episcopal española, haciendo uso de la potestad reconocida en el punto segundo del propio canon 1.083, mediante Decreto General de 26 de noviembre de 1983, en vigor desde el 7 de julio de 1984, fija en su artículo 11º como edad lícita para la celebración de la unión conyugal la de los dieciocho años. Nótese, que tanto la edad mínima del primer apartado, como asimismo la establecida posteriormente por la Conferencia Episcopal no hacen nulo el matrimonio, sino ilícito - es decir, lo prohíben -. Finalmente, destacar que por tratarse este impedimento de edad, en cuanto tal, como una concreción efectuada por el legislador canónico, de un límite temporal mínimo exigido a los contrayentes, es de derecho humano - eclesiástico -, no divino. Ello lo convierte en dispensable por el Ordinario local - canon 1.078 -, sin necesidad de acudir a la Santa Sede. A pesar ello, no suelen concederse estas dispensas, salvo en peligro de muerte u otras circunstancias verdaderamente excepcionales, pues dicho impedimento cesa por el simple transcurrir temporal.

que para los aragoneses conlleva la adquisición automática de la mayoría de edad, para los segundos ocasiona únicamente su emancipación.

En Aragón, por tanto, se valora que el matrimonio trae consigo la vida independiente del hijo, de modo que resulta contradictoria toda intervención o intromisión de los ascendientes en los asuntos de los contrayentes. Quizás por ello, este criterio de obtención de mayoría de edad por casamiento debiera, porqué no, exportarse a todo el ordenamiento jurídico español. Es claro, que a quien se ha reconocido jurídicamente la capacidad para asumir dicha condición, con todas las cargas, deberes, obligaciones y responsabilidades que ello comporta, difícilmente se le puede negar la suficiencia para gobernar por sí mismo sus propios designios.

Para el caso de los enlaces en los que sólo uno de los contrayentes sea aragonés, y el otro no, en principio únicamente el aragonés menor adquirirá la mayoría de edad por matrimonio, toda vez que conforme a lo dispuesto por el artículo 14.4 del Código civil español - redactado conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo¹⁸¹⁰ -, "el matrimonio no altera la vecindad civil". Por tanto, el consorte no aragonés, si es menor de edad, no adquirirá la mayoría, sino tan sólo devendrá emancipado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 314.2º del Código civil - o para el caso de ser catalán a tenor del artículo 211-8.1.a) del Código civil de Cataluña -, a no ser que opte por la vecindad civil del cónyuge aragonés, lo que podrá hacer en todo momento, en cuyo caso sí que alcanzará igualmente la mayoría de edad plena.

¹⁸¹⁰ Boletín Oficial del Estado, núm. 250, de 18 de octubre de 1990.

En otro orden de cosas, cabe poner de relieve que de acuerdo con el Código Foral de Aragón de 2011, la representación legal - tanto en lo que afecta a lo personal como a lo patrimonial - que ostentan los progenitores respecto de sus hijos se extingue a una temprana edad, los catorce años, que tal y como se ha documentado, fue durante siglos el límite de la minoría de edad fijado en tierras aragonesas. De manera general, expresa el artículo 5.3 del Código Foral de Aragón que al cumplir los catorce años termina la representación legal, de manera que la capacidad de los menores se completa en adelante con la asistencia que en cada caso proceda. Es decir, a partir de los catorce años, en esta "edad intermedia", "*media aetas*" o "edad de aprendizaje", como indistintamente la ha calificado la doctrina¹⁸¹¹, el menor aragonés actúa siempre por sí - sin representante -, con la asistencia de las personas llamadas a prestarla, en su caso, para la plena validez y eficacia de sus actos. Ello a pesar de que la autoridad familiar no cesa hasta que el menor alcance la mayoría - artículo 5.2 del Código Foral de Aragón -¹⁸¹².

¹⁸¹¹ **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "Informe sobre la capacidad de las personas menores por razón de edad" en Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora de Derecho foral aragonés. Vol. I. Zaragoza, 1996, pág. 16, pone de manifiesto que existió una dialéctica entre los estudiosos del Derecho civil aragonés, en torno a la capacidad que se le reconocía al menor, cumplidos los catorce años: si se trataba propiamente de un anticipo o adelanto de la mayoría, es decir, un menor con capacidad ampliada o anticipada, como en aprendizaje, o bien, por el contrario, si se estaba ante un mayor con capacidad restringida o matizada, como en preparación. A título de ejemplo, citar a **Delgado Echeverría, Jesús**: El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, págs. 77-78, quien califica al menor en la edad intermedia entre los catorce y los veinte años - mayoría de edad en Aragón antes de las reformas introducidas en España en el año 1978 - como un sujeto mayor de edad "en aprendizaje", controlado parental o judicialmente en los actos de disposición importantes; y a **Palá Mediano, Francisco y Martín-Ballester y Castea, Luís**: "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés" en Ponencia del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Segunda Semana de Derecho aragonés. Zaragoza, 1943, Ed. Librería General, pág. 41, quien prefiere utilizar la expresión "noviciado de la mayoría" para referirse a la situación en la que se encuentra el aragonés que ha cumplido los catorce años, es menor de dieciocho y permanece soltero viviendo con sus progenitores.

¹⁸¹² Refiriéndose a la previsión contenida en este artículo **Delgado Echeverría, Jesús**: El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, págs. 78-79

A lo anterior hay que unirle la previsión desarrollada en el artículo 23.1 del Código Foral de 2011 en que se manifiesta que la *media aetatis* de los catorce años cumplidos, faculta al individuo, aunque no esté emancipado, para 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 tutor¹⁸¹³. En este sentido, la doctrina aragonesa, refiriéndose a las previsiones contenidas en el antiguo artículo 5.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, perfectamente extrapolables a la regulación actual, señalaba que es el menor de edad a partir de esta edad quien actúa - enajena, adquiere, arrienda - con la asistencia, si es necesaria, de las mencionadas personas, pero nunca sus padres o tutores, que sin ir más lejos, ya no ostentan su representación legal. Es corruptela la práctica impuesta por ciertos órganos administrativos e incluso particulares - entidades de crédito, gestorías -, de hacer comparecer y firmar única y exclusivamente a los progenitores - o tutor en su caso - como legal representante del hijo que ostenta catorce años de edad, ignorando que las disposiciones civiles aragonesas son distintas de las del resto del territorio español, y que incluso puede darse el caso de que el acto resulte ineficaz respecto del hijo que no consintió¹⁸¹⁴.

La doctrina ha debatido reiteradamente sobre cuál es la verdadera naturaleza legal de esta asistencia, que, en el momento de ser introducida bajo esta denominación por el Apéndice de 1925, no tenía parangón alguno con otras leyes civiles españolas de la

¹⁸¹³ Este artículo 23 del Código Foral de Aragón de 2011, recoge literalmente el redactado del artículo 20 de la Ley 13/2006, de 27 de abril, que asimismo hace lo mismo con gran parte del artículo 5.1 de la Compilación aragonesa de 1967, cuya referencia final a la anulabilidad se contiene ahora en el artículo 29 del citado Código Foral. Asimismo, el texto compilado tampoco aportó en su momento excesivas novedades respecto a la regulación que a la misma daba el artículo 13 del Apéndice Foral de Aragón de 1925.

¹⁸¹⁴ **Delgado Echeverría, Jesús**: El Derecho aragonés. Aportación jurídica a una conciencia regional. Zaragoza, 1977, Ed. Alcrudo, págs. 79-80.

época¹⁸¹⁵. El Preámbulo del Código Foral de Aragón se inclina por considerar que esta institución no ha sido configurada exactamente como una declaración de voluntad de quien autoriza, sino como expresión de su criterio afirmativo sobre la conformidad del acto con los intereses del menor, para lo cual es necesario que los protectores del sujeto conozcan suficientemente el contenido y circunstancias del negocio o contrato por realizar. Esto motiva, de acuerdo con las previsiones del artículo 27 del Código Foral de Aragón, que no pueda prestarse una asistencia meramente genérica, ni posterior - sí previa o simultánea - a la ejecución de la acción, pues con ello se frustraría el componente de consejo y asesoramiento que dicha institución conlleva. Sí, en cambio, es admitido que la asistencia se conceda para una pluralidad de actos de la misma entidad o referentes a la misma empresa, explotación económica, actividad o sociedad. De la misma forma que se viene aceptando que la asistencia pueda ser expresa o tácita.

No obstante, algunos autores han contemplado a esta figura como una especie de *conditio iuris* de eficacia del negocio, que no puede limitarse a la mera presencia o consejo¹⁸¹⁶. Otros, por su parte, entienden que acaso tampoco se identifica con el

¹⁸¹⁵ Así, para algunos autores como **Merino Hernández, José Luís**: "Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho aragonés" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 532, mayo-junio 1979, pág. 588, la asistencia no equivale a autorizar o consentir, sino que se refiere a la mera presencia de las personas llamadas a prestarla para asesorar y aconsejar al menor, para evitar que este pueda resultar perjudicado en la operación, acto o contrato, que otorgue. No es preciso que en todo caso esa presencia sea física *in situ*. Para **Martín-Ballester y Costea, Luís**: "La mayoría de edad en Aragón" en Primera semana de Derecho aragonés. Jaca, 1942, pág. 119, que fue seguido por **Sáinz de Varanda, Ramón**: "Las normas en el Derecho civil especial de Aragón. Derecho de la persona y de la familia (artículos 1 a 22 de la Compilación)" en el Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 26, julio 1967, pág. 57, era un consejo o autorización. Por su parte, **Mata Rivas, Francisco**: "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, págs. 120-122, señala que la noción de asistencia viene a significar, consejo, ayuda, colaboración, cooperación, estar presente en, asistir como acto de presencia.

¹⁸¹⁶ De igual modo, **Sancho Rebullida, Francisco de Asís**: "La capacidad de las personas, por razón de la edad, en la Compilación del Derecho Civil de Aragón" en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 465, marzo-abril 1968, pág. 344, descarta que se trate de un consentimiento negocial concomitante y complementario del que emite el menor. En igual sentido se pronuncia el mismo **Sancho Rebullida**,

asentimiento¹⁸¹⁷, pues esta locución es afirmación, implica anuencia, hasta conformidad y aprobación; empero, si se admite esto último, quedaría reducida su entidad a que el consentimiento del menor, para ser eficaz, habría de ser emitido en presencia de quien le asista y después de haberle oído¹⁸¹⁸.

En definitiva, la asistencia no es en absoluto ni un consentimiento, ni una autorización, ni cualquiera otra semejante: no se trata de un complemento de capacidad del menor. Tampoco, según lo apuntado, parece que pueda identificarse con la mera presencia física *in situ*, fría, pasiva, casi indiferente de los protectores llamados a procurarla¹⁸¹⁹, sino que debe quedar reseñado de forma clara y patente el tipo de asesoramiento prestado, en qué sentido se aconseja y ello en la forma de proceder que sea, según los usos sociales y la costumbre, lo habitual y normal en Aragón.

Francisco de Asís: "Informe sobre la capacidad de las personas menores por razón de edad" en Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora de Derecho foral aragonés. Vol. I. Zaragoza, 1996, pág. 77. En cambio, el propio **Sancho Rebullida, Francisco de Asís:** "Comentarios al artículo 5 de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Lacruz Berdejo, José Luís (Dir.):** Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, Tomo I. Zaragoza, 1988, pág. 340, busca un criterio más acorde con el Derecho histórico, y así identifica la expresión asistencia con aquella otra "*de con voluntad*", que utilizaba el Fuero *Que los menores* de 1564. De acuerdo con ello, la asistencia es, en primer lugar, presencia; en segundo término consejo, y, por último, vigilancia activa, esto es, la posibilidad de impedir el acto mediante disentimiento expreso. Claramente contrario a este posicionamiento es el de **Merino Hernández, José Luís:** "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, pág. 76, para quien la solución no puede encontrarse en el Derecho histórico, pues en éste, según las épocas y momentos, se utilizan conceptos bien distintos. Y pone como ejemplo, el Fuero *De liberationibus*, aprobado en las Cortes de Zaragoza, de 1248, que exige el consejo de dos parientes para realizar actos en favor del tutor, mientras que el *Ut minor*, del mismo año y aprobado en las mismas Cortes, exige la autoridad del Juez para que el mayor de catorce años pueda celebrar ciertos contratos.

¹⁸¹⁷ Dicha asociación de ideas la realiza **Delgado Echeverría, Jesús:** "Capacidad y representación de menores" en Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza, 1992, Ed. El Justicia de Aragón, pág. 43, quien llega a la determinación de que el vocablo asistencia es, básicamente, un asentimiento y, en modo alguno la mera presencia.

¹⁸¹⁸ **Sáinz de Varanda, Ramón,** op. cit. págs. 55-57.

¹⁸¹⁹ **Merino Hernández, José Luís:** "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García, Manuel (Dir.):** Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, pág. 77.

Otro aspecto digno de ser resaltado de la normativa civil aragonesa, radica en el hecho de que en algunos ámbitos y para determinados asuntos, no es el cumplimiento de determinada edad el dato decisivo a tener en cuenta, sino que el menor de edad tenga suficiente raciocinio. En este sentido, si el menor de edad ha cumplido catorce años, de conformidad con el artículo 34.2 del Código Foral de Aragón, "se presume su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario". De igual forma, y tal y como establece el apartado primero del mismo precepto, "la capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre".

En particular, el menor de edad que tenga suficiente juicio podrá por sí solo - artículo 7.1 del Código Foral de Aragón -:

a) Ejercer los derechos de la personalidad. Esta regla general estará matizada por lo que dispongan las leyes generales del Estado aplicables en Aragón por encima de su legislación civil, en particular leyes orgánicas. También hay que tener en cuenta que en el mismo Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Código del Derecho Foral de Aragón, se regulan diversos supuestos de intromisión de terceros en los derechos de la personalidad en cuanto al consentimiento que, en su caso, legitime dicha intromisión - artículos 20 y 24 del Código Foral de Aragón, según si el menor de edad haya cumplido o no los catorce años -.

Este criterio del discernimiento o la madurez suficiente no es de aplicación tan simple y automática como el de la edad, pero sin duda es adecuado acudir al mismo, por sí sólo o con adición de otros, cuando, fuera del ámbito del derecho y tráfico patrimoniales, se trata de tomar decisiones que afectan a los derechos de la personalidad, como la vida, la integridad física, el honor, la intimidad o la propia imagen. Naturalmente, en cada caso hay que valorar no solamente el desarrollo

psíquico, la madurez y la responsabilidad del menor, sino también la entidad, consecuencias y trascendencia de la decisión que ha de tomarse, de modo que cuando la resolución se le atribuya en exclusiva a su juicio ha de ser suficiente para valorar y decidir responsablemente en el caso concreto¹⁸²⁰.

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. En esta línea, las previsiones sobre materia estrictamente patrimonial atienden al criterio específico de que la administración de los bienes del menor no emancipado corresponde al padre y a la madre, como función aneja a la autoridad familiar - o, en su defecto, al tutor - , pero la disposición sólo hasta que el menor cumple catorce años, ya que a partir de esta edad es el menor el que los efectúa, con la necesaria asistencia en cada caso - artículo 9 del Código Foral de Aragón-.

c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia. Nos encontramos, pues, ante supuestos de capacitación especial.

A su vez, el artículo 7.2 del Código Foral de Aragón manifiesta que "las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva". Esta disposición, puesta en consonancia con lo preceptuado en los ya aludidos artículos 5.3, 23.1, 29 y 34 todos ellos del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, permiten afirmar, sin atisbo de duda alguna, que en el Derecho civil aragonés la capacidad es la regla general - en especial a partir de los catorce años - y sus limitaciones la excepción. Estos preceptos, además, están en plena consonancia con el principio general normativizado en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley

¹⁸²⁰ Preámbulo del Código del Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor¹⁸²¹ que, a su vez, reproduce fielmente las directrices contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1989.

Por último, destacar el especial cuidado con que se regula la invalidez de los actos realizados por menores de catorce años - artículo 22 del Código Foral de Aragón - o de los otorgados en su nombre por sus representantes sin la necesaria autorización o aprobación - artículo 19 del Código Foral de Aragón¹⁸²² -. En todos los casos se evita la nulidad absoluta cuando la invalidez persigue proteger el interés particular de persona determinada, siguiendo la tónica de las leyes civiles de Aragón. Sólo será nulo de pleno derecho el acto realizado por un menor de edad que vulnere leyes que exijan una capacidad específica o le señalen prohibiciones, y salvo que dichas leyes establezcan un efecto distinto. En los demás casos, será la anulabilidad el régimen aplicable, de manera que el propio menor estará siempre legitimado para instar la declaración de nulidad del acto desde que cumpla catorce años, con la debida asistencia en principio, y sin ella cuando por la mayoría de edad o la emancipación hubiera podido realizar el acto sin asistencia. La acción prescribirá a los cuatro años contados desde este momento. Además, estará legitimado el representante legal - sólo el que no haya intervenido en el acto, si la anulabilidad procede de falta de autorización o aprobación - hasta que el menor cumpla los catorce años. Quienes

¹⁸²¹ Con respecto a él, se pronuncia **Mata Rivas, Francisco**: "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en **Albaladejo García Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.)**: Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 101, quien sustenta que nos encontramos ante un principio general, a la vez norma interpretativa, de gran repercusión para el ámbito tanto del derecho privado, como del público, en punto a la capacidad de obrar del menor, y que supone todavía un fuerte contraste con lo previsto hasta ahora en la materia. Un auténtico cambio radical de la dirección predominante hasta hace bien poco en nuestro sistema jurídico.

¹⁸²² Cuáles son los actos de los representantes legales que requieren autorización precisa de la Junta de Parientes o del Juez viene especificado en el Código Foral de Aragón en los artículos 14 - atribuciones gratuitas -, 15 - actos de disposición - y 16 - adicionalmente, para actos del tutor -.

pueden interesar la nulidad pueden también, por supuesto, alternativamente, confirmar el acto potencialmente inválido e ineficaz.

2. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL DERECHO FORAL NAVARRO

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

El Derecho foral navarro tiene su fundamento y base en el Derecho romano; es por ello que, tradicionalmente, la mayoría de edad en Navarra se fijó en los veinticinco años. Posteriormente, en el Fuero General de Navarra se estableció la mayoría de edad en los siete años; sin embargo, esta edad no se refería a la generalidad de los sujetos mayores de siete años, sino que existía una diferenciación según se tratase de *fijosdalgo* o *villano*.

Esta mayoría de edad dio lugar, al igual que aconteciera en Roma, a que se produjeran abusos con los menores, por lo que el Rey Felipe III modificó la regulación mediante el Amejoramiento del Fuero en 1330, reconociéndose, en el Capítulo I, la mayoría de edad a los doce años respecto de las mujeres y a los catorce para los hombres.

En 1528 se redactó el Fuero reducido que reformó el Fuero General, pero sin afectar a la edad establecida en el Amejoramiento del Rey Felipe III. Así, la pubertad alcanzada por los varones a los catorce años y por las mujeres a los doce, implicaba la adquisición de la capacidad de obrar plena; ahora bien, si eran menores de veinticinco años, por influjo del Derecho romano, quedaban defendidos por la *restitutio in integrum*.

Ahora bien, toda esta legislación escrita dejaba bastante que desear, y como el derecho consuetudinario mantenía su fuerza en Navarra, el sentir popular, unido a la influencia latente del Derecho común y al inmutable respeto del Derecho romano, supletorio del local, hizo imperar la edad de los veinticinco años, como instante en que se lograba la total autonomía para el ejercicio y plenitud de los derechos civiles. Por este motivo, el Derecho navarro acogió en su seno una costumbre contra ley, que llegó a perdurar incluso tras la promulgación del Código civil de 1889¹⁸²³.

Esta costumbre fue sancionada por el Tribunal Supremo en sentencia de 1 de abril de 1891, en la que se declaraba que, "en contra de lo que consigna el fuero y su Amejoramiento, se observa en Navarra, sin precisar desde que tiempo, la costumbre de que la mayor edad empiece al cumplirse los veinticinco años, que es lo mismo que dispone el Derecho romano, supletorio del foral; y aun admitiendo que semejante costumbre se introdujese por la influencia que el Derecho de Castilla ejerciera en el de la provincia, es indudable que forma parte de su actual régimen jurídico que sea escrito o no lo sea, subsiste por ahora y no se ha modificado por la sola publicación del Código civil, que no puede invocarse en aquel territorio sino en defecto de la legislación navarra y de la romana".

En definitiva, la referida sentencia del Tribunal Supremo, que casaba otra de la Audiencia Territorial de Pamplona, declaró que no debía regir en Navarra la mayoría de edad fijada en el Código civil español - veintitrés años -, sino la establecida por la costumbre, o sea la de veinticinco años. La importancia del asunto amerita la reproducción íntegra de sus fundamentos de derecho:

¹⁸²³ López San Luís, Rocío, op. cit. págs. 122-123.

"Considerando que de acuerdo con lo prevenido en el artículo cinco de la Ley de 11 de mayo de 1888, estableciendo las Bases para la redacción del Código civil, ordena éste en su artículo doce que, con excepción de las disposiciones que expresa el párrafo primero, las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación del Código, que regirá solamente como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.

Considerando que, con arreglo a lo que dispone el artículo quince, los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada e intestada, declarados en el Código, no pueden aplicarse a las personas nacidas en provincias o territorios donde subsiste derecho foral, de padres sujetos al mismo, si no hubiesen ganado vecindad en la forma que dicho artículo determina, en territorios regidos por la legislación común.

Considerando que, atendidos estos terminantes preceptos, el estado de derecho o régimen jurídico constituido por leyes o por costumbres en los territorios forales, debe respetarse íntegramente, y sólo puede ser alterado por el modo y en la forma a que se refiere el artículo sexto de la citada ley de mayo de 1888.

Considerando que, según reconocen los litigantes y la Sala sentenciadora, en contra de lo que consignan el Fuero y su Amejoramiento, se observa en Navarra, sin precisar desde qué tiempo, la costumbre de que la mayor edad empieza al cumplirse los veinticinco años, que es lo mismo que dispone el Derecho romano, supletorio del foral; y aun admitiendo que semejante costumbre se introdujese por la influencia que el Derecho de Castilla ejerciera en el de la provincia, es indudable que forma parte de su actual régimen jurídico, que, sea escrito o no lo sea, subsiste por ahora y no se ha modificado por la sola publicación del Código civil, que no puede invocarse en aquel territorio sino en defecto de la legislación navarra y de la romana.

Considerando que, por consecuencia de lo expuesto, por estar sujeto el recurrente al Fuero de Navarra, y por contar con veinticuatro años cuando celebró en Pamplona el convenio de que se trata, que fue a los cinco días de haber comenzado a regir el Código civil, carecía de capacidad legal para obligarse, y en este concepto la sentencia recurrida, al declarar lo contrario, fundándose en lo que respecto a la mayor edad dispone el Código, infringe los artículos del mismo, de que se ha hecho mención".

En los distintos proyectos de Apéndices al Código civil se tuvo la tendencia a rebajar la edad de la mayoría hasta los veintitrés años; pero no fue hasta la aprobación de la ya citada Ley de 13 de diciembre de 1943, de aplicación a todo el territorio nacional, que se redujo dicho momento a los veintiuno. Formulación que fue incorporada en la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, o Fuero Nuevo en su Ley 50, que rezaba que "la capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los veintiún años".

Posteriormente, en el período preconstitucional se planteó de nuevo una reducción en la edad necesaria para alcanzar la mayoría. Siendo el Real Decreto- Ley de 16 de noviembre de 1978, en su artículo primero, en el que se estableció que "la mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos". Sin embargo, respecto de Navarra, el sistema seguido fue distinto; la disposición adicional segunda de este Real Decreto-Ley matizaba que "para modificar la Compilación de Derecho civil especial de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, en el ámbito que le es propio, se procederá conforme a lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 1/1973, de 1 de marzo". Todo ello dio lugar a que la Comisión Compiladora adoptase, por acuerdo de 30 de noviembre de 1978, la modificación de la Ley 50, fijando en su párrafo primero que "la capacidad plena se adquiere con la mayoría de edad al cumplirse los dieciocho años"; dando lugar, a

que cuando la Constitución fuese promulgada, no hubiese una diferencia de edades para alcanzar la mayor edad entre los navarros y el resto de los españoles.

No obstante, el Real Decreto-Ley de 5 de diciembre de 1978 mantuvo la vigencia del párrafo segundo de la misma Ley 50 en el sentido de afirmar que "los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en la presente Compilación. Son púberes los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce". Esa discriminación por razón de género, obligó al legislador navarro, mediante Ley foral de 1 de abril de 1987, a unificar en los catorce la edad de referencia, quedando redactado definitivamente el parágrafo segundo de la Ley 50 de la siguiente manera: "los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se considerarán púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo".

2.2. LA PERSONA MENOR DE EDAD EN LA COMPILACIÓN O FUERO NUEVO DE NAVARRA

A pesar que de la dicción literal de la Ley 50.2 del Fuero de Navarra, en la que se establece que "los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación", y a continuación se añade que "se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo", pudiere desprenderse que el Fuero Nuevo configura la pubertad como un estadio determinante de una ampliación general de la capacidad de obrar de los menores, nada más lejos de la realidad, ya que son escasos los actos que los púberes, de

acuerdo con las previsiones contenidas en la Compilación, pueden realizar por sí solos¹⁸²⁴.

Algunos autores incluso añaden que dicha disposición puede incluso llegar a considerarse hasta cierto punto innecesaria, puesto que, evidentemente no adiciona nada nuevo a las capacidades concretas que el propio texto compilado puede reconocer a los que han superado dicha barrera temporal del catorceavo aniversario, que serían igualmente válidas en ausencia del mismo; y, por otro lado, no suma a estas posibles capacidades ninguna otra particular que le dé un significado ampliatorio autónomo. En definitiva, se está más ante una pura declaración de principios que frente a una verdadera ampliación sustantiva de la capacidad del mayor navarro de catorce años¹⁸²⁵.

¹⁸²⁴ **De Pablo Contreras, Pedro y Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos:** Curso de Derecho civil navarro. Pamplona, 1990, Ed. Ediciones de la Universidad de Navarra, pág. 329, a continuación recopila algunos de esos actos que pueden realizar por sí solos los mayores de catorce años.

¹⁸²⁵ **Martínez de Aguirre, Carlos,** op. cit. pág. 1429.

CONCLUSIONES

I

La ausencia de una única y clara definición legal de la infancia obedece a que su concepción dista mucho de ser objetiva o universal. Por una parte, porque cada sociedad, cada cultura, cada sistema normativo, determina explícita o implícitamente qué debe entenderse como tal, cuáles son sus particularidades, y, por ende, que períodos de la edad de las personas incluye; y, de otra, porque la situación de incomunicación existente entre las diferentes ramas del ordenamiento jurídico al referirse a esta categoría general del Derecho, contraría y pone en tela de juicio el principio de unidad del sistema normativo.

Esto nos lleva a afirmar que la noción legal de *niño/a* no es natural, sino a lo sumo cultural, histórica y, por tanto, va variando periódicamente la percepción que sobre ella se tiene. De esta forma, no hay que considerar estrictamente inherente o consustancial al individuo, lo que a lo sumo es normal en nuestra propia cultura a modo de producto social histórico. La realidad percibida y asumida como intangible e inalterable es, pues, únicamente el resultado de una actitud colectiva humana compartida y no algo dado, innato o necesario.

Así, si confrontamos las diferentes normas que configuran en Cataluña los pilares fundamentales de la legislación vigente en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, constatamos que la terminología empleada no ha alcanzado las cotas de uniformización e univocidad mínimas exigibles. Por el contrario, la ambivalencia léxica, característica de este contexto legal, no deja de aportar ciertos atisbos, por no decir altos grados, de inseguridad jurídica. En consecuencia, cabría exigir del legislador un esfuerzo de concertación y armonización terminológica que redujera a la más mínima expresión esas dosis de

incertidumbre, facilitando la comprensión y la aplicación de todo este cuerpo dispositivo.

II

A través de la investigación sobre el lugar social que la infancia y la adolescencia ha ocupado en las diferentes épocas y culturas por las que ha transitado nuestro modelo comunitario de interacción colectiva, alcanzamos dos conclusiones íntimamente correlacionadas entre sí. En primer término, y por orden de aparición, constatamos la modernidad del concepto de "infancia" y "adolescencia"; aspecto éste que, a su vez, nos ayudará a comprender por qué es tan reciente la consideración en el mundo jurídico occidental y, más concretamente, en el Derecho privado español y en el Derecho civil catalán, en segundo término, de la persona menor de edad como sujeto titular de derechos con facultades de ejercicio autónomo.

En particular, la caracterización de esa persona menor de edad como individuo en formación y desarrollo dotado de capacidad de obrar, si bien es cierto que limitada, propia de nuestros tiempos, sólo podrá entenderse en toda su complejidad como resultado de un largo proceso evolutivo que, partiendo de una fase inicial de desconocimiento y negación absoluta de sus derechos; evolucionó, "a posteriori", hacia una etapa protagonizada por los tradicionales ordenamientos paternalistas, portadores de un modelo proteccionista de seres considerados débiles, frágiles y dependientes; para transformarse, finalmente, en un sistema jurídico valedor de una percepción del niño, niña y adolescente como verdadero protagonista de su propia existencia, al que se le reconocen ámbitos de actuación autónoma, a tenor siempre de su edad y condiciones de madurez - capacidad natural -, todo ello siempre presidido e informado por el principio de su interés superior.

III

El modelo o sistema de protección a la familia y de salvaguarda de las personas menores de edad que acoge el artículo 39 de la Constitución española, puede calificarse como *mixto*, o *parcialmente público*, al estar fundado en la estrecha correlación existente entre los ámbitos privado y público; queriéndose con ello poner énfasis en que las finalidades por él perseguidas se cumplen tanto por el Estado - sistemas de seguridad social, servicios sociales, organismos públicos de protección a la infancia – como por los particulares – obligación de alimentos entre parientes, efectos derivados de la filiación, medidas en caso de separación o divorcio -.

En efecto, a tenor de nuestro sistema constitucional, la separación entre lo público y lo privado se difumina y las responsabilidades se comparten, cada vez en mayor medida, entre la familia y los poderes públicos. Estos últimos asumen la obligación de diseñar e implantar políticas y planes de acción dirigidos a garantizar el pleno e íntegro desarrollo de la dignidad y la personalidad de los niños, niñas y adolescentes. Simultáneamente, nuestro ordenamiento jurídico encomienda de manera preferente a los progenitores la obligación de asumir, en el seno de la familia, determinadas potestades-funciones encaminadas a dar efectividad a los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad.

Esa colaboración entre familia y Estado a favor del bienestar de la infancia y la adolescencia se complementa, además, con el compromiso asumido por parte de las administraciones públicas, de velar para que este encargo se haga efectivo. De tal manera que, sólo en tanto que éstos - progenitores, tutores o guardadores - falten al cumplimiento de sus deberes, que hemos calificado a su vez de potestades-función,

respecto del niño, niña o adolescente a su cargo se aplicarán, de forma subsidiaria, las medidas de protección legalmente establecidas.

IV

Realizando un análisis comparativo de las disposiciones aprobadas por los distintos parlamentos autonómicos en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia, y considerando de forma muy particular la plasmación y el desarrollo que en esa normativa se efectúa del estatuto jurídico de los niños, niñas y adolescentes, constatamos que en nuestro ordenamiento jurídico coexisten distintos modelos, métodos o mecanismos de reconocimiento y ordenación de los derechos y libertades de los que gozan las personas menores de edad. Esa pluralidad de sistemas, más allá de representar una mera clasificación escolástica y con independencia de su mayor o menor rigor técnico y de sus evidentes logros y retrocesos, parece poner al descubierto uno de los déficits más sintomáticos y característicos de nuestra legislación en este ámbito material, como es la carencia absoluta de un tratamiento normativo uniforme y general de las instituciones que la integran.

Así, bajo una misma rúbrica, los diferentes textos autonómicos que han venido a desarrollar los principios y mandatos emanados de la Convención sobre los Derechos del Niño nos ofrecen contenidos muy dispares. En algunos casos, tratan de elaborar un marco jurídico completo de atención a la infancia y la adolescencia - un verdadero estatuto personal de este colectivo social por razón de edad-, y en otros, en cambio, se reducen a contener, básicamente, las tradicionales instituciones de carácter eminentemente protector; sin olvidar la tendencia cada vez más reglamentista, propia del Derecho público, que está aflorando en ciertos sectores de esta regulación durante los últimos decenios.

Amén de lo apuntado, podemos afirmar que una política legislativa rigurosa y eficaz, llamada a dotar de cierta homogeneidad y consistencia a este ámbito del ordenamiento jurídico, no se alcanza a partir de un sinfín de reformas legales superpuestas, ni con la aprobación de múltiples disposiciones de nuevo cuño plagadas de principios muy laudables pero frecuentemente superfluos e innecesarios. Por el contrario, entendemos que la única forma válida y eficaz de lograr ese objetivo es aprobando una regulación metódica, sistemática y coherente que venga a normalizar el "galimatías" jurídico existente en nuestro derecho en torno a las personas menores de edad.

V

Tomando como punto referencia la estructura adoptada por la parte dispositiva de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, podemos identificar, dentro del amplio y difuso espectro legislativo autonómico vigente en materia de derechos de la infancia y la adolescencia, tres claros modelos sistémicos de configuración interna de los preceptos que integran su contenido, en atención a que reproduzcan de manera más o menos fidedigna la composición formal de que se ha dotado a esa Ley, o que por el contrario, se alejen de ella.

En primer lugar, identificamos un conjunto de leyes autonómicas situadas en el extremo opuesto a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, partidarias de una racionalización y optimización de este sistema normativo, que nos muestran abiertamente la reticencia o disconformidad a lo que se considera como una innecesaria reiteración de contenidos meramente declarativos; las normas que se limitan a transcribir, de manera casi literal, los preceptos ya comprendidos en otras disposiciones anteriores nada nuevo aportan y, en consecuencia, son absolutamente prescindibles.

Un segundo modelo se define por la técnica de estructuración interna proseguida por otras leyes autonómicas, que hemos denominado como ecléctica o intermedia, caracterizada por efectuar, *prima facie*, una remisión en bloque a los derechos individuales y colectivos otorgados a la infancia y la adolescencia por la Constitución española, los pactos y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español y demás normativa al efecto, con especial atención a la Convención sobre los Derechos del Niño. A continuación, y precisamente en ello radica su elemento característico e identificativo, incorporan una referencia expresa a aquellos derechos que se consideran tributarios de un especial interés y protección, y que vienen a ser catalogados bajo la rúbrica de "derechos específicos".

Finalmente, reconocemos un tercer modelo configurado por un grupo de leyes autonómicas, cuya finalidad esencial o aspiración última radica en la intención de glosar en un único documento, a modo de "Código de la niñez", todo el elenco de derechos básicos que otros instrumentos normativos, de carácter estatal o internacional, ya han reconocido previamente a favor de las personas menores de edad. Efectivamente, no confiando, parece ser, en el manejo y conocimiento de todo este acervo normativo ya preexistente, ciertos parlamentos autonómicos han emprendido la ingente tarea de transponer en su legislación interna estas disposiciones.

VI

El Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 166.3, apartado a), se hace eco y acoge finalmente el modelo de atención a la infancia y la adolescencia imperante, desde mediados de los años noventa, en nuestro derecho civil - introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor - y que, con

posterioridad, fue paulatinamente extendiéndose e incorporándose a la práctica totalidad de los ordenamientos autonómicos, a excepción hecha del caso catalán.

Este innovador *modus operandi*, caracterizado fundamentalmente por el hecho de perder la resolución administrativa de desamparo el monopolio y la exclusividad de ser considerada como el único título habilitador al alcance de los poderes públicos para proceder a una intervención de índole protectora, irrumpe, por vez primera, en la escena jurídica catalana con la aprobación del artículo 166.3.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, precepto éste que vino a distinguir entre las declaraciones de *desamparo* y de *riesgo*. Con posterioridad, este nuevo procedimiento de la intervención pública ha venido a ser ratificado y desplegado, en nuestro contexto material de actuación, por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia.

VII

La incorporación en el punto a) del artículo 166.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, junto con las referencias a los menores en situación de *desamparo* y de *riesgo*, de una tercera categoría conceptual que hace mención expresa a los *menores infractores* que, "a priori", pudiere parecer no alterar en exceso la significación atribuida a este precepto estatutario, infiere, a nuestro modo de entender, una cierta cuota de opacidad a la lógica a la que el mismo está llamado a responder.

La alusión en disputa, parece albergar una más que evidente contradicción "*in terminis*", al prever entre las facultades protectoras atribuidas con exclusividad a la Generalitat de Cataluña, una evocación explícita a aspectos de carácter reformador, ámbito más bien propio del llamado Derecho penal juvenil, alejado por

consiguiente, de las reglas, mecanismos e instituciones que identifican y singularizan las prescripciones aplicables a la protección de las personas menores de edad.

Tal imprecisión terminológica lleva a cuestionarnos la posibilidad de que se haya producido, de una manera totalmente inconsciente e involuntaria, una cierta involución en la tradición jurídica catalana arbitrada en este ámbito del ordenamiento jurídico. Este presunto retroceso, llevado a una interpretación extrema, podría incluso llegar a traducirse, y entendemos que en modo alguno sea esta la verdadera intención del legislador catalán, en un intento de recuperación de ciertas categorías dogmáticas ya superadas desde finales del siglo pasado.

En definitiva, el Estatuto catalán de 2006 parece incurrir en el mismo error sistemático que su precedente de 1979, y hereda, en gran medida, buen número de las críticas que por tal circunstancia se vertieron sobre aquél, perdiéndose, además, una extraordinaria oportunidad de culminar la política iniciada a mediados de los años ochenta por el Parlamento de Cataluña tendente a tratar de deslindar con meridiana precisión las funciones protectora y reformadora del Estado; máxime cuando en la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía aprobada por el pleno de la asamblea legislativa catalana, el 30 de septiembre de 2005, sí se contenía una clara delimitación entre ambos sectores normativos.

Una posible interpretación, a nuestro entender un tanto forzada, que pudiera dársele al texto del artículo 166.3.a) del Estatuto de 2006, para tratar de salvar la latente discordancia e incoherencia que significa ubicar, como una más de las facultades protectoras atribuidas con exclusividad a la Generalitat de Cataluña, la relativa a los aspectos de carácter reformador, derivaría de entender que, en realidad, al evocarse como una de las submaterias propias de la protección a la infancia y la adolescencia,

la concerniente a los *menores infractores*, ésta no estaría haciendo alusión a la ejecución de las medidas adoptadas por los Juzgados de Menores en el marco de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, como inicialmente pudiera desprenderse, sino que, por el contrario, se estaría refiriendo al régimen jurídico aplicable a los menores de catorce años que hubieren cometido algún hecho delictivo tipificado como tal en el Código Penal.

VIII

Tradicionalmente, la asunción de competencias en materia de protección a la infancia y la adolescencia se ha efectuado en Cataluña al amparo del título atributivo denominado "legislación civil" del artículo 149.1.8 de la Constitución española, al contrario de lo acaecido en el resto de territorios autonómicos que han optado preferentemente por la vía de la "asistencia social" del artículo 148.1.20 del propio texto constitucional.

Esta mayor incidencia en Cataluña de la "privatización" de las normas reguladoras de la actuación de la Administración de la Generalitat en este sector del ordenamiento jurídico, se ha erigido, entendemos, en uno de los elementos más característicos e identificativos de la política legislativa catalana en materia de atención y protección a la infancia y la adolescencia. En efecto, mientras que, en la gran mayoría de comunidades autónomas, se tipificó, originariamente, la intervención de los poderes públicos en este ámbito sectorial en normas de marcada naturaleza administrativa; en Cataluña, por el contrario, se reguló en disposiciones eminentemente civiles.

Como resultado o consecuencia de ese intenso proceso de "civilización" operado en Cataluña, constatamos, a diferencia de lo que ocurre en el resto del orden

jurisdiccional español, una clara, a la par que polémica, atribución a los órganos jurisdiccionales civiles de la competencia objetiva para hacer efectivas, en caso de ser necesario, las resoluciones administrativas de desamparo o cualesquiera de las medidas protectoras acordadas por el organismo público catalán encargado de velar por la atención de las personas menores de edad: la Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia.

IX

Partiendo de una percepción público-privada de la normativa reguladora de las instituciones de atención y protección a la infancia y la adolescencia, personificada en la teoría intermedia de DE CASTRO, consideramos que todas las cuestiones que giran en torno a los mecanismos y dispositivos legales arbitrados por nuestro sistema jurídico para velar por el normal y adecuado desarrollo de las personas menores de edad - sean de carácter privado o público - encuentran su razón de ser y, por ende, deben ser técnica y metodológicamente ubicadas dentro de una rama autónoma y sustantiva de la normativa civil, cual es el Derecho de la persona.

Precisamente, la situación del Derecho de la persona en el proscenio del ordenamiento jurídico privado y su conexión directa con la Teoría general del Derecho han colocado a esta normativa en una situación ambivalente e híbrida por lo que a su naturaleza pública o privada se refiere, de modo que, nos situamos en esa zona del sistema donde *ius publicum* e *ius privatum* encuentran su punto de más radical convergencia.

La primacía de esta visión interdisciplinar, inherente al propio concepto de persona, debe conducirnos a la superación de la concepción rigurosamente privatista de las disposiciones reguladoras del régimen jurídico de los instrumentos de atención y

protección de las personas menores de edad, que se reconoce, en la actualidad, como insuficiente, y asumir la interferencia o yuxtaposición del Derecho público. Se da aquí, por tanto, lo que podría calificarse como un *tertium genus*. El Derecho de la persona, en esencia, no es ni público ni privado, ni tampoco, propiamente, las dos cosas a la vez. Se da, por contra, una interconexión entre ambas nociones, si bien la preponderancia del principio de personalidad consigue unificar el régimen de forma que éste no quede como el punto de equilibrio entre dos fuerzas contrapuestas - individuo y comunidad -, sino como la garantía del desarrollo pleno de la personalidad en todos sus aspectos, incluido el social o comunitario.

X

La regulación ofrecida por el Código civil español en materia de capacidad de obrar de las personas debe ser calificada de parcial e insuficiente, al considerar que de las tres posibles situaciones en las que un individuo puede encontrarse por razón de su existencia, tan sólo dos de ellas se hallan estipuladas de forma expresa en su articulado: la *mayoría de edad* y la *emancipación*, sin que el estado anterior a ambas, la *minoridad*, tenga un tratamiento jurídico sistemático y completo. Tal circunstancia, ha permitido extraer de las previsiones emanadas de diversos preceptos del propio texto codificado los elementos precisos e indispensables que permitan elaborar una teoría general sobre el estatuto civil de la persona menor de edad no emancipada.

El Código civil de Cataluña, por el contrario, se sitúa más en una línea inclusiva, tendente a incorporar en su redactado un conjunto ordenado de preceptos que estructuren, de manera más minuciosa y racional, el régimen jurídico aplicable a este grupo de ciudadanos que todavía no ha alcanzado los dieciocho años de edad y se encuentran, de ordinario, bajo la potestad parental o la tutela de sus representantes

legales - artículos 211-5 y siguientes -. Se trata, en definitiva, de dotar al sistema de una *ratio* legislativa lo más coherente y uniforme posible.

XI

Las nuevas concepciones legales acerca de la infancia y la adolescencia imperantes en nuestro contexto social, así como su necesaria transformación normativa, han puesto de relieve la preocupación o interés creciente que gradual y progresivamente han ido adquiriendo los aspectos personales relacionados con los niños, niñas y adolescentes frente a la tradicional importancia y trascendencia que siempre han exhibido las cuestiones patrimoniales. Un somero repaso de las instituciones de heteroprotección privada, ordenadas tanto en el Derecho civil español como en el catalán - potestad parental, tutela, ausencia -, nos ofrece como resultado que, en sus orígenes, todas ellas se mostraron más interesadas por las circunstancias y controversias de carácter económico que por el adecuado devenir de la dignidad individual de los sujetos.

Este reequilibrio de fuerzas o de toma en consideración de las particularidades individuales que rodean a las personas menores de edad, operada durante los últimos decenios, se exterioriza o refleja desde una doble perspectiva: la cualitativa y la cuantitativa. Por lo que a la primera de ellas se refiere, la relevancia adjetiva adquirida por esta vicisitud deriva de una reflexión filosófica incardinada en la delimitación de cuál es su verdadera finalidad y, a la vez, se erige como fundamento último del propio sistema normativo. En otras palabras, se trata de asegurar la dignidad del sujeto y el libre desarrollo de su personalidad - artículo 10.1 de la Constitución española -.

Desde un plano meramente cuantitativo, aritmético si se quiere, al reconocerse a todos los menores de edad la titularidad y el ejercicio, si tuvieran suficiente juicio, de los actos relativos a los derechos de la personalidad y, en cambio, por cuestiones de orden práctico, sólo a una minoría de ellos tener a cargo bienes y heredades, nos lleva a pensar que, por una razón de pura estadística y probabilidad, el valor exponencial que se le atribuye a los primeros debe ponderarse o como mínimo nivelarse con los segundos.

XII

La paulatina incidencia y relevancia que está adquiriendo la capacidad natural como esencia y *substratum* de la capacidad de obrar de las personas, deja al descubierto la ausencia generalizada en nuestro ordenamiento jurídico de unos parámetros definidores o, al menos, orientadores sobre cuándo cabe entender que un menor de edad está en posesión del raciocinio necesario para intervenir autónomamente en el tráfico jurídico.

Para dar respuesta a esta laguna, juzgamos conveniente introducir o incorporar en la normativa civil catalana - reflexión también extensible al texto del Código civil español - una presunción general *iuris tantum* de capacidad natural, que podría fijarse en los doce años. No en vano, es ya ésta una edad a la que con reiteración se remiten diferentes normas jurídicas catalanas en cuestiones que afectan directamente al sujeto menor de edad. Sin ir más lejos, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia - artículos 2.2 y 7.1 - o el Código civil de Cataluña - artículos 211-6, 222-28, 222-31, 222-37, 235-40, 235-50 y 236-19, entre otros -.

Entendemos que una estipulación del estilo de la apuntada, en una edad que reputamos más que razonable para que el menor de edad pueda actuar por sí en el ejercicio de los derechos que reclaman su propia intervención autónoma, ayudaría a dotar de mayor seguridad jurídica al sistema de transacciones negociales, al mismo tiempo que reconocería a las personas menores de edad como verdaderos sujetos activos en el contexto social que les rodea. Tal conjetura, no obstante, no debe traducirse en una cláusula general y absoluta - *iuris et de iure* -, de que el menor de edad, cumplidos los doce años, adquiriera automáticamente, en todos y cada uno de los supuestos en que intervenga, capacidad natural, pero sí constituiría un criterio práctico utilizarla como indicativa o indiciaria de un nivel de madurez suficiente; siempre quedando a salvo, por supuesto, la prueba en contrario.

XIII

El silencio que guarda la normativa civil española - a diferencia de lo acaecido en otros países de nuestro entorno como Francia, Italia y Portugal - acerca de la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*, nos plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el artículo 1.302 del Código civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1.304 del Código civil, limitando o restringiendo la restitución a "*in quantum locupletiores facti sunt*".

Ante tal disyuntiva, reputamos como la solución más idónea, a la vez que la más acorde con el verdadero espíritu dimanante de nuestros preceptos legales, aquella que defiende, para estos casos, la convalidación del contrato otorgado por el menor de edad, impidiendo, en consecuencia, su anulación; opción ésta que fue la acogida por la tradición histórica española - Las Partidas - y por la jurisprudencia tanto anterior como posterior al texto del Código civil de 1889. En otras palabras, nuestro

sistema normativo se hace eco del aforismo romano de la *malitia supplet aetatem* - la malicia compensa la edad -.

Además de ese argumento histórico, también existe la posibilidad de acudir al Título Preliminar del Código civil, en una interpretación de carácter sistemático, cuyo artículo 7.1 establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". La *bona fides*, como principio general del derecho, informa e integra todo el ordenamiento jurídico y simultáneamente se manifiesta como norma de conducta general que tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio. En el derecho de obligaciones la buena fe se proyecta en forma concreta sobre cada uno de los sujetos afectados por la relación jurídica. Por lo que al menor de edad contratante se refiere, determina que éste ha de ejercitar su derecho actuando según la confianza depositada por la otra parte. Así, si el menor de edad no ajusta su comportamiento a la buena fe, y perjudica con ello a la contraparte en el negocio jurídico, debe ser privado de las ventajas que de manera ordinaria le corresponderían. En definitiva, si frente al binomio *buena fe del contratante capaz - incapacidad del menor*, prima la segunda, cuando concurra mala fe en el menor de edad - persona con capacidad limitada -, la protección deberá ceder.

XIV

Nos mostramos partidarios de la exportación o generalización, tanto al Código civil español como a su homólogo catalán, del modelo metodológico aragonés de asistencia a los menores de edad a partir de los catorce años cumplidos, cifrado en el artículo 23 del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011, que establece 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, en su caso, de uno

cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor".

A nuestro entender, y puesto que el menor de edad a partir de los dieciséis años puede instar la emancipación, celebrar contratos de trabajo, o consentir en documento público los actos señalados en el artículo 166.1º y 2º del Código civil español y en el artículo 236-30.a) del Código civil de Cataluña, y habida cuenta de que el suficiente juicio o discernimiento se presume sobradamente a los dieciséis años - recordar, además, nuestra proposición de introducir una cláusula presuntiva de capacidad natural a los doce años -, esta edad podría hacer las funciones de dato objetivo que permitiera al menor de edad un mayor grado de libertad de actuación patrimonial.

De esta forma, los menores de edad, a partir de los dieciséis años, podrían efectuar actos de administración ordinaria - aquellos dirigidos a la conservación y mejora de su patrimonio, así como a la obtención de sus normales rendimientos -, requiriendo, sin embargo, el consentimiento de sus progenitores u organismo tutelar, para los que excedieran de ella - aquellos que comprometen o arriesgan el valor del patrimonio administrado, entre los que se comprenden los actos típicamente dispositivos -. Recordemos, en este punto, que los artículos 164.2.3º del Código Civil español y 236-25.c) del Código civil de Cataluña permiten la administración ordinaria al mayor de 16 años únicamente respecto de los bienes adquiridos con su trabajo e industria. Pues bien, se trataría simplemente de generalizar este régimen para cualesquiera bienes y actuaciones en el tráfico jurídico.

XV

La remisión contenida en el artículo 211-3.1 *in fine* del Código civil de Cataluña a las cautelas que el propio texto codificado pueda establecer, nos lleva a refrendar dos aspectos que juzgamos de suma importancia para llegar a vislumbrar cuál es el funcionamiento exacto de la técnica organizativa proseguida en esta materia por el legislador catalán: de una parte, refuerza el carácter de principio general atribuido a la cláusula comprendida en el apuntado precepto - "*la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural*" -; y, de otra, permite la particularización o adaptación de esa regla o forma de proceder a las diversas eventualidades o contingencias que en la práctica puedan suscitarse - "*de acuerdo con lo establecido por el presente Código*" -. Este modelo o método de concreción nos permite, en definitiva, afrontar determinadas situaciones legales, tales como la incapacitación, la minoría de edad o la trascendencia del consentimiento informado en el ámbito sanitario, atendiendo a sus específicas peculiaridades identificativas.

Por ese motivo, si ponemos en correlación los artículos 211-3.1 y 211-5 del Código civil de Cataluña, este último relativo al régimen jurídico de la minoría de edad, obtendremos como resultado que la fórmula ordinaria de actuación, es decir, fundamentar la capacidad de obrar tan solo en la capacidad natural - artículo 211-3.1-, es inmediatamente matizada. En estos casos, además de tomarse en consideración el intelecto y la voluntad del individuo - dándose la tesitura de no haber alcanzado todavía la mayoría -, deberá también valorarse, en idéntico grado, un dato meramente objetivo como es la edad. Asimismo, se consigue con ello salvar cualquier atisbo de contradicción que pudiera generarse entre las dos disposiciones enunciadas, manteniendo, de esta forma, la vigencia de la norma común informadora de nuestro sistema legal.

XVI

De los principales criterios teóricos, manejados por parte de la doctrina contemporánea, para delimitar si un menor de edad reúne o no el suficiente nivel de madurez y raciocinio para emitir un consentimiento válido y consciente por y en sí mismo considerado: el método netamente biológico y el sistema del razonamiento; el Derecho civil catalán parece haber optado por acudir, a la luz de la literalidad del artículo 211-5 de su Código civil, a un modelo intermedio o ecléctico, forjado por una combinación entre ambas formulaciones extremas. Se trata de una técnica, que si bien parte de las tesis de la madurez, no renuncia a la oportunidad de prever, para actos de especial trascendencia - tanto personal como patrimonial -, ciertos límites objetivos expresamente predefinidos por la norma, fundamentados en el simple *factum* de que se haya o no alcanzado una edad previamente estipulada. En otras palabras, tan solo se reconocerá, o mejor dicho se presumirá, la capacidad natural a partir de un específico momento cronológico, que oscilará en atención a la naturaleza de los hechos ante los que nos encontremos.

El Código civil de Cataluña apuesta por un modelo que facilite al máximo el punto de encuentro o el equilibrio perfecto entre seguridad y realidad, evitando el doble escollo que supondría, de una parte, la brusquedad en el paso *uno ictu* a la capacidad y, de otra, el excesivo casuismo con el que corremos el riesgo de toparnos, para lograr de esta forma que el beneficio de la menor edad y su preparación para la vida sean el norte que guíe el devenir de las instituciones a él referidas, aproximándose con ello, al *in medio virtus* deseable.

XVII

Para construir jurídicamente con éxito una teoría general sobre la capacidad de obrar de las personas menores de edad en el derecho civil catalán, respetando en todo caso el ámbito limitado y versátil de sus potencialidades naturales, debemos partir de las prevenciones contenidas tanto en el artículo 211-3.1 del Código civil de Cataluña, si efectuamos una aproximación al tema de carácter más genérico, teórico e indeterminado, como en los artículos 211.5, 222-47.2 y 236-18, del propio texto catalán, si de una visión más específica y detallada se trata.

Dejando a un lado, al menos momentáneamente, el enunciado comprendido en el seno del artículo 211-3.1 del Código civil de Cataluña e indagando en la plasmación concreta que de sus provisiones han efectuado los artículos 211.5, 222-47.2 y 236-18 del mismo cuerpo normativo, su lectura preliminar nos muestra cómo el legislador catalán se ha inclinado, entendemos que de una manera acertada y coherente con sus pretensiones iniciales, por abordar y definir esta materia desde una doble vertiente: una positiva, ubicada en el artículo 211.5 del Código civil de Cataluña, que enumera los ámbitos en que se habilita al menor de edad para actuar por su cuenta y riesgo; y otra negativa, asentada en los artículos 236.18.2 y 222-47.2 del propio texto catalán, que acota o circunscribe cuáles son los actos excluidos de la representación legal de los progenitores o, en su caso, los tutores, en relación con sus hijos o pupilos.

XVIII

Los artículos 211-5.a) - sede de capacidad -, 222-47.2.a) - sede de tutela - y 236-18.2.a) - sede de potestad - del Código civil de Cataluña, acogen las tesis que habilitan al menor no emancipado para ejercer por sí, de acuerdo con su edad y

grado de madurez, los actos relativos a los derechos de la personalidad. La dicción literal de estas disposiciones sigue la línea marcada originariamente por el artículo 162.2.1º del Código civil español; presentando, no obstante, una serie de peculiaridades con respecto al mismo.

Mientras que el Código civil español - artículo 162.2.1º - acomete en un único apartado dos situaciones de hecho totalmente diferenciadas entre sí: una atinente a los derechos de la personalidad, que el hijo esté en condiciones de ejercitar por sí solo de conformidad con su madurez; y, otra de naturaleza más indeterminada, centrada en todos aquellos actos que el menor de edad, de acuerdo con las leyes, pueda desempeñar con total autonomía y libertad, remitiéndonos con ello a los mandatos que otras disposiciones normativas puedan contener; el Código civil de Cataluña, por el contrario, se ha decantado por regularlas separadamente, dando con ello una imagen de mayor concisión y seguridad jurídica.

Esta estructura o composición, sin embargo, tan sólo ha sido seguida en su integridad por el artículo 211-5 del Código civil de Cataluña, no así en sus disposiciones homólogas tanto en sede de responsabilidad parental - artículo 236-18.2 del Código civil de Cataluña -, como en el ámbito de las instituciones tutelares - artículo 222-47.2 del Código civil de Cataluña -. Estos dos últimos preceptos se han limitado a mencionar, únicamente, como excepción a la representación legal asignada a los progenitores o al tutor, el supuesto relativo a los derechos de la personalidad, guardando silencio, en cambio, sobre la citada cláusula de reenvío.

Si bien es cierto que, para justificar tal ausencia del Código civil de Cataluña, podría argumentarse que esta norma de cierre encuentra actualmente su ubicación o cabida dentro del grupo de disposiciones referidas, de forma general, a delimitar cuáles son las capacidades de actuación con las que cuentan las personas menores de edad -

artículo 211.5.c) -, haciendo, en consecuencia, innecesaria su reiteración en los preceptos específicos de responsabilidad parental y tutelar; no es menos cierto que no ha sido éste el criterio aplicado de manera uniforme por nuestro legislador en otras situaciones de naturaleza manifiestamente análoga, como es el caso de los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad.

XIX

Para verificar la capacidad natural del menor de edad, a efectos del ejercicio de los actos relativos a derechos de la personalidad, hay que tener en cuenta varios elementos o pautas fundamentales de delimitación. En primer lugar, cabe identificar la existencia de algún tipo de previsión general o criterio cronológico de atribución que habilite al individuo para actuar de manera autónoma en la puesta en acción de un específico derecho de la personalidad. En segundo término, no debemos perder de vista la particular naturaleza jurídica que presenta el derecho que se ejercita. Y por último, hay que constatar si el sujeto activo es o no consciente de los efectos derivados de su decisión; y, ante todo, si éstos redundan u obedecen a su interés, es decir, si le son o no beneficiosos. Luego, cuando al menor de edad se le niega la capacidad para consentir no podemos pensar única y exclusivamente en la hipótesis de que no tiene capacidad natural suficiente, sino que, aun ostentándola, es posible que su ejercicio no responda a su provecho, en cuyo caso la declaración de voluntad cede frente a su interés. Por tanto, ante el conflicto entre "capacidad natural-interés del menor" debiera primar este último.

XX

El artículo 36, apartado primero, de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia reconoce que "el niño o el adolescente tiene derecho a la protección del honor, la dignidad, la intimidad y la propia imagen".

Un aspecto inicial a subrayar de la dicción literal de este artículo, yace en las dificultades de comprensión que nos suscita la eventualidad de que el derecho a la dignidad aparezca identificado, al mismo nivel, junto a los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Así, mientras que los tres últimos representan una explícita manifestación de la categoría de los derechos de la personalidad relativos a la esfera moral o espiritual de los individuos, el derecho a la dignidad, articulado en el número 10 de la Constitución española, por el contrario, tiene una concepción más amplia y abstracta y abarca no sólo la vertiente espiritual de estos derechos, sino también la esfera física o corporal de la persona. En otras palabras, entendemos que los derechos inherentes al propio individuo, globalmente considerados, son expresión directa de la dignidad y la personalidad de los sujetos, pues éstos encuentran su fundamento último en los valores emanados del artículo 10.1 de nuestra Carta magna. Tal circunstancia provoca que la inclusión de este principio esencial, que sirve de soporte y eje a todos y cada uno de los derechos calificados como de la personalidad, en el cuerpo normativo del artículo 36 de la citada Ley de infancia catalana, además de superfluo e innecesario, carezca de sentido alguno.

XXI

El artículo 36 de la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, en su apartado segundo, hace especial hincapié en la insoslayable necesidad de preservar a los niños y a los adolescentes de la divulgación de sus datos personales, de la difusión de imágenes que atenten contra su dignidad y de la explotación económica de su imagen.

En este inciso, la previsión de la Ley catalana parece tomar especialmente en consideración la circunstancia de que el contenido de la intimidad y, en particular, de la imagen no se agotan en su dimensión moral, innata a todo ser humano, como atributo inescindible de su dignidad, sino que, por el contrario, hay que destacar ineludiblemente una faceta patrimonial de estos derechos de la personalidad que presenta, además, su propia sustantividad. De modo que hay casos en los que no están en juego ni la intimidad ni la imagen de la persona, en tanto pilares de la dignidad humana y valores merecedores de la más alta tutela jurídica, sino los intereses patrimoniales a ella vinculados.

En la primera de las hipótesis, cuando se autoriza la intromisión en el derecho a la imagen sin que ni el titular del derecho ni quien realiza la injerencia persigan la explotación de su valor de mercado - se ejerce, por tanto, el simple derecho a la imagen -, la declaración de voluntad consintiendo tal intrusión le corresponderá emitirla al menor de edad siempre que cuente con suficiente capacidad natural.

Contrariamente, en la segunda de las conjeturas, al celebrarse un contrato que tiene como objeto la imagen del menor de edad, si bien es cierto que existe un ejercicio del derecho de la personalidad que puede ser homologado por éste cuando reúna la suficiente madurez, no hay que olvidar que simultáneamente también se da un

consentimiento contractual, por lo que será preciso valorar la conveniencia del complemento de su capacidad.

XXII

El artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, formaliza la regla general consistente en que podrán ejercitar libremente los derechos reconocidos en la legislación protectora de datos, los mayores de catorce años. En caso contrario, se requerirá el consentimiento de sus representantes legales.

Esta disposición gubernamental, al margen de nuestras fundadas dudas acerca de si una norma de rango reglamentario era lo más acorde para desarrollar tal inciso, parece apartarse de la doctrina elaborada por la Agencia Española de Protección de Datos, basada fundamentalmente en el criterio de la capacidad natural de las personas. De este modo, mientras que este organismo de Derecho público reservaba la intervención de los representantes legales únicamente para aquellos casos en los que los menores de catorce años no ostentaran la madurez suficiente para consentir por sí, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, amplía esa previsión y la extiende, sin excepción alguna, a todos los supuestos en que se recaben datos de menores de catorce años, con total independencia de las facultades de entender y querer constatadas en cada caso concreto. Esta elección, entendemos, no está en sintonía con la tendencia generalizada seguida por nuestro Derecho civil - artículos 211-5.a), 222-47.2.a) y 236-18.2.a) del Código civil de Cataluña y 162.1º del Código civil español - proclive a dotar cada vez de mayor incidencia y relevancia a los aspectos relacionados con la madurez de las personas.

Apuntado lo anterior, estimamos ineludible una relectura del texto del artículo 13.1 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, en su último inciso, favorable a considerar que tener catorce años de edad o más, de conformidad con el principio *favor minoris*, debe, en nuestro contexto social de referencia, conformar una simple presunción "*iuris tantum*" de madurez suficiente para otorgar el consentimiento prevenido por la Ley Orgánica de Protección de Datos y no ostentarla, antagónicamente, inducirnos a pensar justamente lo contrario.

XXIII

A tenor de lo preceptuado en los artículos 7.2.d) de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente - previsión normativa reiterada por el artículo 212-2.1 del Código civil de Cataluña - y 9.3.c) de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, simplemente por ostentar el estado civil de emancipado - que habilita al menor para regir su persona y bienes como si de un mayor de edad se tratara - o reuniendo la edad de los dieciséis años, se presume que el individuo detenta la aptitud necesaria para prestar el consentimiento informado. Con ello, se pretende que el facultativo cuente con los datos fidedignos suficientes - el estado civil o la edad - para determinar con cierto nivel de certeza su manera concreta de actuar, evitando así verse obligado a tener que valorar, caso por caso, la madurez de aquellos menores que estén muy cercanos a la mayoría de edad.

Este sistema, sin embargo, tal y como está configurado, corre el riesgo de terminar convirtiéndose en un modelo que, en aras de la consecución de la tan ansiada seguridad jurídica, aplique únicamente de manera automática el criterio objetivo de la edad, alejándose en cierta medida de la tendencia asumida por nuestro ordenamiento jurídico en los últimos tiempos, más proclive a interpretar que lo

realmente esencial es la facultad de llegar a comprender los pros y contras implícitos en un específico tratamiento médico, así como el alcance y consecuencias de la decisión adoptada. Tal contradicción podría salvarse - pensando ahora en el supuesto del menor que tenga dieciséis años cumplidos, pues sería de difícil encaje para el caso de la emancipación -, considerando que la Ley tan solo acoge una mera presunción *iuris tantum*, es decir, que la norma parte de la idea de que cumplidos los dieciséis años, por regla general, una persona ha alcanzado un grado de diligencia intelectual y volitiva bastantes como para consentir en primera persona cualquier tipo de tratamiento o intervención sanitaria. Esta circunstancia, no obstante, admitiría prueba en contrario.

XXIV

Cuando el consentimiento informado en el ámbito sanitario le corresponda prestarlo a un menor no emancipado de edad comprendida entre los doce y los dieciséis años, dos pueden ser las alternativas dignas de ser tomadas en consideración. En primer término, que el paciente menor de edad, una vez valoradas sus condiciones personales - entendemos que por parte del personal facultativo competente, a pesar de que la Ley no lo disponga de manera explícita-, se considere que reúne el suficiente grado de capacidad intelectual y emocional para comprender por sí el alcance del tratamiento o la intervención médica sugerida, en cuyo caso será a él, aunque no haya alcanzado todavía los dieciséis años, a quien corresponda emitir la declaración de voluntad autorizándolo.

En cambio, cuando el menor mayor de doce años y menor de dieciséis no emancipado no haya logrado un grado de madurez y reflexión bastantes para manifestar autónomamente su consentimiento informado, este otorgamiento

corresponderá a sus representantes legales, después, eso sí, de haber escuchado - derecho de audiencia - la opinión del menor de edad al respecto.

También el artículo 212-2.1 del Código civil de Cataluña se hace eco de la posibilidad de que una persona que no haya alcanzado los dieciséis años de edad pueda, si ostenta suficiente madurez intelectual y emocional, prestar el consentimiento sanitario informado por sí misma. Este precepto, sin embargo, a diferencia de lo que acontece en las Leyes catalana 21/2000, de 29 de diciembre y estatal 41/2002, de 14 de noviembre, no efectúa alusión alguna al deber del facultativo de tener que escuchar en todo caso al menor mayor de doce años si son los representantes legales quienes, a falta de su madurez para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, deben prestar la declaración de voluntad.

Esta falta de previsión normativa no significa, en modo alguno, que esta exigencia haya desaparecido del ordenamiento civil catalán, sino que, por el contrario, aparece configurada como un principio general del derecho en el artículo 211-6 del propio Código civil de Cataluña, que bajo la rúbrica del "interés superior del menor", establece en su punto segundo que "el menor de edad, de acuerdo con su edad y capacidad natural y, en todo caso, si ha cumplido doce años, tiene derecho a ser informado y escuchado antes de que se tome una decisión que afecte directamente a su esfera personal o patrimonial". La misma idea es reiterada por el legislador catalán en el artículo 7.1 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia. Consecuentemente, la inclusión de esta referencia en el conjunto de preceptos que desarrollan en el Código civil catalán el régimen jurídico propio de la autonomía de la persona en el ámbito sanitario, hubiera resultado del todo innecesaria y reiterativa.

XXV

A pesar de la oscura e incierta redacción del artículo 7.2.d) de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre - comentario perfectamente extensible al artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre -, parece que este precepto esté aceptando, para el caso de los menores de doce años, una presunción de falta de capacidad natural. Es decir, se sobreentiende que un niño o niña por debajo de su decimosegundo aniversario, salvo que se pruebe expresamente lo contrario, no está en situación o en condiciones de permitir por sí solo un tratamiento o intervención médica, sino que tendrán que ser sus representantes legales quienes actúen al efecto, sin que ni tan siquiera sea preceptivo escuchar al menor. Únicamente si el facultativo lo reputa como necesario se dará audiencia al niño o niña por debajo de tal edad.

XXVI

El apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, reconoce "a las menores de dieciséis y diecisiete años la aptitud necesaria para consentir por sí la interrupción voluntaria del embarazo, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad".

Además, la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, modifica expresamente lo hasta ahora dispuesto en el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, y sustrae del tratamiento especial previsto en este precepto a la "interrupción voluntaria del embarazo". El aborto, que hasta ese momento estaba sujeto a la regla general sobre la mayoría de edad, igual que la reproducción humana asistida y los ensayos clínicos, queda circunscrito al tratamiento ordinario previsto con carácter general

para cualquier otra intervención o actuación médica, es decir, con sujeción a lo previsto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

En nuestra opinión, tal equiparación supone que no sólo las adolescentes mayores de dieciséis años, sino también las menores de esta edad, con tal que sean capaces intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención - en este caso, la interrupción voluntaria del embarazo -, podrán emitir su consentimiento *motu proprio*, sin que sean los progenitores, en consecuencia, quienes hayan de prestarlo, éstos sólo deberán ser preceptivamente informados y oídos al objeto de tomar en cuenta su parecer. En otras palabras, la capacidad exigida a las adolescentes para emitir válidamente su consentimiento informado deja de depender única y exclusivamente del dato objetivo de la edad, que pasa a ser un dato meramente presuntivo, y adquiere plena relevancia su capacidad natural.

XXVII

El nuevo redactado que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, asigna al texto del artículo 9.4 de la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, entra en franca contradicción, por lo que a la interrupción voluntaria del embarazo se refiere, con las previsiones comprendidas tanto en las disposiciones autonómicas dictadas a su imagen y semejanza, como con el precepto catalán que le sirvió de modelo e inspiración - artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente -. Tal circunstancia, precisamente, es la que lleva a interrogarnos acerca de si las citadas previsiones autonómicas deben o no amoldarse preceptivamente a lo convenido por la Ley básica estatal y suprimir, en

consecuencia, la evocación que se efectúa al régimen particular al que debe someterse la práctica de las interrupciones voluntarias del embarazo.

Trayendo a colación la doctrina constitucional sobre el significado atribuido a las denominadas como "condiciones básicas" y aplicándola a la resolución de nuestra controversia, podemos afirmar que si el Estado considera necesario enmendar estas cláusulas esenciales y al hacerlo entraran en conflicto con preceptos de Leyes autonómicas en vigor, estos últimos quedarían automáticamente desplazados por aquéllas.

Así, una vez modificada la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, es claro que quedarán afectadas todas las normas autonómicas, ya sean anteriores o posteriores a su entrada en vigor, que no respeten el contenido básico de la misma.

En definitiva, y por lo que al caso catalán se refiere, el legislador autonómico puede normar conforme a su criterio en materia de consentimiento informado, mientras que el Estado no limite válidamente ese ámbito de libertad reguladora mediante el establecimiento o la alteración de condiciones básicas en el contexto de sus prerrogativas. Por tanto, al rectificarse el redactado del artículo 9.4 de la Ley básica estatal 41/2002, de 14 de noviembre, esa modificación debe entenderse extensible al contenido del artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, por lo que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, este último precepto debe interpretarse como desprovisto o carente de toda alusión "al supuesto legal de la interrupción voluntaria del embarazo".

XXVIII

La constatación de qué deba entenderse por la partícula negativa "sin su consentimiento" contenida en el artículo 161.1 del Código Penal de 1995 - precepto éste en el que se tipifica el delito de la reproducción humana asistida sin consentimiento de la mujer -, admite dos posibles interpretaciones. Una primera, propugna un entendimiento de esta expresión acorde con los requisitos exigidos en los artículos 5.6 y 6.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, o, en otras palabras, una consideración del consentimiento como un elemento normativo del tipo; y, una segunda visión, más proclive a apreciar la expresión "sin su consentimiento" como un mero elemento descriptivo del tipo, estima que sus requisitos y validez habrán de ser delimitados por la autoridad judicial en atención a criterios exclusivamente penales - capacidad natural de juicio -, lo que supone en el fondo optar por la autonomía de la figura respecto de la regulación civil.

En aras de una armonización del conjunto del ordenamiento jurídico, y con independencia de las críticas vertidas hacia la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, estimamos que el legislador español ha optado por no permitir que la mujer menor de edad pueda someterse a estos procedimientos, lo que aparece reforzado con la mención al respecto contenida tanto en el punto cuarto del artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, como en el artículo 7.2 *in fine* de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente. En efecto, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se deriva que tan sólo se entenderá como consentimiento válido a estos efectos el prestado por una mujer mayor de edad y con plena capacidad de obrar, de forma libre, consciente y expresa. Si a continuación el legislador crea un

tipo penal referente a la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer - artículo 161.1 -, parece evidente que deba mantenerse la coherencia legislativa del conjunto del sistema normativo español y que haya de remitirse a tales requisitos para establecer si ha mediado o no válida declaración de voluntad, de tal modo que si se llevan a efecto estas técnicas en una mujer menor de edad la conducta será sancionable, pues falta uno de los requisitos indispensables para la plena eficacia del consentimiento.

XXIX

El Código civil de Cataluña en su artículo 211-5.c) otorga al menor de edad un nuevo ámbito o sector de capacidad de intervención individual, que es el contenido tras la norma de reenvío respecto de "los demás actos que la ley le permita". Bajo esta locución, la norma catalana alberga una remisión a todas aquellas disposiciones que hagan referencia o legitimen al niño, niña o adolescente, de acuerdo con su edad y capacidad natural, para actuar con total independencia y libertad.

Por tanto, también en estos casos de competencias especiales expresamente reconocidas por la ley, actúa el presupuesto básico informador de toda la normativa catalana en materia de capacidad, cual es la aptitud de entendimiento y juicio del individuo - en nuestro caso una persona menor de edad -; e interviene negativamente, en forma que si bien el menor de edad puede, como norma general, efectuar los actos a que la ley le autoriza de acuerdo con su edad, estos actos serán impugnables en la medida en que se pruebe que, no obstante aquélla, el menor no reunía en concreto las aptitudes mentales para expresar su verdadero y válido consentimiento.

Ahora bien, como en estas ocasiones existe una regla especial atributiva de capacidad, que implica, en definitiva, una presunción *in abstracto* de que un menor de edad, en condiciones normales, llegado un determinado momento cronológico reunirá las condiciones de intelecto y raciocinio suficientes para actuar de manera autónoma con plena eficacia jurídica, será quien pretenda y alegue la invalidez del negocio jurídico a quien le corresponda correr con la carga de la prueba de la ineptitud del menor de edad para emitir una válida declaración de voluntad.

XXX

Cabría sugerir la inclusión en el Código civil español de un texto similar al contenido tanto en el artículo 7.1.b) del Código del Derecho Foral de Aragón de 2011, como en el artículo 211-5 apartado b) del Código civil de Cataluña, por los que se habilita al menor no emancipado para efectuar por sí mismo, según su edad y capacidad natural, los actos relativos a bienes o servicios propios de su edad - lo que comprendería otorgar y concluir con plena eficacia las operaciones y actividades económicas propias de su vida diaria -, de conformidad con los usos sociales.

En un sentido similar, e incluso con anterioridad a las propuestas catalana y aragonesa, se pronunciaron ya algunos autores españoles a inicios de la década de los años noventa del pasado siglo, al anunciar en sus trabajos algunas de las ventajas que supondría la inclusión en el Código civil de 1889 de una regla de excepción a la representación legal de los progenitores, o en su defecto del tutor, similar a la apuntada por los artículos 389.3 y 450 del Código civil francés, que estipulan el cese de dicha facultad representativa en los casos en los que la Ley o el uso autoricen al menor a obrar por sí mismo.

Sin restar méritos al citado antecedente francés, lo cierto es que al referenciar el sector o el ámbito de intervención propio de los menores no emancipados que se contiene dentro de la categoría o expresión "*de acuerdo con los usos sociales*", las versiones ofrecidas por el Parlamento de Cataluña y las Cortes aragonesas, nos parecen más evolucionadas y más en sintonía y conexión con la filosofía emanada de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La gran novedad, pues, yace en la original visión que de la infancia y la adolescencia nos brindan estas dos disposiciones autonómicas, que trascienden de las instituciones privadas de protección de la persona - potestad o autoridad familiar y tutela -. El menor de edad no emancipado deja, por tanto, de ser contemplado como un ser absolutamente inerte o dependiente de sus representantes legales - de ahí que tradicionalmente se articulara su ámbito de autonomía como una mera excepción a la regla general de la representación legal que sobre él ostentan sus progenitores o tutor -, y se configura, por el contrario, como un agente social activo, al cual se le viene a reconocer un espacio de intervención individual propio e independiente.

XXXI

De la lectura del artículo 1.263 del Código civil español no puede, en forma alguna, extraerse o derivarse una regla o principio general que determine, salvo las excepciones previstas por la propia ley, la incapacidad de obrar de las personas menores no emancipadas. En primer lugar, este precepto se limita a recoger una incapacidad "legal" o "jurídica" para contratar, o para prestar el consentimiento contractual. De esta forma, y en la misma medida que las declaraciones de voluntad emitidas por menores de edad son valoradas en relación con múltiples actos en el ordenamiento jurídico, ya sean de carácter personal o patrimonial, el ámbito de las

relaciones contractuales no deja de ser uno más y, por ende, nada justifica que sea tomado como el modelo a seguir y se aplique a cualquier declaración de voluntad intervivos.

Así entendido, el artículo 1.263 del Código civil tan sólo identifica un supuesto específico de restricción de la capacidad de obrar en interés de la persona afectada por el estado civil de la minoría de edad, sin entrar, por tanto, a prejuzgar nada acerca de la existencia, o no, de la aptitud de entender y querer - capacidad natural - del interviniente menor.

Además, el artículo 1.263 del Código civil únicamente incide, y así debe de ser por cuestiones de ubicación sistemática, en aspectos de carácter patrimonial, obviando por completo cualquier tipo de mención a circunstancias relacionadas con la persona. Si bien es cierto que tradicionalmente las disposiciones del Código civil se han preocupado más por cuestiones de índole económica, por preservar los bienes y derechos de los que el menor de edad es titular, que no por asuntos vinculados con contenidos más íntimos o individuales del sujeto, ello no es razón o argumento suficiente que justifique la generalización a todo el sistema de la visión un tanto reduccionista y paternalista que domina desde antaño el sentido del mentado precepto.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABA CATOIRA, Ana

- "La protección de los derechos de los menores ante las nuevas tecnologías. Internet y redes sociales" en Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.): Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. *Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia*, págs. 486 y ss.

ABBAGNANO, Nicola y VISALBERGHI, Aldo

- "Historia de la Pedagogía". *Madrid, 1988, Ed. Fondo de Cultura Económica*, págs. 655 y ss.

ABEL LLUCH, Xavier

- "Algunas consideraciones sobre el derecho de información, el derecho a la intimidad, el derecho a la autonomía y el consentimiento informado. Artículos 1 a 7 de la Ley de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y autonomía del paciente, y la documentación clínica", en *Revista Jurídica de Cataluña, núm. IV, 2002*, págs. 1061 y ss.

- "El derecho de información sanitaria" en *Revista La Ley, núm. 5698, de 16 de diciembre de 2003*, págs. 45 y ss

- "El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en 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" en Abel Lluch, Xavier (Dir.): *El Juez civil ante la investigación biomédica. Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 43 y ss.

ABELLÁN SALORT, José Carlos

- Bioética, autonomía y libertad. *Madrid, 2006, Ed. Fundación universitaria española.*

- La praxis del consentimiento informado en la relación sanitaria: aspectos biojurídicos. *Madrid, 2008, Ed. Difusión jurídica y temas de actualidad.*

- "La recepción del principio de autonomía en el bioderecho español" en Berrocal Lanzarot, Ana Isabel y Abellán Salort, José Carlos: Autonomía, libertad y testamentos vitales. *Madrid, 2009, Ed. Dykinson, págs. 65 y ss.*

ADROHER BIOSCA, Salomé

- "La protección de los menores inmigrantes, refugiados y desplazados en el Derecho español" en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm.15, Enero-Diciembre 1999, págs. 59 y ss.*

AGENCIA ESPAÑOLA DE MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

- Subdirección General de Medicamentos de Uso Humano. Área de Ensayos Clínicos. Ministerio de Sanidad y Consumo: Aclaraciones sobre la aplicación de la normativa de ensayos clínicos con medicamentos de uso humano a partir del 1 de mayo de 2004. *Versión núm. 6, mayo 2008.*

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

- Memoria de actividades del año 2000.

- Informe jurídico 409/2004, acerca del acceso por el titular de la patria potestad a las historias clínicas de los menores.

- Informe jurídico 466/2004, acerca del consentimiento otorgado por menores de edad.

- Informe jurídico 0114/2008, acerca de la comunicación de los informes médicos de los menores a los padres.

- Resolución R/00284/2008, en la que se plantea un problema de acreditación de la edad de un menor de 14 años.

- Resolución R/01349/2008, en la que se presenta el caso de una compañía de telefonía móvil que ha inscrito a una menor de trece años en un fichero de morosos por impago de una factura.

- Informe jurídico 0477/2009, relativo a las medidas de seguridad aplicables al campus virtual de un centro escolar.

- Informe jurídico 0194/2009, relativo a la publicación no consentida en la página web de un centro escolar de fotos de una alumna con motivo de la realización de diversas actividades extraescolares.

- Informe jurídico 0046/2010, en que se resuelve una controversia relacionada con el tratamiento de datos personales de los menores de edad a los que se facilita una tarjeta de fidelización.

AGRA VIFORCOS, Beatriz; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto y TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo

- "Peculiaridades de la relación de trabajo de los menores" en Arias Domínguez, Ángel: *El contrato de trabajo. Volumen II. Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades. Pamplona, 2011, Ed. Thomson Reuters*, págs. 85 y ss.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç

- "La Ley catalana de servicios sociales: ¿nuevos derechos de ciudadanía en el Estado autonómico?" en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 7, octubre de 2008, págs. 196 y ss.

AGUDO ZAMORA, Miguel Jesús

- "Menores" en Muñoz Machado, Santiago y Rebollo Puig, Manuel: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas*, págs. 99 y ss.

AGUILÓ BENNÀSSAR, Lourdes

- "Comentarios al artículo 30.15 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares" en Blasco Esteve, Avelino (Dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas*, págs. 26 y ss.

AGUINAGA ROUSTAN, Josune y COMAS ARNAU, Domingo

- "Infancia y adolescencia: la mirada de los adultos". *Madrid, 1991, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales*, págs. 10 y ss.

AJA FERNÁNDEZ, Eliseo

- "Informe sobre la situació dels menors immigrants del carrer a Barcelona". *Barcelona, 2001, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i la Família*, págs. 5 y ss.

- "Educación obligatoria e inmigración. Marco jurídico" en F., Carbonell (Coord.), "Educación e inmigración. Los retos educativos de la diversidad cultural y la exclusión social". *Barcelona, 2000, Ed. Fundació Jaume Bofill*, págs. 57 y ss.

ALÁEZ CORRAL, Benito

- Minoría de edad y Derechos fundamentales. *Madrid, 2003, Ed. Tecnos*.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, Mariano

- Código civil. Doctrina y jurisprudencia. *Tomo I. Volumen II - artículos 90 a 332 del Código civil -*. *Madrid, 1995, Ed. Trivium*.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel

- Derecho Civil I. Introducción y parte general. Introducción y derecho de la persona. Vol. I. *Decimocuarta edición. Zaragoza, 1996, Ed. Bosch, Barcelona*.

- Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. *Octava edición. Zaragoza, 1997, Ed. Bosch*.

ALBERTÍ I ROVIRA, Enoch

- "El proceso de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Garrido Mayol, Vicente (Dir.): Modelo de Estado y reforma de los Estatutos. *Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta*, págs. 267 y ss.

ALCALDE PRIETO, Domingo

- Curso teórico-práctico, sinóptico bibliográfico de Derecho civil español, común y foral. *Valladolid, 1880, Ed. Librería Nacional y Extranjera de los hijos de Rodríguez.*

ALEXANDRE-BIDON, Danièle

- Les enfants au Moyen Age, Ve-Xve siècles. *Poitiers, 1997, Ed. Hachette Littératures.*

ALLIDIÈRE, Noemí

- "La infancia: ¿una categoría psicosociológica problemática?", en *Perspectiva i diversitat*, núm. 6, Junio 1999, págs 1 y ss.

ALMAGRO NOSETE, José

- "Comentarios a los artículos 1.263 y 1.264 del Código civil español" en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.): *Comentario del Código civil. Tomo VI. Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A, págs. 629 y ss.*

ALONSO CRESPO, Evila

- Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos. *Formularios. Anexos. Las Rozas (Madrid), 2004, Ed. La Ley Actualidad.*

ALONSO OLEA, Manuel y FANEGO CASTILLO, Fernando.

- Comentarios a 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. *Madrid, 2003, Ed. Thomson Civitas.*

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia

- Derecho del Trabajo. *Vigésimoquinta edición. Madrid, 2006, Ed. Thomson Civitas.*

ALONSO PÉREZ, Mariano

- "Reflexiones sobre el valor y el concepto de la persona en el Derecho civil de España" en *Anuario de Derecho Civil, Vol. 36, núm. 4, 1983*, págs. 1121 y ss.

- "La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras", en *Actualidad Civil, núm. 2, Enero 1997*, págs. 27 y ss.

ALONSO PÉREZ, María Teresa

- "Acerca del prohijamiento en el Derecho navarro" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 12, julio-diciembre 1991*, págs. 135 y ss.

ALONSO SÁNCHEZ, Beatriz

- "La legislación autonómica en materia de instituciones de protección de menores: tutela "ex lege", guarda asistencial y acogimiento" en *Revista Jurídica de Castilla La-Mancha, núm. 23, 1998*, págs. 43 y ss.

ALONSO SECO, José Maria y GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo

- La asistencia social y los servicios sociales en España. *Madrid, 1997, Ed. Boletín Oficial del Estado.*

ALSTON, Philip

- "The best interest of the child. Towards a Synthesis of children's rights and cultural values", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF, *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca*, págs. 257 y ss.

- The best interests of the child. Reconciling culture and human rights. *Oxford, 1994, Ed. Clarendon Press*, págs. 2 y ss.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique

- Reforma constitucional y reformas estatutarias. *Madrid, 2007, Ed. Iustel*

ÁLVAREZ PRIETO, Luis

- "Breves acotaciones a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, enero 2003, págs. 4 y ss.

ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino

- Instituciones de Derecho Romano. III. Personas físicas y colectivas en el Derecho Romano. *Madrid, 1977, Ed. Revista de Derecho Privado*.

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel

- La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español. *Madrid, 1994, Departamento de Publicaciones Universidad Pontificia Comillas*.

- "La política familiar en el marco de las competencias y la organización autonómica en España" en Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.): La reforma de los Estatutos de Autonomía. *Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch*, págs. 174 y ss.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar

- Comentario sistemático a la Constitución española de 1978. *Madrid, 1978, Ed. Ediciones del Foro*.

ALZATE PIEDRAHITA, María Victoria

- "Concepciones e imágenes de la infancia" en *Revista de Ciencias Humanas*, núm. 28, junio de 2001, págs. 3 y ss.

- "El descubrimiento de la infancia: historia de un sentimiento" en *Revista de Ciencias Humanas*, núm. 30, febrero de 2002, págs. 9 y ss.

AMAT I LLARI, Eulalia

- "El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de marzo de 2001" en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm.2, 2003, págs. 12 y ss.

AMORES CONRADI, Miguel Ángel

- "Comentario al artículo 12 de la Constitución española" en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.): Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario. *Toledo, 2009, Ed. Fundación Wolters Kluwer*, págs. 225 y ss.

ANTÚNEZ ESTÉVEZ, Fernando

- "Los ensayos clínicos" en Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.): Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. *Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters*, págs. 627 y ss.

APARICIO WILHELMI, Marco y PISARELLO PRADOS, Gerardo

- "El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos? en *El Clip, núm. 42, Instituto de Estudios Autonómicos, 2007*, págs. 14 y ss.

APARICIO WILHELMI, Marco; JARIA, Jordi y PISARELLO PRADOS, Gerardo

- "Los derechos y principios del ámbito civil y social en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Aparicio, Miguel Ángel (Ed.): Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía. *Barcelona, 2008, Ed. Atelier*, págs. 47 y ss.

APILLUELO MARTÍN, Margarita

- La relación de trabajo del menor de edad. *Madrid, 1999, Ed. Consejo Económico y Social*.

ANTONIO ESCUREDO, José

- Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas. *Madrid, 1995*.

ARAMBURO MACHADO, Mariano

- La capacidad civil. Estudio de las causas que la determinan, modifican y extinguen, según la filosofía del Derecho, la historia de la legislación y el Derecho vigente en España. *Segunda edición. Madrid, 1931.*

ARANGO VILA-BELDA, Joaquín

- Actitudes y opiniones de los españoles ante la infancia. *Madrid, 1991, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas.*

ARCE Y FLORES VALDÉS, Joaquín

- "El abandono y su declaración judicial - en el orden a la adopción de menores abandonados -" en *Revista de Derecho Privado, 1978*, págs. 351 y ss.

- El Derecho civil constitucional. *Madrid, 1986, Ed. Cuadernos Civitas.*

ARCHARD, David

- Children Rights and childhood. *London, 1993, Ed. Routledge.*

ARELLANO GÓMEZ, Francisco Javier

- "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 612, septiembre-octubre 1992*, págs. 2104 y ss.

ARIAS RAMOS, José

Derecho Romano. *Decimoctava edición Madrid, 1994, Ed. Editoriales de Derecho Reunidas.*

ARIAS RAMOS, José y ARIAS BONET, Juan Antonio

- Derecho Romano I. Parte general. Derechos reales. *Madrid, 1995, Ed. Revista de Derecho Privado.*

- Derecho Romano II. Obligaciones. Familia. Sucesiones. *Madrid, 1995, Ed. Revista de Derecho Privado.*

ARIÈS, Philippe

- Centuries of Childhood: a social history of family life. *New York, 1962, Ed. New York Publishers.*

- "The discovery of childhood" en Jenks, Chris (Ed.): The sociology of childhood. Essential readings. *London, 1982, Ed. Gregg Revivals, págs. 27 y ss.*

- El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, versión castellana de Naty García Guadilla. *Madrid, 1987, Ed. Taurus.*

- "From immodesty to innocence" en Jenkins, Henry (Ed.): The children's culture reader. *New York, 1998, Ed. New York University Press, págs. 41 y ss.*

ARISTÓTELES

- Política. *Madrid, 1951. Ed. Instituto de Estudios Políticos.*

- "Política", lib. VII, Obras. *Madrid, 1964. Ed. Aguilar, pág. 1557 y ss.*

ARTÍCULO 29 (Grupo Internacional de trabajo)

- Grupo de trabajo sobre protección de datos: Dictamen 2/2009, de 11 de febrero, sobre la protección de datos de los niños - Directrices generales y el caso especial de los colegios -.

ARRESE FERNÁNDEZ, Alex

- La sabiduría del Talmud. *Palma de Mallorca, 2002, Ed. José J. de Olañeda.*

ARROYO ZAPATERO, Luís

- "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización" en Estudios Penales y Criminológicos, Tomo XI, 1988, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, págs. 14 y ss.

ASENCIO MELLADO, José María

- Derecho Procesal Civil, parte segunda. *Segunda edición. Valencia, 2000, Ed. Tirant lo Blanch.*

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel

- La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia. *Madrid, 2006, Ed. Tecnos.*

AUBRY, Charles-Philippe

- Cours de Droit civil Français. *París, 1897, Ed. Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence.*

AUNÓS PÉREZ, Antonio

- El Derecho catalán en el siglo XIII. *Barcelona, 1926, Ed. Helios.*

AZPEITIA ESTEBAN, Mateo

- Los menores aragoneses y sus instituciones de edad ante los Fueros, Observancias y el Código civil. *Zaragoza, 1903, Ed. Tipografía de M. Sevilla.*
- El Proyecto de Apéndice al Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Comentarios y problemas. *Madrid, 1924, Ed. Reus S.A.*

BADOSA COLL, Ferran

- Manual de Dret Civil Català. *Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons.*
- "La persona física" en Badosa Coll, Ferran (Dir.): Manual de Dret Civil Català. *Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 142 y ss.*
- "El derecho civil catalán. Los hechos jurídicos. Las personas" en Martínez-Simancas Sánchez, Julián y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dirs.): Derechos civiles de España. Vol. II. *Madrid, 2000, Ed. Aranzadi, págs. 572 y ss.*
- "La potestat del pare i de la mare" en Hernández-Moreno, Alfonso y Villagrasa Alcaide, Carlos (Coords.): El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya. *Barcelona, 2000, Ed. Cedecs, págs.313 y ss.*
- "Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar - Un estudio sobre el artículo 1.263 del Código civil -" en Centenario del Código civil. Tomo I. *Madrid, 1990, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 192 y ss*

- "La protección de menores en el Derecho Catalán. De la *guarda y educación* del menor a la *crianza y formación* del niño y del adolescente" en Espiau Espiau, Santiago (Eds.): Protección de menores, acogimiento y adopción. *Barcelona, 1999, Ed. Marcial Pons*, págs. 29 y ss.

BAJO, Fe y BETRÁN, José Luís

- Breve historia de la infancia. *Madrid, 1998, Colección Historia, Ed. Temas de Hoy S.A.*

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

- Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas. *Madrid, 1991, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.*

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco

- "Las cuestiones competenciales en los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía" en *Revista General de Derecho Constitucional, núm. 1, junio 2006*, págs. 4 y ss.

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa

- "Reformas estatutarias y reconocimiento de Derechos" en *Revista General de Derecho Constitucional, núm.5, abril 2007*, págs. 2 y ss.

BALANA ASURMENDI, María Jesús

- "Autonomía de la voluntad del paciente menor de edad en Navarra" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 48, julio-diciembre 2009*, págs. 189 y ss.

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María

- El desamparo y la tutela automática de las Entidades Públicas. *Madrid, 1997, Ed. Tecnos.*

- "Comentario al artículo 162 del Código civil español" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): Comentarios al Código civil. *Segunda edición. Pamplona, 2006, Ed. Aranzadi*, págs. 302 y ss.

BASILE, Silvio

- "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas" en Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (Dir.): La Constitución española de 1978. Estudio sistemático. *Segunda edición. Madrid, 1980*, págs. 278 y ss.

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles y PASCUAL MEDRANO, Amelia

"La nueva legislación riojana sobre defensa y protección del menor" en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 12, 2007, págs. 50 y ss.

BARRENCHEA SUSO, Jon y FERRER LÓPEZ, Miguel Ángel

El Estatuto de los Trabajadores. Comentado y concordado con legislación complementaria y jurisprudencia. *Bilbao, 1995, Ed. Deusto.*

BARUDY, Jorge

- El dolor invisible de la infancia. Una lectura ecosistémica del maltrato infantil. *Barcelona, 1998, Ed. Paidós.*

BARUDY, Jorge y DANTAGNAN, Maryorie

- Los buenos tratos a la infancia. Parentalidad, apego y resiliencia. *Barcelona, 2006, Ed. Gedisa.*

BATLE I BASTARDAS, Joan

- "Participación y promoción de la infancia", ponencia dentro de las Jornadas técnicas "La infancia: nuevo sujeto social", celebradas en Coslada en 1994. *Coslada, 1995, Ed. Ayuntamiento de Coslada, págs. 26 y ss.*

BATOLOMÉ CENZANO, José Carlos (de)

- Derechos fundamentales y libertades públicas. *Valencia, 2003, Ed. Tirant lo Blanch.*

BAYOD LÓPEZ, Carmen

- "Derechos de la personalidad de los menores en Aragón. Referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos" en *Cuadernos Lacruz Berdejo, núm. 5, 2008, págs. 12 y ss.*

BECCHI, Egle y JULIA, Dominique

- Historire de l'enfance en Occident. De l'antiquité au XVII siècle. Tomo I, *París, 1998, Ed. Seuil.*

BEL BRAVO, María Antonia

- "La familia en la historia", *Madrid, 2000, Ed. Encuentros ediciones, págs. 126 y ss.*

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís

- "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica" en *Revista de Derecho y Salud. Extraordinario XV Congreso, Vól. XIV, 2006*, págs.19 y ss.

BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, José

- Construcción jurídica de los derechos de la personalidad (Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 29 de marzo de 1976). *Madrid, 1976, Ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.*

BELTRÁN VILLALBA, Miguel

- La realidad social. *Segunda edición. Madrid, 2003, Ed. Tecnos.*

BENAZ URROZ, Mariano

- "La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado" en González Salinas, Pedro y Lizarraga Bonelli, Emilia (Coords.): *Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Madrid, 2004, Ed. Thomson Civitas*, págs. 79 y ss.

BENAVENTE MOREDA, Pilar

- "Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia" en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, págs. 11 y ss.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco

- "Reproducción asistida no consentida. Algunas notas críticas acerca dl artículo 162 del Código Penal español" en Romeo Casabona, Carlos María (Ed.): *Genética y Derecho penal. Previsiones en el Código Penal español de 1995. Bilbao-Granada, 2001, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano-Comares*, págs. 197 y ss.

BENYEKHLEF, Karim; COUTURE-MÉNARD, Philippe–Antoine y PAQUETTE-BELÁNGER, Emmanuelle

- "Menores, redes sociales y el derecho al olvido" en Piñar Mañas, José Luís (Dir): *Redes sociales y privacidad del menor. Madrid, 2011, Ed. Fundación Solventia*, págs. 69 y ss.

BERCOVITZ y RODRÍGUEZ – CANO, Rodrigo

- *Derecho de la persona. Madrid, 1976, Ed. Montecorvo.*

- "Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil" en "Comentarios a las reformas del Derecho de Familia", Vol. 2º, *Madrid, 1984, Ed. Tecnos*, págs. 1047 y ss.

"Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo III, Vol. 2º, *Madrid, 1982, Ed. Revista de Derecho Privado*, págs. 146 y ss.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán

- "Comentario al artículo 1.263 del Código civil español" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Comentarios al Código civil. Segunda edición. Pamplona, 2006, Ed. Aranzadi*, págs. 1513 y ss.

BERMAN, León

- "Leyendas del Talmud y del Midrás". *Barcelona, 2002. Ed. Riopiedras*, págs. 123 y ss.

BERMEJO VERA, José

- Derecho administrativo. Parte especial. *Sexta edición. Madrid, 2005, Ed. Thomson Civitas*.

BERNUZ BENEITEZ, María José

- "Protección de los derechos de la infancia y prevención de la delincuencia juvenil" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 16, junio de 200, págs. 17 y ss.

BETANCOURT SERNA, Fernando

- Derecho Romano clásico. *Sevilla, 1995, Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla*.

BATLLE VÁZQUEZ, Manuel

- "Estudio sobre la regla de determinación o cómputo de la edad en la legislación civil" en *Revista de Derecho Privado*, 1933, págs. 79 y ss.

BETTI, Emilio

- Teoría general del negocio jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho español por A. Martín Pérez. *Madrid, 1890, Ed. Revista de Derecho Privado*.

BEYOD LÓPEZ, María del Carmen

- Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas. *Zaragoza, 1995, Ed. Institución "Fernando el Católico" de la Diputación de Zaragoza*.

BEVAN, Hugh Keith

- *Child Law. London, 1989, Ed. Butterworths.*

BLANC ALTEMIR, Antonio

- *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Barcelona, 1998, Ed. Icaria. Antrazyt.*

BLASCO GASCÓ, Francisco de Pablo

- "El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de régimen económico matrimonial valenciano" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, julio-diciembre 2008*, págs. 45 y ss.

BO JANÉ, Marta y CABALLERO RIBERA, Mónica

- "El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?", en *Revista jurídica La Ley, núm. 4166, Noviembre 1996*, págs. 73 y ss.

BOLETÍN DE NOTICIAS de CRIN

- *Red de Información sobre los Derechos del Niño, núm. 15, marzo de 2002.*

BOND, Tina; BLACK, Jill y BRIDGE, Jane

- *Family Law. London, 1999, Ed. Blackstone Press.*

BONET RAMÓN, Francisco

- "Derecho público y Derecho privado" en *Revista de Derecho Privado, núm. 39, julio-agosto 1955*, págs. 648 y ss.

BONFILS, Philippe y GOUTTENOIRE, Adeline

- Droit des mineurs. *Paris, 2008, Ed. Dalloz.*

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría

- "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, *Revista Jurídica de Cataluña, núm. 4, 1994, págs. 976 y ss.*

BORRÁS LLOP, José María

- "Zagales, pinches, gamines. Aproximaciones al trabajo infantil" en Borrás Llop, José María (Dir.): Historia de la infancia en la España contemporánea 1834-1936. *Madrid, 1996, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 237 y ss.*

BOSCH MARÍN, Juan y BLANCO OTERO, Manuel

- Derecho infantil y familiar español. *Madrid, 1945, Ed. Gráficas González.*

BROCÀ i MONTAGUT, Guillem M.

- Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. *Barcelona, 1985, Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.*

BROMLEY, Peter Mann

- Bromley's Family Law. *Séptima edición. London, 1987, Ed. Butterworths.*

BRULLET TENAS, Cristina

- "Relaciones familiares y autoridad" en Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.): Informe 2004. Infància, famílies i canvi social a Catalunya. *Barcelona, 2005, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà*, págs. 68 y ss.

BRULLET TENAS, Cristina y TORRABADELLA GARCÍA, Laura

- "Infants i famílies. Situacions i condicions de vida" en Gómez-Granell, Carme et al. (Coord.): La infància i les famílies als inicis del segle XXI. *Barcelona, 2002, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà*, págs. 29 y ss.

BRUNER, Jerome Seymour,

- Acción, pensamiento y lenguaje. *Madrid, 1984, Ed. Alianza.*

BUCHER, Andreas

- L'enfant en Droit international privé. *Genève, 2003, Ed. Helbing y Lichtenhahn.*

BUCKINGHAM, David

- Crecer en la era de los medios electrónicos. Tras la muerte de la infancia. *Madrid, 2002, Ediciones Morata S.L.*

BUIRETTE-MAURAU, Patricia

- "Réflexions sur la Convention internationale des Droits de l'Enfant", en *Revue belge de droit international*", núm. 1, Vol. XXIII, 1990, págs. 35 y ss.

BUQUICCHIO-DE BOER, Maud

- "The impact of the European Convention on Human Rights on the rights of the children", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca*, págs. 99 y ss.

BURMAN, Erika

- *Deconstructing Developmental Psychology. London, 1994, Ed. Routledge.*

BURT, Robert

- "El tratamiento de menores sin el consentimiento de los padres" en Beloff, Mary: *Derecho, infancia y familia. Barcelona, 2000, Ed. Gedisa*, págs. 115 y ss.

BUTTARELLI, Giovanni

- "Los menores y las nuevas tecnologías" en Piñar Mañas, José Luís (Dir): *Redes sociales y privacidad del menor. Madrid, 2011, Ed. Fundación Solventia*, págs. 23 y ss.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco

- "Sí pueden. Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79. Enero - abril 2007, págs. 33 y ss.

CABALLERO LOZANO, José María

- "La capacidad asociativa del menor de edad" en Cabanillas Sánchez, Antonio et. al. (Coords.): *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte general. Madrid, 2003, Ed. Thomson Civitas*, págs. 159 y ss.

CABAÑAS POVEDA, Carmen

- "Proceso especial sobre impugnación de resoluciones administrativas en materia de protección de menores" en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*", núm. 9, enero 2001, págs. 28 y ss.

CABEDO MALLOL, Vicente

- Marco constitucional de la protección de menores. *Madrid, 2008, Ed. La Ley.*

CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel

- "Cataluña. Crónica sobre el actual proceso de reforma del Estatuto de Autonomía" en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio, 2006, págs. 11 y ss.

- "La regulación de los derechos: el papel del Estado y las Comunidades Autónomas a partir del artículo 149.1 de la Constitución española" en *Estado compuesto y derechos de los ciudadanos. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos*, págs. 83 y ss.

- "La relación derechos-estado autonómico en la sentencias sobre el Estatuto valenciano" en *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 7, octubre 2008, págs. 45 y ss.

CACHÓN VILLAR, Pablo

- "Comentarios al artículo 39 de la Constitución" en Casas Baamonde, María Emilia y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel (Dirs.): *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario. Toledo, 2009, Ed. Fundación Walters Kluwer*, págs. 1004 y ss.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luís y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier

- Derecho Internacional Privado, Vol.1º. *Segunda edición. Granada, 2000, Ed. Comares.*

- "Problemas de secuestro internacional de menores", en *Actualidad Civil*, núm. 21, Mayo 1998, págs. 71 y ss.

CALVO GARCÍA, Manuel

- "Transformaciones del Derecho civil" en Universidad de Zaragoza. Facultad de Derecho. Área de Derecho civil (Coord.): Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. II. *Barcelona, 1993, Ed. José María Bosch Editor, S.A*, págs. 1027 y ss.

CAMACHO EVANGELISTA, Fermín

- Curso de Derecho Romano. *Granada, 1990, Ed. Impredisur, S.L.*

CÁMARA BOTÍA, Alberto

- "Viejas y nuevas perspectivas sobre el trabajo infantil" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 122, abril-junio 2004, págs. 227 y ss.

CAPARRÓS CIVERA, Neus y JIMÉNEZ-AYBAR, Iván

- El acogimiento familiar. Aspectos jurídicos y sociales. *Madrid, 2001, Ed. Rialp.*

CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón

- Fruta prohibida. *Madrid, 1997, Ed. Trotta.*

CARBAJO GONZÁLEZ, Julio

- "La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos" en *Actualidad Civil*, núm. 44, noviembre-diciembre de 1992, págs. 53 y ss.

CARBONNIER, Jean

- "Comment. S. Cour d'Appel Paris, 10 abril 1959", en *Dalloz*, 1960, págs. 673 y ss.

CARRERAS, Mercedes

- "Los derechos del niño: de la Declaración de 1959 a la Convención de 1989" en Ballesteros, Jesús (Ed.): *Derechos Humanos: concepto, fundamentos, sujeto. Madrid, 1992, Ed. Tecnos*, págs. 189 y ss.

CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Carmen

- "Los derechos de los niños y las actuaciones administrativas protectoras" en *Publicaciones de la Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía*, marzo 2010, págs. 1 y ss.

CARRILLO LÓPEZ, Marc

- "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la definición de las competencias. Las competencias exclusivas, las compartidas y las ejecutivas" en Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.): *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya*, págs. 273 y ss.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio

- "Procedimientos para la protección de los derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca*, págs. 93 y ss.

CASADO CARRASCO, Luís y ZABARTE DE AGUIRRE, María Eugenia

- "Reflexiones en torno al diseño de una política de bienestar social" en *Revista de Seguridad Social*, núm. 19, 1983, pág. 147 y ss.

CASAS AZNAR, Ferran

- Infancia: perspectivas psicosociales. *Barcelona, 1998, Ed. Paidós*.

- "Infancia y representaciones sociales" en *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 1, 2006, págs. 29 y ss.

CASAS AZNAR, Ferran y SAPORITI, Angelo

- Tres miradas a los derechos de la infancia. Estudio comparativo entre Cataluña y Molise. *Madrid, 2005, Ed. Plataforma de Organizaciones de Infancia*.

CASTÁN TOBEÑAS, José

- Derecho civil español, común y foral. Tomo I. Introducción y parte general. *Madrid, 1984, Ed. Reus S.A.*

CASTÁN VÁZQUEZ, José María

- "La Resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica" en *Revista de Derecho Privado*, enero 1973, págs. 6 y ss.

- "La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 534, septiembre-octubre 1979, págs. 2 y ss.

- "Comentarios al artículo 162 del Código civil español" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo III, Vol. II. Madrid, 1986, Ed. Edersa, págs. 4 y ss.

CASTELLS CUIXART, Paulino

- La familia ¿está en crisis? *Barcelona, 1996, Ed. Columna.*

CATALÀ I BAS, Alexandre

- "La inclusión de una carta de derechos en los Estatutos de Autonomía" en *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 4, julio-diciembre, 2005, págs. 201 y ss.

CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria y EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta

- "Los derechos políticos y ante la administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Aparicio, Miguel Ángel (Ed.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona, 2008, Ed. Atelier, págs. 121 y ss.

CASTRO LUCINI, Francisco

- "La adopción en la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña" en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 70 y ss.

- "Los derechos sucesorios del hijo adoptivo" en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 618 y ss.

CAVAS MARTÍNEZ, Faustino

- "La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía" en *Aranzadi Social*, 2007-V, págs. 882 y ss.

CENTRO DE INVESTIGACIONES INNOCENTI DE UNICEF

- Pobreza infantil en perspectiva. Un panorama del bienestar infantil en los países ricos. Report Card *núm. 7. Florencia, 2007, Ed. Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF.*

**CENTRO INTERNACIONAL DE ABOGADOS DE ESTRASBRUGO (CIAS)
y MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE JURISTAS CATÓLICOS (MIJC)**

- "La protección de los niños menores en el marco de la Convención europea de los derechos del hombre", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, *núm.1632, 1992*, págs. 2020 y ss.

CERDA GIMENO, José

- "De nuevo sobre la revisión del Derecho civil de Baleares: en especial del Libro III - Ibiza y Formentera - de la *Compilación de Derecho civil de Baleares*" en *Actualidad Civil*, *núm. 4, enero 1989*, págs. 267 y ss.

CERRO, Eduardo

- "La mayoría de edad de los españoles" en *Revista de Derecho Privado*, marzo 1979, pág. 257 y ss.

CHARLOT, Bernard

- La mystification pédagogique: réalités sociales et processus idéologiques dans la théorie de l'éducation. *Paris, 1977, Ed. Payot.*

CHAVELI DONET, Eduard y PICAZO SENTÍ, Pedro

- "El tratamiento de datos de menores: la necesidad del consentimiento paterno" en *Revista Electrónica de Derecho Informático*, núm. 56, marzo 2003, pág. 2 y ss.

CHUECA SANCHO, Ángel Gregorio

- "Las reservas a los Tratados de Derechos Humanos", Tomo XIX, *Documentación Jurídica. Ministerio de Justicia*, abril - junio 1992, págs. 331 y ss.

CHIARELLA, María Luisa

- Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato. *Sovera Mannelli, 2008, Ed. Rubbettino.*

CICU, Antonio

- Il Diritto de Famiglia. Teoria generale. *Bolonia, 1914, Ed. Universidad de Bolonia*

- Diritto civile della filiazione. *Bolonia, 1923-24, Ed. Universidad de Bolonia.*

CLAPARÈDE, Édouard

- Psicología del niño y pedagogía experimental. *Madrid, 1927, Ed. Francisco Beltrán.*

CLEMENTE, Rosa

- Inovação e modernidade no Direito de menores. A perspectiva da Lei de protecção de crianças e jovens em perigo. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 16, Coimbra, 2009, Ed. Coimbra Editora.*

COBAS CABIELLA, María Elena

- "El modelo social de la Comunidad valenciana. Una visión desde el Derecho" en *Revista de Derecho civil valenciano, núm.1, enero-marzo 2007, págs. 1 y ss.*

CODERCH MANAU, Secundino y CODERCH MIR, Salvador

- Tratado de la menor edad. *Barcelona, 1917, Ed. Librería de Agustín Bosch.*

CODINA i SOLÉ, Núria

- Análisis de la realidad social. Situaciones. *Barcelona, 1997, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).*

COLÁS ESCANDÓN, Ana

- "Comentarios a los artículos 1.300 a 1.303 del Código civil español" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Comentarios al Código civil. Segunda edición. Pamplona, 2006, Ed. Aranzadi, págs. 1322 y ss.*

- "Comentario al artículo 1.716 del Código civil español" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Comentarios al Código civil. Segunda edición. Pamplona, 2006, Ed. Aranzadi, págs. 1117 y ss.*

COLECTIVO DE PROFESORES DE SERVICIOS SOCIALES

- "Una mirada a puntos críticos de la nueva Ley de Servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social*, núm. 183, abril 2008, págs. 87 y ss.

COLEMAN, John

- "Adolescence in a changing world" en Jackson, Sandy y Rodríguez-Tomé, Hector (Eds.): *Adolescence and its social worlds. Hillsdale, 1993, Ed. Lawrence Erlbaum Associates*, pág. 251 y ss.

COMAS SÁBAT, Marta

- L'atenció als menors immigrants no acompanyats a Catalunya. Anàlisi de la realitat i propostes d'actuació, Col·lecció Finestra Oberta, núm. 19. *Barcelona, 2001, Ed. Fundació Jaume Bofill*.

COMAS CARABALLO, Daniel

- "El Derecho civil valenciano y la reciente reforma del Estatuto de Autonomía" en *Revista de Derecho civil valenciano*, núm. 3, enero-marzo 2008, págs. 2 y ss.

COMELLAS CARBÓ, Maria Jesús

- "La educabilidad del adolescente" en Callabed Carracedo, Joaquín; Comellas Carbó, M. Jesús y Mardomingo Sanz, M. Jesús (Eds.): *El entorno social, niño y adolescente. Familia, adolescencia, adopción e inmigración. Barcelona, 1998, Ed. Laertes*, págs. 63 y ss.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS

E/CN.4/1324, de 27 de diciembre de 1978.

COMITÉ BELGE POUR L'UNICEF

"Les droits de l'enfant: cela vous concerne aussi. Guide de formation sur les droits de l'enfant", Publication du Comité belge pour l'UNICEF. Bruxelles, 1998, págs. IV-1 y ss.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE CATALUÑA

- La persona menor de edad en el ámbito de la salud. *Noviembre, 2009.*

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

- "Informe Inicial presentado por la República Argentina con arreglo al artículo 44 de la Convención de los Derechos del Niño", CRC/C/8/Add.2, *de 23 de agosto de 1993*, págs. 29 y ss.

- "Initial Reports of States parties due in 1992: Indonesia", CRC/C/3/Add.10 and Add.26, *8 March 1994*, págs. 2 y ss.

- "Initial Reports of States parties due in 1994: United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland", CRC/C/11/Add.1, *28 March 1994*, Annex

- "Reservas, Declaraciones y Objeciones relativas a la Convención sobre los Derechos del Niño", CRC/C/2/Rev.8, *de 7 de diciembre de 1999*, págs. 331 y ss.

- "Informe periódico presentado por United Kingdom of Great Britain y Northern Ireland", CRC/C/83/Add.3, *de 25 de febrero de 2002*, págs. 34 y ss.

- Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al Informe presentado por España en virtud del artículo 44 de la Convención, *CRC/C/15/Add. 185, de 13 de junio de 2002.*

COMMAILLE, Jacques

- "L'enfant européen" en Gadbin, Daniel y Kernaleguen, Francis (Dirs.): Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen. *Bruselas, 2004, Ed. Bruylant*, págs. 26 y ss.

COMPAYRÉ, Gabriel

- *L'adolescence. Paris, 1999, Ed. Felix Alcan.*

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis

- Honor, intimidad e imagen: un análisis jurisprudencial de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Barcelona, 1996, Ed. Bosch.*

- "El consentimiento en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con especial referencia al prestado por menores e incapaces" en *la Ley, 1997-I*, págs. 1839 y ss.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

- "La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores o incapaces a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen" en *Revista General de Derecho, núm. 475-476, 1984*, págs. 664 y ss.

CONSEJO CONSULTIVO

- DE ANDALUCÍA

- Dictamen 72/2006, de 10 de marzo de 2006, sobre la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

- DE CANARIAS

- Dictamen 68/2006, de 30 de marzo de 2006, sobre la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Canarias.

- DE CASTILLA Y LEÓN

- Dictamen 713/2006, de 14 de septiembre de 2006: Consulta facultativa en relación con la reforma de la Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

- DE GALICIA

- Dictamen 782/2005, del 26 de enero de 2006: Consulta facultativa sobre determinados aspectos atinentes a la reforma del Estatuto de Autonomía de Galicia.

- DE CATALUÑA

- Dictamen nº. 195. Dictamen solicitado por el Parlamento de Cataluña, en relación al Dictamen de la Comisión de Política Social y las enmiendas y votos particulares reservados para defender en el pleno, sobre el Proyecto de Ley de atención y protección de la infancia y la adolescencia. *Ed. Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya.*

- Dictamen 269/2005, de 1 de septiembre de 2005, sobre la Propuesta de Ley orgánica por la que se establece el Estatuto de Autonomía de Cataluña y se deroga la Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, del Estatuto de Autonomía de Cataluña, las enmiendas y votos particulares reservados para defender en el pleno.

- DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

- Dictamen 93/2006, de 15 de junio de 2006: Consulta facultativa acerca de la reforma del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD DEL MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

- Acuerdo núm. 261, sobre el consentimiento informado, *de 6 de noviembre de 1995*.

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES

- Dictamen 13/2010, de 6 de julio, sobre el Proyecto de Ley del Libro II del Código civil de Cataluña - *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 763, de 7 de julio de 2010* -.

CORBELLA I DUCH, José

- "Sobre la constitucionalidad de las Leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas" en VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. I Reunión Iberoamericana del Derecho sanitario, celebrado en el Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid del 18 al 20 de octubre de 2001, págs. 89 y ss.

CORNÚ, Gerard

- Droit civil. La famille. *Paris, 2001, Ed. Montchrestien*.

CORRAL GARCÍA, Eduardo

- "El supuesto derecho de la mujer para decidir sobre su maternidad: una visión crítica" en *La Ley Penal*, núm. 69, marzo 2010, págs. 57 y ss.

CORRAL GARCÍA, Rosana

- "Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002: la negativa a una transfusión sanguínea a un menor de edad con el resultado de su muerte" en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, 2004, págs. 7 y ss.

CORRETJA I TORRENS, Mercè

- "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Ortega Álvarez, Luís (Dir.): La reforma del Estado Autonómico. *Madrid, 2005, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, págs. 123 y ss.

CORRETJA I TORRENS, Mercè y VIVER i PI-SUNYER, Carles

- "La reforma del Estatuto de Autonomía y las competencias de la Generalitat" en *Actividad Parlamentaria*, núm.7, enero 2007, págs. 27 y ss.

CORSARO, William

- The sociology of childhood. *Thousand Oaks, 1997, Ed. Pine Forge Press.*

CORTADA CORTIJO, Neus

- "Comentarios al artículo 212 del Código de Familia" en Egea y Fernández, Joan y Ferrer y Riba, Josep (Dirs.): Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. *Madrid, 2000, Ed. Tecnos*, págs. 901 y ss.

COSSÍO RODRÍGUEZ, Patricia (de)

- "El consentimiento informado" en Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dirs.): Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. *Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters*, págs. 408 y ss.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso

- "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los estados en el Derecho civil actual", en *Revista de Derecho Privado*, núm.310, Enero 1943, págs. 11 y ss.

- Instituciones de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Derecho de obligaciones. *Madrid, 1975, Ed. Alianza Universidad*.

- El dolo en el Derecho civil. *Granada, 2005, Ed. Comares*.

COTS I MONER, Jordi

- La Declaració Universal dels Drets de l'Infant. *Barcelona, 1979. Estudis. Rosa Sensat, Edicions 62*.

- "La necesidad de un ombudsman para la infancia", en *Revista de Trabajo Social*, núm.141, 1996, págs. 28 y ss.

- "Les nostres lleis sobre infància", en *Revista de Trabajo Social*, núm. 143, *Septiembre 1996*, págs. 8 y ss.

- "Els educadors defensors dels drets de l'infant", Conferencia de inauguración del curso 1997-1998, *Servicio de Publicaciones de la Universidad Autònoma de Barcelona, Barcelona, 1997*, págs. 10 y ss.

- "Los derechos humanos del niño", en Marzal, Antonio (Coord.), "Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto". *Barcelona, 1999, Ed. J.M. Bosch*, págs. 37 y ss.

COTS i MONER, Jordi y CUSÓ i TORELLÓ, Montserrat

- Això són els drets dels infants. *Barcelona, 1998, Ed. Mediterrania*.

COVIELLO, Incola

- Manuale di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Parte generale. *Milán, 1910, Ed. Società Editrice Libreria*.

CRAVEN-BARTLE LAMOTE DE GRIGNON, Jordi

- "La prestación del consentimiento informado por el paciente. Desde las exigencias legales a la práctica médica" en Abel Lluch, Xavier (Dir.): El Juez civil ante la investigación biomédica. *Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 129 y ss.

CRETNEY, Stephen Michael

- Principles of Family Law. *London, 1979, Ed. Sweet y Maxwell, Third edition*.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente

- Derechos de la personalidad, honor, intimidad personal y propia imagen en la jurisprudencia. *Madrid, 1995, Ed. Actualidad editorial*.

CRUZ VILLALÓN, Jesús

- Estatuto de los Trabajadores comentado. *Madrid, 2003, Ed. Tecnos*.

CUESTA AGUADO, María Paz (de la)

-La reproducción asistida humana sin consentimiento: aspectos penales (análisis del tipo objetivo del artículo 162 del Código Penal). *Valencia, 1999, Ed. Tirant Lo Blanch.*

CUESTA ARZAMENDI, José Luís (de la)

- "Genética y política criminal" en *International Review of Penal Law, Vol. 78*, págs. 552 y ss.

- "Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995" en *Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 5, julio-diciembre 1996*, págs. 72 y ss.

CUNNINGHAM, Hugo

- Trabajo y explotación infantil. Situación en la Inglaterra de los siglos XVII al XX. *Madrid, 1994, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*

CUTILLAS TORNS, José María

- "La petición en el proceso de la actualización de la pensión alimenticia y compensatoria: retroactividad o irretroactividad de sus efectos" en *Revista General del Derecho, núm. 658-659, Julio-Agosto 1999*, págs. 93 y ss.

CYRULNIK, Boris

- Los patitos feos. La resiliencia: una infancia infeliz no determina la vida. *Barcelona, 2002, Ed. Gedisa.*

D' ADDINO SERRAVALLE, Paola

- Atti di disposizione del corpo e tutela della persona umana. *Napoli, 1983, Ed. Scientifiche Italiane.*

D'AGUANO, José

- La reforma integral de la legislación civil. *Madrid, 2001, Ed. Analecta ediciones.*

DAGNINO, Francesco

- "Potestà parentale e diritto de visita", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. I, Enero 1975, págs. 48 y ss.

DAHLBERG, Gunilla; MOSS, Meter y PENCE, Alan

- Más allá de la calidad en educación infantil. Perspectivas posmodernas. Colección Biblioteca Infantil, núm. 10. *Barcelona, 2005, Ed. Graó.*

DAMON, William

- "Socialization and individuation" en Handel, Gerald (Ed.): *Childhood Socialization. New York, 1988, Ed. Aldine de Gruyter*, págs. 8 y ss.

DAVILA, Paulí y NAYA GARMENDIA, Luís María

- La infancia en la historia: espacios y representaciones. Tomo I. *Donostia, 2005, Ed. Espacio Universitario Erein*

DAVIS, Sandra y ROSENBLATT, Jeremy

- International child abduction. *London, 1993, Ed. Sweet & Maxwell.*

DE CÁRDENAS y ESPEJO, Francisco

- De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código civil. *Madrid, 1952, Ed. Establecimiento tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera.*

DE CARRERAS SERRA, Francesc

- "El proyecto de nuevo Estatuto de Cataluña" en Garrido Mayol, Vicente (Dir.): Modelo de Estado y reforma de los Estatutos. *Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta, págs. 283 y ss.*

DE CASTRO y BRAVO, Federico

- Derecho civil de España. Tomo I. Parte general. *Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos.*

- Derecho civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. *Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos.*

- "La Ley de 22 de julio de 1972 y el artículo 321 del Código civil" en *Anuario de Derecho Civil, 1972, págs. 937 y ss.*

- Derecho Civil de España. Tomo II. Derecho de la persona. *Segunda edición. Madrid, 1986, Ed. Civitas.*

DE DIEGO, Felipe Clemente

- Instituciones de Derecho civil español. Tomo I. Introducción. Parte general. Propiedad. Derechos reales. *Madrid, 1959, Ed. Artes gráficas Julio San Martín.*

- Instituciones de Derecho civil español. Tomo II. Derecho de obligaciones y contratos. *Madrid, 1959, Ed. Imprenta de Juan Pueyo.*

DE DIOS VIÉTEZ, María Victoria

- "Asistencia social y legislación civil en el ámbito de la protección de menores" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 43, enero-junio 2007, págs. 168 y ss.*

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel

- "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo III, Vol. 1º. *Madrid, 1984, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 408 y ss.*

DE LA PEÑA ROSINO, Paloma y BELOQUI URMENETA, Lucía

- "Los servicios sociales y su configuración en el Estado de las Autonomías" en *Revista de Seguridad Social, núm. 19, 1983, págs. 130 y ss.*

DE LA VÁLGOMA, María

- "Edades ciertas e inciertas en Derecho" en Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola. Tomo I. *Madrid, 2006, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, págs. 5 y ss.*

DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, José Luis

- Derecho civil español I. Parte General. Vol. II. *Salamanca, 1977, Ed. Universidad Pontificia.*

DE MARINO y GÓMEZ-SANDOVAL, Belén

- "Las adopciones transnacionales", en *Revista jurídica La Ley, núm. 4747, Marzo 1999 págs. 51 y ss.*

DE PABLO CONTRERAS, Pedro

- "Tres competencias del Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: asociaciones, fundaciones y centros de contratación de mercaderías y valores" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 3, enero-junio 1987*, págs. 39 y ss.

- "Comentarios al artículo 172 del Código civil - Ley 21/1987, de 11 de noviembre -" en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Coord.): *Comentarios a las reformas del Código civil. Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre. Madrid, 1993, Ed. Tecnos*, págs. 63 y ss.

DE PRADA, Miguel Ángel; ACTIS, Walter y PEREDA, Carlos

- *Infancia moderna y desigualdad social. Documentación Social. Madrid, 1989, Ed. Caritas española.*

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo

- "Los recursos en la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores" en Ornosa Fernández, M^a. Rosario (Dir.): *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales, Cuadernos de Derecho Judicial III. Madrid, 2001, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 19 y ss.

DELGADO CRIADO, Buenaventura

- *Historia de la Infancia. Barcelona, 1998, Ed. Ariel S.A.*

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús

- "La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán" en *Jornadas sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Barcelona, 1980, Ed. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña*, págs. 42 y ss.

- "Capacidad y representación de menores" en Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. *Zaragoza, 1992, Ed. El Justicia de Aragón*, págs. 43 y ss.

- "Comentarios al artículo 1302 del Código civil" en Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVII. Vol. 1-B. Madrid, 1993, Ed. Edersa*, págs. 14 y ss.

DEMAUSE, Lloyd

- *Historia de la Infancia. Madrid 1982, Ed. Alianza Universidad.*

DEPARTAMENT OF HEALTH

- "The Children Act Report 1995-1999", informe presentado al Parlamento británico por el Secretario de Estado para la Salud, el Secretario de Estado para la Educación y Empleo y el Lord Chancelor sobre el estado de aplicación de la Children Act de 1989, *Enero de 1999*, págs. 23 y ss.

DESCARTES, René

- *Los principios de la filosofía. Madrid, 1970, Ed. EDAF.*

DESPER, Louise

- *Enfants du divorce. Paris, 1957, Ed. Presses Universitaires de France.*

DETRICK, Sharon; DOEK, Jaap y CANTWELL, Nigell (Ed.)

- *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A guide to the Travaux Préparatoires. Dordrecht, 1992, Ed. Martinus Nijhoff Publishers.*

DEWEY, John

- Democracia y educación. Una introducción a la filosofía de la educación. Traducción de Lorenzo Luzuriaga. *Buenos Aires, 1971, Ed. Losada.*

- Democràcia i escola. Traducción de Frederic Tarrés. *Vic, 1989, Ed. Eumo y Diputación de Barcelona.*

DI CARLO, Enrique y GAMBA, Ricardo

- Estudios en educación. Un examen desde Platón a Piaget. *Madrid, 2003, Ed. Paideia.*

DÍAZ ALABART, Silvia

- "El derecho de asociación de los menores" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, septiembre 2002, págs. 619 y ss.

DÍEZ BARRADO, Castor Miguel

- "La Convención sobre los Derechos del Niño", en *Estudios jurídicos en conmemoración del X aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba*. Córdoba, 1991, Ed. Universidad de Córdoba, págs. 194 y ss.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luís

- "La filiación en el Derecho civil de Cataluña" en *Anuario de Derecho Civil*, 1962, págs. 201y ss.

- "Nueva Enciclopedia Jurídica", Tomo XVI. *Madrid, 1978, Ed. Francisco Seix, S.A*, págs. 271 y ss.

- "Voz menor de edad" en Pellisé Prats, Buenaventura (Dir.): Nueva enciclopedia jurídica. *Barcelona, 1978, Ed. Francisco Seix*, págs. 136 y ss.

- La representación en el derecho privado. *Madrid, 1979, Ed. Civitas*.

- "Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad" en *Anuario de Derecho Civil, 1982*, págs. 73 y ss.

- "La reforma del Código civil en materia de patria potestad" en Jornadas Hispalenses sobre la reforma del Derecho de familia. *Sevilla, 1982, Ed. Universidad Hispalense*, págs. 304 y ss.

- Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo I. Introducción. Teoría del contrato. *Cuarta edición. Madrid, 1993, Ed. Civitas*.

- Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, Vol. I. *Novena edición. Madrid, 1998, Ed. Tecnos*.

- Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia, Vol. II/2. *Segunda edición. Madrid, 1995, Ed. Tecnos*.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luís María

- "Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?" en *Revista Española de Derecho Constitucional, núm.78, septiembre-diciembre 2006*, págs. 63 y ss.

- "De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.81, septiembre-diciembre 2007, págs. 62 y ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís

- "Comentarios al artículo 156 del Código Penal" en Díez Ripollés, José Luís y Gracia Martín, Luís (Coords.): *Comentarios al Código Penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tomo I. Valencia, 1996, Ed. Tirant Lo Blanch*, págs. 585 y ss.

DIRECCIÓN GENERAL DE ACCIÓN SOCIAL, DEL MENOR Y DE LA FAMILIA.

- "II informe presentado de España sobre la aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia", *Materiales de trabajo núm. 45, Tomo I. Madrid, 1999, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, págs. 49 y ss.

DOGLIATTI, Máximo

- "Sul concetto di Diritto minorile: autonomia, favor minoris, principi costituzionali" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1977, págs. 954 y ss.

- "I diritti del minore e la Convenzione dell'ONU" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. I, Abril 1992, págs. 635 y ss.

- "Che cosa è l'interesse del minore?", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. IV, Octubre-Diciembre 1992, págs. 1093 y ss.

DOHNDT, Jan

- La Alta Edad Media. Historia Universal Siglo XXI. Tomo 10. *Madrid, 1975, Ed. Siglo XXI.*

DOLZ LAGO, Manuel Jesús

- "El Fiscal y la reforma de menores: balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992", en *la Revista Jurídica la Ley*, núm. 3955, Enero 1996, págs. 149 y ss.

- "Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?" en *Actualidad Penal*, núm. 29, 1996, págs. 547 y ss.

- La nueva responsabilidad penal del menor (Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero). *Valencia, 2000, Ed. Revista General del Derecho.*

- "Cuestiones sobre la instrucción penal del nuevo proceso de menores", en *Revista General del Derecho*, núm. 668, Mayo 2000, págs. 297 y ss.

- Inconstitucionalidad de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de los derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad" en *Diario La Ley*, núm. 5744, marzo 2003.

DOMINGO DE MORATÓ, Domingo Ramón

- El Derecho civil español con las correspondencias del romano, tomadas de los Códigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de Juan Sala. Tomo I. *Valladolid, 1868, Ed. Librería Nacional y Extranjera de hijos de Rodríguez.*

DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, Eva María

- "El delito de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer" en Aránguez Sánchez, Carlos y Romeo Casabona, Carlos M.: Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. *Madrid, 2006, Ed. Dykinson, págs. 233 y ss.*

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés

- Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. *Madrid, 2007, Ed. Lex Nova.*

- Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica. *Segunda edición. Valladolid, 2007, Ed. Lex Nova.*

DON JUAN MANUEL

- Obras completas, Vol. I. *Madrid, 1991, Ed. Gredos.*

DONAIRE VILLA, Francisco Javier

- "Ampliación competencial y estatutaria: una perspectiva general" en Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.): La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. *Valencia, 2006, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 293 y ss.*

DUFOURCQ, Charles Emmanuel

- L'Espagne chrétienne au Moyen Age. *Paris, 1976, Ed. Armand Colin.*

DURÁN AYAGO, Antonia

- La protección internacional del menor desamparado. Régimen jurídico. *Madrid, 2004, Ed. Colex.*

DYER, Adair

- "Derechos de la Infancia en el Derecho Internacional Privado", I Congreso Internacional Infancia y Sociedad, Vol. I. *Madrid, 1991, Ministerio de Asuntos Sociales*, págs. 19 y ss.

EKELAAR, John

- Family Law and Social Policy. *London, 1978, Ed. Weidenfeld and Nicolson.*

- "The emergence of children's rights" en *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 2, vol. 6, 1986, págs. 170 y ss.

EGEA y FERNÁNDEZ, Joan

- "La tutela de menores en la Ley catalana 11/1985, de 13 de junio, de protección de menores. El acogimiento. Comentario al título VI" en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, págs. 300 y ss.

ELÍAS MÉNDEZ, Cristina

- "Aproximación a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña: nación, lengua, derechos y competencias" en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm.10, octubre 2010, págs. 81 y ss.

ELKIN, David

- The hurried child: Growing up too fast too soon. *New Baskerville, 1981, Ed. Lifelong Books.*

ENGELS, Friederich

- La Sagrada Familia. La situación de la clase obrera en Inglaterra (1845). *Barcelona, 1978, Ed. Crítica S.A.*

ENNECCERUS, Ludwig

- Derecho civil. Parte general. Vol. I. Introducción. Derecho objetivo. Derechos, subjetivos. Sujeto del derecho. Objeto del Derecho. *Barcelona, 1934, Ed. Bosch.*

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín

- Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Volumen II. Primera parte, por Ludwig Ennecerus, 15ª revisión por Hans Karl Nipperdey. Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer Micó, Tercera edición, con notas y estudios de adaptación al Derecho español, al cuidado de Alfonso Hernández-Moreno y María del Carmen Gete-Alonso Calera. *Barcelona, 1981, Ed. Bosch.*

- Tratado de Derecho civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Volumen I., por Ludwig Ennecerus, 11ª revisión por Henrich Lehmann. Traducción de la 35ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por Blas Pérez González y José Alguer Micó, Segunda edición, con notas y estudios de adaptación al Derecho español, al cuidado de José Puig Brutau. *Barcelona, 1954, Ed. Bosch.*

- Tratado de Derecho civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Doctrina especial. Volumen II. Primera parte, por Ludwig Ennecerus, 15ª revisión por Henrich Lehmann. Traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer Micó, Tercera edición, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por José Ferrandis Vilella. *Barcelona, 1966, Ed. Bosch.*

ESCOLANO BENITO, Agustín

- "Aproximación histórico-pedagógica a las concepciones de la infancia" en Escolano Benito Agustín: Cinco lecturas de historia de la educación. Salamanca, 1983. Documentos didácticos núm. 27. *Universidad de Salamanca, Ed. Instituto de Ciencias de la Educación*, págs. 36 y ss.

ESCUADERO LUCAS, José Luis

- La tuición del menor abandonado (Artículo 172 del Código civil). *Murcia, 1995, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.*

ESPÍN CÁNOVAS, Diego

- "Comentario del artículo 39 de la Constitución española" en Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.): Comentarios de la Constitución española de 1978. Tomo IV. Artículos 39 a 55. *Madrid, 2006, Ed. Edersa*, págs. 47 y ss.

- Manual de Derecho civil español. Vol. III. Obligaciones y contratos. *Sexta edición. Madrid, 1983, Ed. Revista de Derecho Privado.*

ESPINAR VICENTE, José María

- El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho Internacional Privado. *Madrid, 1996, Ed. Civitas.*

- "Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala primera del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980", en *Actualidad Civil*, núm.2, Enero 1999.

ESPLUGUES MOTA, Carlos

- "El nuevo régimen jurídico de la adopción en España", en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 1, Enero-Febrero 1997, págs. 82 y ss.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria

- El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico. *Granada, 2000, Ed. Comares.*

FALCÓN y OZCOIDI, Modesto

- Exposición doctrinal del Derecho civil español, común y foral. Tomo I. *Tercera edición. Barcelona, 1888, Ed. Tipografía Industrial-Económica.*

FAUBELL ZAPATA, Vicente

- "Notas históricas acerca de los derechos del niño (Antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959): Antecedentes doctrinales. Antecedentes sociocaritativos y filantrópicos. Antecedentes jurídicos", en *"Derechos del Niño"*, Ed. Cruz Roja Española, Dossier núm. 9, Madrid, 1990, págs. 60 y ss

FAUS i CONDOMINES, Josep

- "Els capítols matrimonials a la Comarca de Guissona (Catalunya segriana)" en *Revista Jurídica de Catalunya*, XIII, 1907, págs. 398 y ss.

FEDUCHI i BENLLIURE, Luis

- Qué es la adolescencia. *Barcelona, 1977, Ed. La Gaya Ciencia.*

FELDMAN, David

- Civil liberties and human rights in England and Wales. *Oxford, 1993, Ed. Oxford University Press.*

FENET, Pierre Antoine

- Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil. Réimpression de l'edition 1827. Osnabrück, 1968, Tome X, Ed. Otto Zeller.

FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente

- Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español. *Madrid, 1880, Ed. Librería de Leocadio López.*

FERNÁNDEZ GES, Carme

- "Reflexiones sobre la Ley 12/2007, de servicios sociales" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, núm. 37, septiembre-diciembre 2007, págs. 11 y ss.

FERNÁNDEZ MASÍA, Enrique

- "Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España", en *Actualidad Civil*, núm. 19, Mayo 1998, págs. 427 y ss.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANJURJO RIVÓ, Vicente

- "La ampliación de las competencias autonómicas: una visión desde Galicia" en Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.): La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. *Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch*, págs. 467 y ss.

FERNÁNDEZ UGARTE, María

- Expósitos en Salamanca a comienzos del siglo XVIII. *Salamanca, 1988, Ed. Diputación de Salamanca*.

FERRANDO, Guilda

- "L'adozione ordinaria. Problemi, propettive e ipotesi sistematiche" en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*", 1979, págs. 443 y ss.

FERRARA, Francesco

- Trattato di Diritto Civile Italiano. Vol. I. Il Diritto. I soggetti. *Le Cose. Roma, 1921, Ed. Athenaeum*.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde

- La buena fe: el principio general en el Derecho civil. *Madrid, 1984, Ed. Montecorvo*.

FERRER RIBA, Josep

- "Derechos del menor, relaciones familiares y potestades públicas para la protección de la infancia y la adolescencia en Cataluña", en *Derecho privado y Constitución*, núm. 7, Septiembre-Diciembre 1995, págs. 46 y ss.

FIGA FAURA, Luís

- Manual de Derecho Civil Catalán. *Barcelona, 1961, Ed. Bosch.*

FISCAL GENERAL DEL ESTADO

- "Problemas sobre protección y adopción de menores", en *Memoria del Fiscal General del Estado 1989-1990, Tapia núm. 55, diciembre, 1990, págs. 74 y ss.*

FLAQUER VILARDEBÒ, Lluís

- El destino de la familia. *Barcelona, 1998, Ed. Ariel.*

FLEKKOY, Maalfrid Gruede

- Els drets dels infants, una perspectiva internacional. *Barcelona, 1992, Ed. Coordinadora catalana al servei de l'infant.*

FOHLEN, Claude y BÉDARIDA, François

- Historia general del trabajo. La era de las revoluciones (1760-1914), traducido por Joaquín Romero. *Barcelona, 1965, Ed. Grijalbo.*

FOSAR BENLLOCH, Enrique

- Estudios de Derecho de familia. Tomo I. La Constitución de 1978 y el Derecho de Familia. *Barcelona, 1981, Ed. Bosch.*

FREUD, Sigmund

- La interpretación de los sueños. Traducción de Luís López-Ballesteros y de Torres. *Barcelona, 1985, Ed. Planeta.*

FUNES ARTIAGA, Jaime

- "La nueva Ley de servicios sociales: más sombras que luces" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, núm. 37, septiembre-diciembre 2007, págs. 8 y ss.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique

- "El grupo familiar en la Edad Moderna en los territorios del Mediterráneo Hispánico: una visión jurídica" en Casey, James et al. (Coord.): *La familia en la España Mediterránea (siglos XV-XIX)*. Barcelona, 1987, Ed. Crítica S.A., págs. 29 y ss.

GAITÁN MUÑOZ, Lourdes

- *Sociología de la Infancia*. Madrid, 2006, Ed. Síntesis.

GALINO CARRILLO, Ángeles

- "La calidad de la enseñanza" en *Revista Española de Pedagogía*, núm. 108, octubre-diciembre 1969, págs. 17 y ss.

GÁLVEZ MONTES, Francisco Javier

- "Comentario al artículo 39 de la Constitución española" en Garrido Falla, Fernando (Dir.): *Comentarios a la Constitución. Tercera edición*. Madrid, 2001, Ed. Civitas. págs. 33 y ss.

GAMBÓN, Alex

- "Vigencia de las normas del Derecho foral catalán respecto de la adopción después de la Ley de 24 de abril de 1958" en *Revista Jurídica de Cataluña*, noviembre-diciembre, 1958, págs. 737 y ss.

GARBARINO, James

- What children can tell us eliciting, interpreting, and evaluating critical information from children. *San Francisco, 1992, Ed. Jossey-Bass.*

GARCÉS SANAGUSTÍN, Ángel

- "Acción social. Protección de menores" en Embid Irujo, Antonio (Dir.): Derecho Público Aragonés. *Zaragoza, 2005, Ed. El Justicia de Aragón, págs. 591 y ss.*

GARCÍA ALGUACIL, María José

- "Alcance de la autonomía de la voluntad del menor maduro: el camino de la incoherencia legislativa" en *Boletín del Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 157, enero-febrero de 2012, págs. 99 y ss.*

GARCÍA ARÁN, Mercedes

- "De las lesiones. Artículos 147 a 156 del Código Penal" en Córdoba Roda, Juan y García Arán Mercedes (Dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I. *Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, págs. 137 y ss.*

- "Delitos relativos a la manipulación genética. Artículos 159 a 162 del Código Penal" en Córdoba Roda, Juan y García Arán Mercedes (Dirs.): Comentarios al Código Penal. Parte especial. Tomo I. *Madrid-Barcelona, 2004, Ed. Marcial Pons, págs. 166 y ss.*

GARCÍA ANDREU, Aznar

- "Sobre el respeto a la autonomía del paciente" en Casado González, María (Comp.): Bioética y Derecho. *Valencia, 2000, Tirant lo Blanch, págs. 198 y ss.*

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo

- "La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo" en *Revista de Administración Pública*, núm. 38, Mayo-Agosto 1962, págs. 174 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón

- Curso de Derecho Administrativo I. *Décima edición. Madrid, 2000, Ed. Civitas.*

- Curso de Derecho administrativo, Vol. I. *Decimotercera edición. Madrid, 2006, Ed. Thomson. Civitas.*

- Curso de Derecho Administrativo I. *Decimocuarta edición. Madrid, 2008, Ed. Thomson Civitas.*

GARCÍA FERRANDO, Manuel; IBÁÑEZ ALONSO, Jesús y ALVIRA MARTÍN, Francisco

- El análisis de la realidad social: métodos y técnicas de investigación. *Madrid, 1996, Ed. Alianza Universidad Textos.*

GARCÍA GARNICA, María del Carmen

- El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen). *Pamplona, 2004, Ed. Thomson Aranzadi.*

GARCÍA GONZÁLEZ, José Antonio

- Legislación catalana sobre Derecho de familia. Normativa concordada del Libro II del Código civil de Cataluña con jurisprudencia y formularios. *Valencia, 2011, Ed. Tirant lo Blanch.*

GARBERÍ LLOBREGAT, José

- Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Jurisprudencia aplicable y legislación complementaria, Tomo V. *Barcelona, 2001, Ed. Bosch.*

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús

- Derecho Privado Romano; acciones, casos, instituciones. *Madrid, 1995, Ed. Dykinson.*

GARCÍA GOYENA, Florencio

- Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Vol. I. *Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial.*

GARCÍA MARTÍN, Luís

- "Comentarios al artículo 192 del Código Penal" en Díez Ripollés, José y García Martín, Luís (Coords.): Comentarios al Código Penal. Parte especial. Vol. I. *Valencia, 1997, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 701 y ss.*

GARCÍA MÁZ, Francisco Javier

- "El menor ante el Derecho Comunitario", en *Actualidad Civil, núm. 38, Octubre 1998, págs. 369 y ss.*

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio

- "Infancia, Ley y Democracia en América Latina", artículo en el libro homónimo compilado por Emilio García Méndez-Mary Belfo. *Buenos Aires, 1998, Ed. Desalma, págs. 18 y ss.*

- Ser niño en América Latina: de las necesidades a los derechos. *New York, 1991, Ed. Unicri-ilanud.Unicef.*

GARCÍA MURCIA, Joaquín

- "Servicios sociales. Comentarios al artículo 10.1.25 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias" en Arce Janáriz, Alberto (Coord.): El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias. Estudio Sistemático. *Llanera, 2003, Ed. Junta General del Principado de Asturias*, págs. 379 y ss.

GARCÍA ROMERO, Belén

- "La protección jurídico-laboral de los menores" en *Aranzadi Social*, núm. 10, 2001.

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio

- "La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un análisis crítico", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 1992, págs. 123 y ss.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR ALMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio

- Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Parte general. *Duodécima edición. Madrid, 2006, Ed. Tecnos.*

GASSIOT MAGRET, José

- Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña. *Barcelona, 1980, Ed. Bosch.*

GAVARA DE CARA, Juan Carlos

- La dimensión objetiva de los derechos sociales. *Barcelona, 2010, Ed. Bosch Editor.*

GENERALITAT DE CATALUNYA

-DEPARTAMENT DE JUSTICIA

- Els drets dels infants, *Noviembre 1996*.

- El Model de Justícia Juvenil a Catalunya, *Col·lecció Justícia i Societat núm. 21, Julio 2000*.

- El model de justícia juvenil a Catalunya, *Col·lecció Justícia i Societat núm. 21. Barcelona, 2000, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya*.

-DEPARTAMENT DE BENESTAR SOCIAL

- "Pla integral de suport a la infància i l'adolescència de Catalunya", *Octubre 2001*, pàgs. 10 y ss.

-DEPARTAMENT DE PRESIDÈNCIA

- "Pla Interdepartamental d'Immigració 2001-2004", *Barcelona, 2001*, pàgs. 13 y ss.

-DEPARTAMENT D'ACCIÓ SOCIAL i CIUTADANIA

Estudio poblacional y de servicios a la infancia y la adolescencia en Catalunya (Plan director de infancia y adolescencia 2010-2013), *Colección Eines núm. 6. Barcelona, 2009, Ed. Generalitat de Catalunya*.

GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen

- "Protección del menor, consentimiento en el ámbito de las intervenciones sanitarias y libertad ideológica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 27 de junio de 1997)", en *La Notaría*, núms. 11-12, noviembre-diciembre de 1998, págs. 31 y ss.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y SALVADOR CODERCH, Pablo

- "La adopción en Cataluña, después de la Ley de 4 de julio de 1970" en Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Tomo II. Filiación y adopción. *Barcelona, 1974, Ed. Cátedra Duran i Bas. Universidad de Barcelona*, págs. 184 y ss.

- La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona. *Madrid, 1985, Ed. Cuadernos Civitas*.

- Manual de Derecho Civil I. Introducción y derecho de la persona. *Madrid, 1995, Ed. Marcial Pons*.

- "Manifestaciones de la autonomía del menor en la normativa catalana" en *InDret*, febrero de 2004, págs. 324 y ss.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, Sílvia

- "L'adopció: un estudi comparat", en *Justícia i Societat*, núm. 15, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Departament de Justícia. Generalitat de Catalunya, págs. 221 y ss.

GIMÉNEZ-SALINAS i COLOMER, Esther

- "Protección de Menores. Comentarios al artículo 9.28 del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, Vol. II. *Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos*, págs. 456 y ss.

GIMENO SENDRA, Vicente

- Derecho Procesal Civil. Parte General. *Segunda edición. Madrid, 2000. Ed. Colex.*

GIORGI, Giorgi

- Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno: expuesta conforme a la doctrina y a la jurisprudencia italiana, francesa, alemana. Vol. III. *Madrid, 1929, Ed. Reus.*

GOLDSTEIN, Joseph

- "¿En el interés superior de quién?" en Beloff, Mary: Derecho, infancia y familia. *Barcelona, 2000, Ed. Gedisa*, págs. 118 y ss.

- "Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres" en Beloff, Mary: Derecho, infancia y familia. *Barcelona, 2000, Ed. Gedisa*, págs. 156 y ss.

GÓMEZ CALLE, Esther

- La responsabilidad civil de los padres. *Madrid, 1992, Ed. Montecorvo.*

- "Voz menor (Derecho civil)" en Montoya Melgar, Alfredo (Dir.): Enciclopedia jurídica básica, III. *Madrid, 1995, Ed. Civitas*, págs. 85 y ss.

GÓMEZ CAMPELO, Esther

- La Ley 54/2007, de adopción internacional: un texto para el debate. Acercamiento crítico a alguna de sus propuestas. *Madrid, 2009, Ed. Reus S.A.*

GÓMEZ CORONA, Esperanza

- "Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e internet" en Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.): Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. *Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia*, págs. 455 y ss.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBÁN, Juan Miguel

- Elementos del Derecho civil y penal de España. Tomo I. *Decimotercera. Madrid, 1881, Ed. Librería de Sánchez.*

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando

- Derecho Procesal Civil II. *Oviedo, 2001, Ed. Forum.*

GÓMEZ-GRANELL, Carme

- Informe 2002. La Infància i les Famílies als inicis del segle XXI. *Barcelona, 2002, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU).*

- Informe 2004. Infància, famílies i canvi social a Catalunya. *Barcelona, 2005, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà (CIIMU).*

GÓMEZ LAPLAZA, María del Carmen

- "Comentarios a los artículos 1.263 y 1.264 del Código civil" en Albaladejo, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.): Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XVII. Vol. 1-B. *Madrid, 1993, Ed. Edersa*, págs. 629 y ss.

GOMIEN, Donna; HARRIS, David y ZWAAK, Leo

- "Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter". *Strasbourg, 1996, Ed. Council of Europe Publishing*, págs. 5 y ss.

GONZÁLEZ, Stella Maris

- La protección de la Infancia en el marco del Derecho Internacional. *Madrid, 1991, Ed. Cruz Roja Española*.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina

"La aplicación en España del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional", en *Revista Jurídica de Cataluña, núm. 2, 1996*, págs. 113 y ss.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora

- "El acogimiento familiar" en *Revista Jurídica de Asturias, núm. 16, 1993*, págs. 45 y ss.

GONZÁLEZ LEÓN, Carmen

- El abandono de menores en el Código Civil. *Barcelona, 1995, Ed. Bosch*.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo

- "Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 612, septiembre-octubre 1992*, págs. 2104 y ss.

GONZÁLEZ MIRASOL, Pablo

- "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica" en *Diario La Ley*, núm. 6326, 26 de septiembre de 2005, Tomo IV, D-213, págs. 1618 y ss.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel

- "La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código civil. Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil" en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, 1984, págs. 457 y ss.

GONZÁLEZ RUS, Juan José

- En Cobo del Rosal, Manuel (Dir.): Compendio de Derecho Penal. Parte especial. Madrid, 2000, Ed. Marcial Pons.

GONZÁLEZ SEOANE, Sol

- "El menor ante la nueva realidad jurídica" en Gómez Gállico, Javier (Coord.): Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias. Tomo I. Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas, págs. 199 y ss.

GOONESEKERE, Savitri

- "The norm of the best interest of the child in some South Asian countries", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 310 y ss.

GORDILLO CAÑAS, Antonio

- Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos. Madrid, 1986, Ed. Tecnos.

GORNY, Violette

- Priorité aux enfants. Un nouveau pouvoir. Colección Les Guides Sociétés. *Paris, 1991, Ed. Hachette.*

GRACIA MARTÍN, Luís

- "Comentarios al artículo 162 del Código Penal" en Díez Ripollés, José Luís y Gracia Martín, Luís (Coords.): Comentarios al Código Penal. Parte especial. Títulos I a VI y faltas correspondientes. Tomo I. *Valencia, 1996, Ed. Tirant Lo Blanch, págs. 701 y ss.*

GRIMALT SERVERA, Pedro

- La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. *Madrid, 2007, Ed. Iustel.*

- "El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial" en Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.): El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. *Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya, págs. 71 y ss.*

GRIMBERG, Carl

- El alba de la civilización. El despertar de los pueblos, Colección Historia Universal, Tomo I. *Madrid, 1967, Ed. Daimon.*

GUERRERO PICÓ, María del Carmen

- El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. *Cizur Menor, 2006, Ed. Thomson Civitas.*

GUILERTE ZAPATERO, Vicente

- "De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivo de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I)", en *Actualidad Civil*, núm. 29, julio de 1992, págs. 59 y ss.

GUTIERREZ GARCÍA, Cándida y MARTÍ SÁNCHEZ, José María

- "Los derechos del menor: evolución y situación actual" en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 28, septiembre de 2000, págs 27 y ss.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito

- Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tomo I. *Quinta edición. Madrid, 1881, Ed. Librería de Gabriel Sánchez.*

GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco José

- "Andalucía. Crónica sobre el actual proceso de reforma del Estatuto de Autonomía" en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, junio 2006, págs. 9 y ss.

HADFIELD, James Arthur

- *Childhood and adolescence. Baltimore, 1962, Ed. Penguin Books.*

HAMILTON, Carolyn y STANDLEY, Kate

- *Family Law in Europe. London, 1995, Ed. Butterworths.*

HAZARD, Paul

- *Los libros, los niños y los hombres. Barcelona, 1950, Ed. Juventud.*

HENDRICK, Harry

- Children, childhood and English society 1880-1990. *Cambridge, 1997, Ed. Cambridge University Press.*

HENRY, Xavier; TISSERAND, Alice y VENANDET, Guy

- Code Civil. Textes, jurisprudence, annotations. *Paris, 2000, Ed. Dalloz.*

HERNÁNDEZ DE LA TORRE MARTÍNEZ, Ana

- "La convivencia de ámbitos normativos en la protección de la infancia: reflejo en la Comunidad Autónoma de Aragón" en *Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 17, diciembre de 2000, págs. 295 y ss.*

HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Asunción y RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca

- "El derecho a la propia imagen de los menores en los medios de comunicación y redes sociales" en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, núm. 20, año 2009-2, págs. 31 y ss.*

HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO

- Apuntes de Cátedra. *Barcelona (inédito).*

- El Codi de Família i la Llei d'Unions Estables de Parella. Aproximaciones doctrinales a las leyes 9/1998 y 10/1998, del Parlament de Catalunya. *Barcelona, 2000, Ed. Cedecs.*

- "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1.716 del Código civil" en *Revista Jurídica de Cataluña, núm. 11, abril-junio 1980, págs. 439 y ss.*

- "Comentario y anotaciones acerca del artículo 1.716 del Código civil" en Enneccerus, Ludwig; Kipp, Theodor y Wolff, Martín: Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. *Barcelona, 1981, Ed. Bosch*, págs. 440 y ss.

HERR, Richard

- España y la revolución del siglo XVIII. *Madrid, 1964, Ed. Aguilar*.

HERRANZ BALLESTEROS, Mónica

- El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *Valladolid, 2004, Ed. Lex Nova*.

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco

- Tutela cautelar del menor en el proceso civil. *Barcelona, 1997, Ed. Cedecs*.

HIERRO, Liborio

- "Los derechos humanos del niño", en Marzal, Antonio (Coord.): Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto. *Barcelona, 1999, Ed. J.M. Bosch*, págs. 23 y ss.

HINOJOSA MENJOULET, José

- Tratado científico sobre el Derecho civil, común y foral de España: precedido de una introducción histórica e ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tomo I. *Granada, 1883, Ed. Librería de José López Guevara*.

HOBBS, Thomas

- Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil. *Madrid, 1989, Ed. Alianza Universidad*.

HORNO GOICOECHEA, Pepa

- Niños y niñas víctimas de abuso sexual y el procedimiento judicial. Informe nacional. *Madrid, 2002, Ed. Save the Children.*

HUNT, David

- Parents and children in history: The psychology of family life in early modern France. *New York, 1970, Ed. Basic Books.*

HURTADO MUÑOZ, Vicente

- "La Ley de 13 de diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4º del Código de Comercio" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 224, enero 1947, págs. 23 y ss.*

IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino

- La creación del Derecho. Una historia del Derecho español, Lecciones II. *Barcelona, 1989, Ed. Gráficas Signo.*

IGLESIAS SANTOS, Juan

- Derecho Romano. Historia e instituciones. *Barcelona, 1994, Ed. Ariel Derecho*

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio

- "Tratamiento procesal de la impugnación de la resolución de la administración que declara la situación de desamparo (A propósito de la STC 298/1993, de 18 de octubre)" en *Dereito, Vol. IV, núm. 1, 1995, págs. 297 y ss.*

- Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores. *Barcelona, 1996, Ed. Cedecs.*

- "La competencias legislativa en materia de protección de menores", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 23, 1998, págs. 153 y ss.

INIESTA DELGADO, Juan José,

- "Artículo 5 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Donantes y contratos de donación" en Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.): Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Cizur Menor*, 2007, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 91 y ss.

INSTITUTO DE ESTUDIOS AUTONÓMICOS

- Informe sobre la reforma del Estatuto. *Barcelona*, 2003, Ed. Generalitat de Catalunya.

INSTITUTO DE INFANCIA y MUNDO URBANO (CIIMU)

- La infancia en cifras. Colección Observatorio de la Infancia, núm.2. *Madrid*, 2006, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- La infancia en cifras (2). Colección Observatorio de la Infancia, núm. 5. *Madrid*, 2007, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

ISÁBALA y BADA, Marceliano

- Exposición y Comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón derogado por el Apéndice al Código civil español. *Zaragoza*, 1926, Ed. Imprenta del Heraldo de Aragón.

IZARD LLORENS, Miguel

- Industrialización y obrerismo. Las tres clases de vapor 1869-1913. *Barcelona*, 1973, Ed. Ariel.

JACQUARD, Albert; MANENT, Pierre y RENAUT, Alain

- ¿Una educación sin autoridad ni sanción?. *Barcelona, 2004, Ed. Paidós.*

KAMES, Allison y PROUT, Alan

- "A new paradigm for the sociology of childhood?. Provenance, promise and problems" en James, Allison y Prout, Alan (Ed.): *Constructing and Reconstructing Childhood. Contemporary issues in the sociological study of childhood. Brighton, 1990, Ed. Routledge Falmer, págs. 7 y ss*

JAREÑO LEAL, Ángeles

- "El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad" en *La Ley Penal, núm. 32, noviembre 2006, págs. 58 y ss.*

JENKS, Chris

- *The sociology of childhood. Essential readings. London, 1982, Ed. Gregg Revivals.*

JERICÓ OJER, Leticia

- El conflicto de conciencia ante el Derecho penal. *Las Rozas, 2007, Ed. La Ley.*

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier

- "Unas notas en torno a la asociación. En especial, la nueva Ley orgánica reguladora del Derecho de asociación" en *Revista crítica de Derecho inmobiliario, núm. 674, noviembre- diciembre 2002, págs. 78 y ss.*

- "Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o testamento vital" en *Diario La Ley, núm. 7334, D-35, febrero de 2010, págs. 101 y ss.*

JOHN, Mary

- Children's Rights and Power. Charging up for a new century. *London, 2003, Ed. Jessica Kingsley Publishers.*

JORDANO FRAGA, Francisco

- "La capacidad general del menor" en *Revista de Derecho Privado, Tomo LXVIII, octubre 1984, págs. 884 y ss.*

JOYAL, Renée

- "La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant", en *Revue Internationale de Droit Penal, núm. 3-4, 1991, págs. 293 y ss.*

JUNQUERA DE ESTÉFANI, Rafael

- "Autonomía y minoría de edad. El menor de edad ante la sanidad" en Pous de la Flor, María Paz; Leonseguí Guillot, Rosa Adela y Yáñez Vivero, Fátima (Coords.): *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid, 2009, Ed. Exlibris, págs. 137 y ss.*

KANT, Emmanuel

- Antropología en sentido pragmático. *Madrid, 1935, Ed. Revista de Occidente.*

KAPLAN, Louise

- Adolescencia. El adiós a la infancia. Biblioteca de psicología profunda. *Buenos Aires, 1986, Ed. Paidós.*

KATZ, Sanford

- The International Survey of Family Law, 1997. *La Haya, 1999, Ed. Martinus Nijhoff Publishers.*

KELLE, Helga

“The discourse of development: How 9 to 12 year old children construct “childish” and further developed identities within their peer culture” *en Childhood, vol. 8, núm. 1, 2001, págs. 36 y ss.*

KEY, Ellen

- El siglo de los niños. Versión española por Miguel Domenge Mir. *Barcelona, 1906, Ed. C. Editores.*

KLINE, Stephen

“The making of children’s culture” en Jenkins, Henry (Ed.): The children’s culture reader. *New York, 1998, Ed. New York University Press, págs. 97 y ss.*

KORCKZAK, Janusz

- Com estimar l'infant, Col·lecció Textos Pedagògics, núm. 40. *Vic, 1999. Ed. Eumo.*

- El dret de l'infant al respecte, Col·lecció Textos Pedagògics, núm. 40. *Vic, 1999, Ed. Eumo.*

LACRUZ BERDEJO, José Luís,

- Manual de Derecho Civil. *Segunda edición. Barcelona, 1990, Ed. Bosch.*

LAÍN ENTRALGO, Pedro

- "Relatoría de la III Sesión Plenaria de Trabajo", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca.*

LAMA AYMÀ, Alejandra (de)

- La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad. *Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch.*

- "La confidencialidad en el ámbito médico: aspectos problemáticos del deber de secreto en la interrupción del embarazo de una menor de edad" en *InDret, abril de 2006*, págs. 7 y ss.

LANDRACHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción

- Derecho Penal Español. Parte Especial. *Segunda edición. Madrid, 1996, Ed. Tecnos.*

LAPLAIGE, Danielle

- Sans Famille a Paris. Orphelins et enfants abandonnés de la Seine au XIX siècle. *Paris, 1989, Ed. Centurión.*

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos

- "Intervención en el I Congreso de Derecho vasco", diciembre de 1982, reseña de Asua-Igartuca, en *Anuario de Derecho Civil, abril-junio, 1983*, pág. 480 y ss.

- "Comentario del artículo 12 de la Constitución española" en Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.): Comentarios de la Constitución española de 1978. Tomo II. Artículos 10 a 23. *Madrid, 2006, Ed. Edersa.*

- Parte General y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil. *Decimocuarta edición. Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons.*

LASSO GAITE, Juan Francisco

- Crónica de la Codificación española. Tomo IV. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Vol. II. *Madrid, 1970, Ed. Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia.*

LAURENZO COPELLO, Patricia

- El aborto no punible. *Barcelona, 1990, Ed. Bosch.*

- "Reflexiones sobre la reforma del aborto" en *Actualidad Penal (La Ley)*, núm. VII, 1994-1, págs. 117 y ss.

- El aborto en la legislación española: una reforma necesaria. *Madrid, 2005, Ed. Fundación Alternativas.*

LAUROBA LACASA, María Elena

- El pago del acreedor incapaz (análisis del artículo 1.163.1º del Código civil). *Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas.*

- "Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código civil catalán" en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2011, págs. 79 y ss.

LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel

- Los menores en el derecho español. *Madrid, 2002, Ed. Tecnos, Práctica Jurídica.*

LE GAL, Jean

- Los derechos del niño en la escuela. Una educación para la ciudadanía. *Barcelona, 2005, Ed. Graó.*

LE GOFF, Jacques

- La Baja Edad Media. Historia Universal Siglo XXI, Tomo 11. *Madrid, 1978, Ed. Siglo XXI.*

LEACH, Penélope

- Los niños, primero. Todo lo que deberíamos hacer (y no hacemos) por los niños de hoy. *Barcelona, 1995, Ed. Paidós.*

LEAL PÉREZ-OLAGÜE, María Luisa

- "Comentarios a la 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", en *la Ley*, 1996-2, D-73, págs 273 y ss.

LEMA AÑÓN, Carlos

- "Sobre el consentimiento de los menores para la interrupción voluntaria para el embarazo" en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, marzo 2002, págs. 34 y ss.

LETE DEL RÍO, José Manuel

- "Comentario a los artículos 320-323 del Código civil español" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo IV. Madrid, 1978, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado*, págs. 408 y ss.

- "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales", dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo IV, Vol. 1º. Madrid, 1984, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 504 y ss.

- Derecho de la persona. *Madrid, 1986, Ed. Tecnos.*

- "Nombramiento de tutor", en *Actualidad Civil*, núm. 24, Abril 1999, págs. 164 y ss.

LINACERO DE LA FUENTE, María

- "La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero", en *Actualidad Civil*, núm. 48, Diciembre 1999, págs. 74 y ss.

- Protección jurídica del menor. *Madrid, 2001, Ed. Montecorvo S.A.*

LINAZA IGLESIAS, Josetxu

- "Desarrollo, educación y derechos de la infancia", en *Infancia y Sociedad*, núm. 27-28, Octubre 1994, págs.45 y ss.

LOCKE, John

- Pensamientos acerca de la educación. *Barcelona, 1992, Ed. Humanitas.*

LONGOBARDO, Tilde

- "La Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo", en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, núm. I, Enero 1991, págs. 374 y ss.

LOPATKA, Adam

- "La Convención internacional de los Derechos del Niño", I Congreso Internacional Infancia y Sociedad, vol. 1, *Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1991*, págs. 15 y ss.

LÓPEZ BOFILL, Héctor

- "Transfusiones, menores y testigos de Jehová. La libertad religiosa en un caso extremo" en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. III, 2003, págs. 78 y ss.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio

- La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional. *Cizur Menor, 2002, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Ed. Aranzadi.*

LÓPEZ-CHAPA, Sara

- Autonomía del paciente y libertad terapéutica. *Barcelona, 2007, Ed. Bosch.*

LÓPEZ ESTRADA, Francisco

- Alfonso X el Sabio, las Siete Partidas. Antología. *Madrid, 1992, Ed. Castalia.*

LÓPEZ HERNÁNDEZ, Gerardo Miguel

- La defensa del menor. *Madrid, 1987, Ed. Tecnos.*

LÓPEZ JACOISTE, José Javier

- "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad" en *Anuario de Derecho Civil, 1986*, págs. 1060 y ss.

LÓPEZ LÓPEZ, Jerónimo y MELÓN INFANTE, Carlos

- Código civil. Versión crítica del texto y estudio preliminar. *Madrid, 1967, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.*

LÓPEZ SAN LUÍS, Rocío

- La capacidad contractual del menor. *Madrid, 2001, Ed. Dykinson.*

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina

- Testamento vital y voluntad del paciente (conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). *Madrid, 2003, Ed. Dykinson.*

LÓPEZ SANCHÍS, Cristina

- La responsabilidad civil del menor. *Madrid, 2001, Ed. Dykinson.*

LORCA MARTÍNEZ, José

- "La tutela *ex lege* o tutela de los menores en situación de desamparo" *en Actualidad Civil, núm. 24, junio 1989, págs. 1820 y ss.*

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena

- La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios. Cuadernos Bartolomé de Las Casas, núm. 48. *Madrid, 2011, Ed. Dykinson.*

LUÍS CARDONA, Francesc

- El reconocimiento de los derechos humanos desde la antigüedad hasta hoy. *Barcelona, 1998, Ed. Asociación para las Naciones Unidas en España.*

LYND, Sylvia

- Los niños ingleses. *Londres, 1972, Ed. Adprint Limited, Colección La Gran Bretaña pictórica.*

LLEBARÍA SAMPER, Sergio

- Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la ley 21/1987, de 11 de noviembre). *Barcelona, 1990, Ed. Bosch.*

MAKRINIOTI, Dimitra

- "Conceptualization of Childhood in a Welfare State: a critical reappraisal" en Qvortrup, Jeans; Bardy, Marjatta y Sgritta, Giovanni y Wintersberger, Helmut (Eds.): *Childhood Matters: social theory, practice and politics. Aldershot, 1994, Ed. Avebury*, págs. 112 y ss.

MALAGUZZI, Loris

- La educación infantil en Regio Emilia. *Temas de infancia*, núm. 3. *Barcelona, 2001, Ed. Octaedro- Rosa Sensat.*

MANRESA Y NAVARRO, José Maria

- "Comentario al artículo 1.301 del Código civil" en *Comentarios al Código civil español. Quinta edición. Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus*, págs. 636 y ss.

MARAVALL, José Antonio

- "Los límites estamentales de la educación en el pensamiento ilustrado", en *Revista de História das Ideias*, núm. 8, 1984, págs. 129 y ss.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús

- "Tutela judicial efectiva y audiencia del menor en los procesos judiciales que le afecten" en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 19, 2005, págs. 165 y ss.

MARTÍ SÁNCHEZ, José María

- "Los derechos del menor: evolución y situación actual", en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, núm. 28, Septiembre 2000, págs. 34 y ss.

MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, Luís

- "La mayoría de edad en Aragón" en *Primera semana de Derecho aragonés. Jaca, 1942*, págs. 119 y ss.

MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel

- "El grado de indeterminación legal de los conceptos jurídicos" en *Revista de Administración Pública*, núm. 54, septiembre- diciembre 1967, págs. 286 y ss.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RIDRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín

- *Derecho del Trabajo. Decimonovena edición. Madrid, 2010, Ed. Tecnos.*

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luís

- *El nuevo Derecho de Familia. Tomo I. Estudio de la Constitución española y de la Ley de 13 de mayo de 1981. Madrid, 1981.*

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos

- "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho civil" en *Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre 1992*, págs. 1398 y ss.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard

- "Principios y aspectos clave del nuevo Reglamento de protección de datos de carácter personal" en Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.): *El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya*, págs. 33 y ss.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel

- "La minoría madura" en Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. *Madrid, 1998*, págs. 89 y ss.

MARTÍNEZ ROIG, Antoni y PAÚL OCHOTORENA, Joaquín (de)

- *Maltrato y abandono en la infancia*, Biblioteca de psicología, psiquiatría y salud. *Barcelona, 1993, Ed. Martínez Roca, S.A.*

MARTÍNEZ SERRANO, Alicia

“Principios sustantivos y procesales básicos de la responsabilidad penal de los menores establecidos en la Ley Orgánica 5/2000” en Onosa Fernández, M^a. Rosario (Dir.): *La responsabilidad penal de los menores: aspectos sustantivos y procesales*,

Cuadernos de Derecho Judicial III. *Madrid, 2001, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 72 y ss.

MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, Koldo

- "La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión socio-sanitaria" en *Revista de Derecho y Salud. Extraordinario XV Congreso, Vól. XIV, 2006*, págs. 31 y ss.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio José

- Trabajo de menores y de mujeres. *Buenos Aires, 1964, Ed. Depalma*.

MARTINS, Rosa

- Menoridade, (in)capacidade e cuidado parental. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora*.

MATA RIVAS, Francisco

- "Comentario al artículo 4º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en Albaladejo García, Manuel y Díaz Alabart, Silvia (Dirs.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 2000, Ed. Editorial Revista de Derecho Privado*.

MAYAL, Berry

- Children, Health and the Social Order. *Buckingham, 1996, Ed. Open University Press*.

MAYOR DEL HOYO, María Victoria

- "En torno al tratamiento de la adopción en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño" en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 7, Septiembre-Diciembre 1995, págs. 61 y ss.

- La regulación autonómica de la guarda administrativa de menores. *Barcelona, 2000, Ed. Cedecs.*

MAYORAL SIMÓN, Joan

- El sistema de protección a la infancia y la adolescencia en la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de derechos y oportunidades en la infancia y la adolescencia. *Barcelona, 2011, Ed. Dirección General de Atención a la Infancia y la Adolescencia del Departamento de Bienestar y Familia de la Generalitat de Cataluña.*

MAZA ZORRILLA, Elena

- Pobreza y asistencia social en España. Siglos XVI a XX. *Valladolid, 1987, Ed. Universidad de Valladolid.*

MAZZA GALANTI, Francesco

- "I diritti dei minori e la costituzione" en *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, 1978, págs. 19 y ss.

MEIRIEU, Philippe

El maestro y los derechos del niño. ¿Una historia de un malentendido?. *Barcelona, 2004, Ed. Octaedro-Rosa Sensat.*

MELIÁ LLÁCER, Reyes

- "La protección internacional de los Derechos de los Niños", en *Revista General del Derecho*, núm. 536, Volumen II, 1989, págs. 69 y ss.

MÉNDEZ APENELA, Eduardo

- "La capacidad del menor emancipado mayor de dieciocho años" en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1974, págs. 63 y ss.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos

- "De la representación legal de los hijos. Artículos 162 y 163 del Código civil" en Domínguez Luelmo, Andrés (Dir.): *Comentarios al Código civil*. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, págs. 10 y ss.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis

- "Mayoría de edad por vida independiente en el Derecho aragonés" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 532, mayo-junio 1979, págs. 33 y ss.

- "Comentarios al artículo 4º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, págs. 68 y ss.

- "Comentarios al artículo 5º de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXIII, Vol. I. Madrid, 1986, Ed. Edersa, págs. 59 y ss.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz

- *Aptitud legal y capacidad en el contrato de trabajo*. Madrid, 2003, Ed. Consejo Económico y Social.

MESSINEO, Francesco

- Manual de Derecho civil y comercial. Tomo III. Doctrinas generales. Traducción de Santiago Sentis Melendo. *Buenos Aires, 1954, Ed. Ediciones jurídicas Europa-América.*

MIGUEL MOLINA, María (de)

- "Contenido de los códigos de conducta para el marketing móvil dirigido a los menores de edad" en Cotino Hueso, Lorenzo (Coord.): Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías. *Valencia, 2008, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 347 y ss.*

MIGUEL MOLINA, María (de) y OLTRA GUTIÉRREZ, Juan Vicente

- "La autorregulación europea de las redes sociales: análisis de las políticas de uso de la imagen de menores en España" en Cotino Hueso, Lorenzo (Ed.): Libertades de expresión e información en internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías. *Valencia, 2011, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, págs. 478 y ss.*

MÍNGUEZ ÁLVAREZ, Constancio

- La vida del niño entre la familia y la escuela. *Málaga, 1992, Ed. Edinford.*

- La educación social a través de la literatura: familia, escuela e infancia en la literatura española de finales del siglo XIX. *Valencia, 1999, Ed. Nau Llibres.*

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, Juan

- Derecho privado romano. *Madrid, 1992, Ed. Marcial Pons.*

MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel

- "La anorexia y el internamiento de los enfermos en centros hospitalarios: límites y controles" en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3, 1999, págs. 715 y ss.

- "Comentarios al artículo 155 del Código de Familia" en Egea y Fernández, Joan y Ferrer y Riba, Josep (Dir.): Comentarios al Código de Familia, a la Ley de Uniones Estables de Pareja y a la Ley de Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua. Madrid, 2000, Ed. Tecnos, págs. 717 y ss.

MIRALLES SANGRO, Pedro-Pablo

- "La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño" en *Actualidad Civil*, núm. 39, Octubre 1991m, págs. 528 y ss.

- El secuestro internacional de menores y su incidencia en España. Especial consideración del Convenio de La Haya de 1980. Madrid, 1989, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales.

MIRAMBELL i ABANCÓ, Antoni

- "Els efectes personals i patrimonials de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial" en Badosa Coll, Ferran (Dir.): Manual de Dret Civil Català. Barcelona, 2003, Ed. Marcial Pons, págs. 350 y ss.

- "Aplicación del Derecho catalán" en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña. Vol. I. Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 377 y ss.

- "El dret de família a Catalunya" en Martínez-Simancas Sánchez, Julián y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.): *Derechos civiles de España. Vol. III. Madrid, 2000, Ed. Aranzadi*, págs. 263 y ss

- "Estudi introductori sobre els precedents de la Compilació" en Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris. *Textos jurídics catalans, Lleis i costums VI/2. Barcelona, 1995, Ed. Departament de Justícia*, págs. 58 y ss

- "Comentario al artículo 1º de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVII, Vol. I. Madrid, 1981, Ed. Revista de Derecho Privado*, págs. 193 y ss.

- "Comentario al artículo 2º de la Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre la Compilación del Derecho civil de Cataluña" en Albaladejo García, Manuel (Dir.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales. Tomo XXVII, Vol. I. Madrid, 1981, Ed. Revista de Derecho Privado*, págs. 146 y ss.

- "Comentari a l'article 8º de la Compilació de Dret civil de Catalunya" en Casanovas i Mussons, Anna; Egea i Fernández, Joan; Gete Alonso i Calera, María del Carmen y Mirambell i Abancó, Antoni (Coords.): *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges. Barcelona, 1995, Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia*, págs. 129 y ss.

- "Apèndix bibliogràfic complementari" en Brocà i Montagut, Guillem M.: Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia. Barcelona, 1985, Ed. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, págs. 885 y ss.

MIRET MAGDALENA, Enrique

- "Hacia una ley española del menor", comunicación presentada en las "Jornadas de estudio de la legislación del menor", celebradas en San Sebastián el 8 y 9 de septiembre de 1984. *Madrid, 1985, Ed. Consejo Superior de Protección de Menores. Ministerio de Justicia*, págs. 12 y ss.

MITJANS PERELLÓ, Esther

- "Algunos aspectos generales sobre el Reglamento de protección de datos de carácter personal" en Martí, Joana y Vilasau, Mónica (Coords.): El Reglamento de protección de datos de carácter personal. Aspectos clave. Ponencias presentadas en la Jornada organizada por la Agencia Catalana de Protección de Datos y los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. *Barcelona, 2008, Ed. Universitat Oberta de Catalunya*, págs. 17 y ss.

MNOOKIN, Robert

- In the interest of children: advocacy, law reform and public policy. *New York, 1985. Ed. W.H. Freeman & Co.*

MOERMAN, Joseph

"Identificación de algunos obstáculos a la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño; en particular, ciertas objeciones sobre los derechos de los padres y el reconocimiento de las familias", Simposio Internacional "La Convención de los

Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca*, págs. 148 y ss.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal

- "Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social" en *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: comentarios, casos prácticos y recursos humanos*, n.º. 283, 2006, págs. 59 y ss.

MONCADA, Alberto

- La adolescencia forzosa. *Barcelona, 1979, Ed. Dopesa*.

MONESTIER, Martin

- Los niños esclavos. El infierno diario de trescientos millones de niños. *Madrid, 1999, Ed. Alianza*.

MONREAL FERRER, Antonio

- "La reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Garrido Mayol, Vicente (Dir.): *Modelo de Estado y reforma de los Estatutos*. *Valencia, 2007, Ed. Fundación Profesor Manuel Broseta*, págs. 27 y ss.

MONSORIU Y CALVO, Bernardino (de)

- Summa de todos los Fueros y Observancias del Reyno de Aragón y Determinaciones de micer Miguel del Mollino. *Zaragoza, 1589, Ed. Heraldo de Aragón*.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luís

- "Comentario al artículo 162 del Código civil español" en Comentarios a las reformas del Derecho de familia. Volumen II. *Madrid, 1984, Ed. Tecnos*, págs. 1084 y ss.

MONTOYA MELGAR, Alfredo

- "Artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores. Trabajo de los menores" en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. *Séptima edición. Pamplona, 2007, Ed. Thomson Aranzadi*, págs. 298 y ss.

- "Artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores. Capacidad para contratar" en Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. *Séptima edición. Pamplona, 2007, Ed. Thomson Aranzadi*.

MORENO ANTÓN, María

- "La libertad religiosa del menor de edad en el contexto sanitario" en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.): El menor ante el derecho en el siglo XXI. *Madrid, 2011, Ed. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*.

MORENO CATENA, Víctor

- "Derecho Procesal Civil. Parte especial". *Segunda edición. Madrid, 2000, Ed. Colex*.

MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta

- "Capacidad natural del menor, derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen y patria potestad" en García Garnica, María del Carmen y Morillas Fernández, Marta (Coords.): Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar. *Cizur Menor, 2008, Ed. Thomson Aranzadi.*

- "La protección jurídica del menor ante las redes sociales" en Boix Reig, Javier (Dir.): La protección jurídica de la intimidad. *Madrid, 2010, Ed. Iustel.*

MOSCOVICI, Serge

- Psicología social, II. Pensamiento y vida social. Psicología social y problemas sociales. *Barcelona, 1993, Ed. Paidós, 2ª reimpresión.*

MOSS, Peter; DAHLBERG, Gunilla y PENCE, Alan

- Més enllà de la qualitat, Col·lecció Temes d'Infància, *núm. 34. Barcelona, 1999, Ed. Associació de Mestres Rosa Sensat.*

MUCIUS SCAEVOLA, Quintius

- Código civil comentado y concordado extensamente, Tomo XX. Artículos 1.214 a 1.314 del Código civil - De las obligaciones. De los contratos -.

MUUSS, Rolf

- Teorías de la adolescencia. *Buenos Aires, 1966, Ed. Paidós.*

MUÑOZ CONDE, Francisco

- Derecho Penal. Parte Especial. *Onceava edició. Valencia, 1996, Ed. Tirant lo Blanch.*

MUÑOZ MACHADO, Santiago

- Derecho Público de las Comunidades Autónomas I. *Segunda edición. Madrid, 2007, Ed. Iustel.*

NANNINI, Ubaldo Guiuseppe

- Il consenso al trattamento medico: presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia, Germania e Italia. *Milano, 1989, Ed. Giuffrè.*

NAVARRO MICHEL, Mónica

- "Los derechos a la intimidad y propia imagen del menor de edad. Algunos supuestos conflictivos" en *Revista de Derecho Privado, marzo-abril 2009*, págs. 120 y ss.

- "Comentario al artículo 212-1 del Código civil de Cataluña. Derecho a la información sobre la salud" en Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin*, págs. 80 y ss.

- "Comentario al artículo 212-2 del Código civil de Cataluña. Consentimiento informado" en Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin*, págs. 67 y ss.

- "Comentario al artículo 212-7 del Código civil de Cataluña. Decisiones sobre el propio cuerpo" en Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin*, págs. 72 y ss.

NAVARRO MUNUERA, Andrés

- "Servicios sociales. Comentarios al artículo 9.25 y 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Comentarios sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, Vol. II. *Barcelona, 1990, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos*, págs. 101 y ss.

NAVARRO VIÑUALES, José María

- "Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés" en Legislación civil de Aragón, *La Notaría. Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons*, págs. 98 y ss.

NAYA GARMENDIA, Luis María

- La educación y los derechos humanos. *Donostia, 2005, Ed. Espacio Universitario Erein*.

NEIRINCK, Claire

- La protection de la personne de l'enfant contre ses parents. *Paris, 1984, Ed. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence*.

NEWELL, Peter y HODGKIN, Rachel

- Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child. *New York, 1998, Ed. Unicef*.

NICOLAU I NOS, Ramón

- "Una valoración de la nueva Ley de Servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social*, núm. 182, diciembre 2007, págs. 9 y ss.

NIETO ALONSO, Antonia

- "La relevancia del consentimiento del menor. Especial consideración a la anticoncepción en la adolescencia: garantías jurídicas de los menores y de los profesionales de la salud" en *Diario La Ley*, núm. 7041, D-300, octubre 2008, págs. 83 y ss.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen

- "Algunas consideraciones sobre la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en *la Ley* núm. 4135, Octubre 1996, págs. 26 y ss.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier

- "La función de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil: los derechos de la personalidad" en X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales. Vol. II. Madrid, 1988, Ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, págs. 41 y ss.

- Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. Madrid, 1991, Ed. *Revista de Derecho Privado*.

- Código civil. Comentado y con jurisprudencia. Madrid, 2001, Ed. *La Ley*.

OBSERVATORIO DE LA INFANCIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.

-Plan Estratégico Nacional de Infancia y Adolescencia 2006-2009. Guía para la aplicación de los derechos de la infancia y la adolescencia en España. Madrid, 2007, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

OLARTE ENCABO, Sofía

- "Comentarios al artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores" en Monereo Pérez, José Luís (Dir.): Comentario al Estatuto de los Trabajadores. *Granada, 1998, Ed. Comares*, págs. 221 y ss.

- "Comentarios al artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores" en Monereo Pérez, José Luís (Dir.): Comentario al Estatuto de los Trabajadores. *Granada, 1998, Ed. Comares*, págs. 313 y ss.

OLIVEIRA, Guilherme (de)

- Regime jurídico do apadrinhamento civil. Anotado. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. especial, Coimbra, 2011, Ed. Coimbra Editora.*

- Curso de Direito da Família. Vol. I. Introdução. Direito Matrimonial. *Cuarta edición. Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora.*

- Curso de Direito da Família. Vol. II. Direito da filiação. Tomo I. Estabelecimento da filiação. Adopção. *Coimbra, 2006, Ed. Coimbra Editora.*

- Direito da infância, da juventude e do envelhecimento. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 9, Coimbra, 2005, Ed. Coimbra Editora.*

- Direito tutelar de menores o sistema em mudança. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 2, Coimbra, 2002, Ed. Coimbra Editora.*

- Temas de Direito da Família. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 1. Segunda edición. Coimbra, 2001, Ed. Coimbra Editora.*

OLIVER, Bienvenido

- Estudios históricos sobre el Derecho civil en Cataluña. *Madrid, 1867, Ed. Librería española.*

- Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia: Código de las costumbres de Tortosa. Tomo II. *Madrid, 1878, Ed. Imprenta de Miguel Ginesta.*

ORDÁS ALONSO, Marta

- La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados. *Madrid, 2008, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier

- "El modelo social de la Comunidad valenciana: criterios y líneas de competencia" en *Revista valenciana de estudios autonómicos, núm. 49-50, 2005, págs. 1 y ss.*

OROZCO PARDO, Guillermo

- "Intimidad, privacidad, *extimidad* y protección de datos del menor. ¿Un cambio de paradigma?" en Boix Reig, Javier (Dir.): *La protección jurídica de la intimidad. Madrid, 2010, Ed. Iustel, págs. 382 y ss.*

ORTEGA ÁLVAREZ, Luís

- "Los derechos ciudadanos en los nuevos Estatutos de Autonomía" en Estado compuesto y derechos de los ciudadanos. *Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos, págs. 55 y ss.*

ORTIZ DE TENA, María del Carmen

- "Competencias sobre servicios sociales, voluntariado, menores y familia (comentario al artículo 61)" en Muñoz Machado, Santiago y Rebollo Puig, Manuel (Dir.): Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. *Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas*, págs. 598 y ss.

ORTUÑO MUÑOZ, Pascual

- "Comentario al artículo 211-6 del Código civil de Cataluña. Interés superior del menor" en Ortuño Muñoz, Pascual (Coord.): Persona y Familia. Libro II del Código civil de Cataluña. *Madrid, 2011, Ed. Sepin*, págs. 71 y ss.

PALÁ MEDIANO, Francisco y MARTÍN-BALLESTERO y CASTEA, Luís

- "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés" en Ponencia del Consejo de Estudios de Derecho aragonés. Segunda Semana de Derecho aragonés. *Zaragoza, 1943, Ed. Librería General*, págs. 33 y ss.

PALACIO MORENA, Juan Ignacio

- La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924). *Madrid, 1988, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*.

PALLÀS y VILLARONGA, Joaquim

- Apuntes de historia social del trabajo. *Barcelona, 1987, Ed. Artyplan, S.A.*

PALMA DE TESO, Ángeles (de)

- Administraciones públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados. *Madrid, 2006, Ed. Instituto Nacional de Administración Pública*.

- "Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia" en Aguado i Cudolà (Coord.): Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía. *Barcelona, 2009, Ed. Atelier*, págs. 98 y ss.

PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier

- El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Análisis de la legislación europea, nacional y autonómica. Estudio de su evolución jurisprudencial. *Granada, 2002, Ed. Comares*.

PANCHÓN IGLESIAS, Carme

- Manual de pedagogía de la inadaptación social. *Barcelona, 1998, Ed. Dulac*.

PANIZA FULLANA, Antonia

- "Cuestiones jurídicas en torno a las redes sociales: uso de datos personales para fines publicitarios y protección de datos de menores" en *Revista Española de Protección de Datos*, enero-junio 2009, págs. 101 y ss.

PARÍS DOMÉNECH, Neus

- "Las relaciones institucionales de la Generalitat en la Sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.): *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya*, págs. 393 y ss.

PARLAMENT DE CATALUNYA

- Els drets de l'infant. *Barcelona, 1998, Ed. Publicacions del Parlament de Catalunya.*

PARRA LUCÁN, Maria Ángeles

- "La capacidad del paciente para prestar consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español" en *Aranzadi Civil, núm. 2/2003. Pamplona, 2003, Ed. Aranzadi*, págs. 34 y ss.

- "Voluntades anticipadas - autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos -" en Acta de los Decimoquintos encuentros del Foro de Derecho aragonés. *Zaragoza, 2006, Ed. El Justicia de Aragón*, págs. 89 y ss.

PAYERAS MUNTANER, Gabriel

- "Protección de menores. Comentarios al artículo 30.39 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares" en Blasco Esteve, Avelino (Dir.): Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares. *Pamplona, 2008, Ed. Thomson Civitas*, págs. 456 y ss.

PECORA, Peter; WHITTAKER, James y MALUCCIO, Anthony

- The child welfare challenge. Policy, practice and research. *New York, 1984, Ed. Aldine de Gruyter.*

PELEGRÍ y VIAÑA, Xavier

- "Nuevo marco legal sobre prestaciones económicas. Anotaciones críticas a la Ley 13/2006 más desarrollo" en *Revista de Trabajo Social, núm. 182, diciembre 2007*, págs. 83 y ss.

PELLAS Y FORGAS, José

- Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código civil español. Segunda edición. *Barcelona, 1943, Ed. Vela.*

PEMÁN GAVIN, Juan

- "Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en *Revista del Poder Judicial*, núm. 74, 2004, págs. 16 y ss.

PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier

- Derecho de Familia. Adopción, acogimiento, tutela y otras instituciones de protección de menores. *Valladolid, 1995, Ed. Lex Nova.*

PÉREZ VERA, Elisa

- "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, enero 1993, págs. 35 y ss.

- "Convenio nº. XVIII de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980 e informe explicativo del Convenio" en *suplemento del Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1865, Marzo 2000, págs. 83 y ss.

- Derecho Internacional Privado. *Madrid, 2000, Ed. Colex, Vol. 2º.*

PETRINI, Enzo

- Estudio crítico de la literatura juvenil. *Madrid, 1963. Ed. Rialp S.A.*

PETTIGIANI, Eduardo Julio

- "El interés superior del menor ¿es superior a todo otro interés?", Ponencia del X Congreso Internacional de Derecho de Familia "El niño como sujeto de derecho" celebrado en Mendoza (Argentina) del 20 al 24 de septiembre de 1998. *Mendoza, 1998, Ed. Universidad Nacional de Cuyo*, págs. 114 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel

- Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol 1º. *Madrid, 1984, Ed. Tecnos.*

PEÑA VÁZQUEZ, José María

- "La protección a la infancia", en *Cuadernos de Documentación núm. 34, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980*, págs. 20 y ss.

PÉREZ DE TUDELA, María Isabel

- La mujer castellano-leonesa durante la Alta Edad Media. *Madrid, 1980, Fundación March.*

PÉREZ VENEGAS, Francisco

- "El secreto médico profesional y situaciones de conflicto" en *Revista General del Derecho, núms. 628-629, enero-febrero de 1997*, págs. 155 y ss.

PIAGET, Jean

- El nacimiento de la inteligencia en el niño. *Neuchâtel, 1977, Ed. Abaco.*

- Psicología del niño. *Octava edición. Madrid, 1978, Ed. Morata.*

PICONTÓ NOVALES, Teresa

- La protección de la infancia. Aspectos sociales y jurídicos. *Zaragoza, 1996, Ed. Egido.*

- "La aplicación del derecho de protección de menores en la Comunidad Autónoma Aragonesa" en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 8, junio de 1996, págs. 62 y ss.

PINCHBECK, Ivy y HEWITT, Margaret

- *Children in English Society. London, 1969, Ed. Routledge & Kegan Paul.*

PIÑAR MAÑAS, José Luis

- "El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales" en Piñar Mañas, José Luís (Dir): *Redes sociales y privacidad del menor. Madrid, 2011, Ed. Fundación Solventia*, págs. 78 y ss.

PLANIOL, Marcel

- *Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo I. Las personas. Estado y capacidad. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence.*

- *Tratado práctico de Derecho civil francés. Tomo VI. Las obligaciones. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence.*

PLATÓN

- La República, Libro V. *Barcelona, 1979, Ed. Juventud, S.A.*

PLATT, Anthony.

- Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia (trad. Félix Bueno). *Madrid, 1982, Ed. Siglo XXI.*

PLAZA PENADÉS, Javier

- "La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica" en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2003, págs. 5 y ss.

PLESSIS DE GRENÉDAN, Joachim

- Histoire de l'autorité paternelle et de la société familiale en France, avant 1789. *París, 1900, Ed. Arthur Rousseau editeur.*

POLAINO NAVARRETE, Miguel

- "Voz menor (Derecho penal)" en Montoya Melgar, Alfredo (Dir.): Enciclopedia jurídica básica, III. *Madrid, 1995, Ed. Civitas*, págs. 51 y ss.

POLLOCK, Linda

- Forgotten Children: parent-child relations from 1500 to 1900. *Cambridge, 1983, Ed. Cambridge University Press.*

POSTMAN, Neil

- La desaparició de la infantesa. Traducció de Pepi Andreu. *Vic, 1994, Ed. Eumo.*

POTHIER, Robert Joseph

- Tratado de las obligaciones. *Barcelona, 1839, Ed. Imprenta y litografía de J. Roger.*

PRADA GONZÁLEZ, José Maria (de)

- "La patria potestad tras la reforma del Código civil" en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXV, 1983, págs. 392 y ss.*

PUENTE ALCUBILLA, Verónica

- Minoría de edad, religión y derecho. *Madrid, 2001, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

PUIG BRUTAU, José

Fundamentos de Derecho civil. Tomo II. Vol. I. Doctrina general del contrato. *Tercera edición. Barcelona, 1988. Ed. Bosch.*

PUIG BRUTAU, José y PUIG FERRIOL, Luís

- Fundamentos de Derecho civil. Tomo I. Vol. I. Parte general: sujeto y objeto del Derecho. *Barcelona, 1979, Ed. Bosch.*

PUILIDO QUECEDO, Manuel

- "En torno a la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra: su sistema de competencias" en *Revista de Administración Pública, núm. 99, septiembre-diciembre 1982, págs. 39 y ss.*

QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep

- Derecho Penal. Parte Especial. *Barcelona, 2010, Ed. Atelier.*
- "La regulación del aborto en España tras la Ley Orgánica 2/2010" en *La Ley Penal*, núm. 81, abril 2011, págs. 1 y ss.

RAMOS BASCUÑANA, Rafael

- Capacidad de los menores para contratar y obligarse. *Madrid, 1907, Ed. Hijos de Reus.*

RAMOS CHAPARRO, Enrique

- La persona y su capacidad civil. *Madrid, 1995, Ed. Tecnos.*
- Ciudadanía y Familia: los estados civiles de la persona. *Barcelona, 1999, Ed. Cedecs.*

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel

- "Trabajo de los menores - En torno al artículo 6-" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, marzo-agosto 2000, págs. 227 y ss.

RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac

- Derecho de la persona. *Barcelona, 2011, Ed. Bosch.*
- "El Comité de los Derechos del Niño" en Villagrasa Alcaide, Carlos (Coord.): El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España. *Barcelona, 2006, Ed. Bosch*, págs. 21 y ss.

- "¿Hay una única infancia?. La construcción de ciudadanía desde la niñez y la adolescencia a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño" en Villagrasa Alcaide, Carlos (Coord.): Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad. *Barcelona, 2006, Ed. Ariel*, págs. 18 y ss.

- "New steps towards children's rights", Seminario Europeo "Poverty, social exclusion and the right to optimal development", celebrado en Girona del 8 al 17 de septiembre de 1999 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights. *Girona, 2000, Ed. Universitat de Girona*, págs. 129 y ss.

- "Apuntes sobre la nueva Ley de Servicios sociales" en *Educación Social: Revista de intervención socioeducativa*, núm. 40, septiembre-diciembre 2008.

REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA

- Las Siete Partidas del rey Don Alfonso el Sabio, tres tomos. *Madrid, 1807, Imprenta real*, págs. 100 y ss.

REBOLLEDO VARELA, Ángel Luís

- "Derecho civil de Galicia: presente y futuro" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, julio-diciembre 2008, págs. 5 y ss.

RECHEA ALBEROLA, Cristina

- "Panorama actual de la delincuencia juvenil", en Giménez-Salinas y Colomer, Esther (Coord): Justicia de menores: una justicia mayor. Comentarios a la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Manuales de Formación Continuada núm. 9. *Madrid, 2001, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 30 y ss.

REGLERO IBÁÑEZ, José Luís

- "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español" en *La Ley*, núm. 5570, 2002, págs. 1901 y ss.

REIG REIG, José Vicente

- "Los delitos contra la vida y la integridad corporal en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal" en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1992, págs. 42 y ss.

RELATS i CASAS, Vicenç

- "La nueva Ley de Servicios sociales, el eje para el cuarto pilar del Estado del bienestar" en *Cuadernos de Acción Social y Ciudadanía. Revista de información, análisis e investigación social*, núm. 1, enero 2008, págs. 5 y ss.

RENAU, Dolors; ROIG, Montserrat y LEAL, José

- "La família i la infància" en Colección Servicios Sociales núm. 9. *Barcelona, 1994, Diputación de Barcelona*, págs. 20 y ss.

RENCHON, Jean - Louis

- "Les droits de l'enfant dans le conflit parental", Acto del coloquio organizado por la Comisión de jóvenes abogados del Colegio de Abogados de Liège y la Facultad de Derecho de la Universidad de Liège " Enfant, sujet de droits: rêve ou réalité?", celebrado en Liège el 14 de octubre de 1994. *Liège, 1995, Ed. ASBL Editions du jeune barreau de Liège*, págs. 17 y ss.

REQUEJO CONDE, Carmen

- Protección penal de la vida humana. Especial consideración de la eutanasia neonatal. *Granada, 2008, Ed. Comares*.

REQUENA HUERTAS, Marcela

- "La protección jurídica del menor en el ámbito del Consejo de Europa: el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño" en Calvo García, M. y Fernández Sola, N. (Coords.): *Los derechos de la infancia y de la adolescencia, Primeras Jornadas sobre Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, 2000*, págs. 187 y ss.

REQUERO IBAÑEZ, José Luis

- "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español" en *Diario La Ley*, núm. 4, año 2002, págs. 1901 y ss.

REYMOND-RIVIER, Berthe

- El desarrollo social del niño y del adolescente. *Barcelona, 1986, Ed. Herder.*

RICO PÉREZ, Francisco

- "La individualización de la persona humana en el Derecho civil" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 238, enero 1975, págs. 9 y ss.

- La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil. *Madrid, 1980, Ed. Montecorvo, S.A.*

RIESMAN, David

- La muchedumbre solitaria. *Buenos Aires, 1981, Ed. Paidós.*

RIFÀ SOLER, José María y VALLS GOMBAU, José Francisco

- Derecho Procesal Penal. *Madrid, 2000, Ed. Iurgium.*

RIPERT, Georges

- La règle morale dans les obligations civiles. *Paris, 1925, Ed. Librairie générale de droit et jurisprudence.*

RIU FORTUNY, Ramón

- "Las categorías funcionales de competencias en el Estatuto de Autonomía de Cataluña" en Vintró, Joan; Bernardi, Xavier y Barceló, Mercè (Coords.): *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006. Barcelona, 2010, Ed. Escola d'Administració Pública de Catalunya de la Generalitat de Catalunya*, págs. 286 y ss.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María

- "Las minorías en derecho civil" en *Revista de Derecho Privado, núm. 1, enero 2003*, págs. 63 y ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco

- El derecho de visita. *Barcelona, 1996, Ed. Bosch.*

- El interés del menor. *Madrid, 2000, Ed. Dykinson.*

- "Protección civil de los menores en España. Líneas fundamentales" en Oliveira, Guilherme: *Direito da infância, da juventude e do envelhecimento. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 9, Coimbra, 2005, Ed. Coimbra Editora*, págs. 17 y ss.

ROCA TRIAS, Encarna

- "El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles en las distintas Constituciones y en la vigente" en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, págs. 27 y ss.

- "Metodología para un enfoque constitucional del Derecho de la Persona" en Estudios de Derecho civil en Homenaje al Prof. Dr. José Luís Lacruz Berdejo. Vol. II. *Barcelona*, 1993, Ed. Bosch, págs. 13 y ss.

- "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado", discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1994, págs. 976 y ss.

- Familia y cambio social (De la casa a la persona). *Barcelona*, 1999, Ed. Cuadernos Civitas.

ROCHEFOT, Christiane

- Los niños primero. *Segunda edición. Barcelona*, 1982, Ed. Anagrama.

RODOTÀ, Stefano

- "Sociedad contemporánea, privacidad del menor y redes sociales" en Piñar Mañas, José Luís (Dir): Redes sociales y privacidad del menor. *Madrid*, 2011, Ed. Fundación Solventia, págs. 40 y ss.

RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS, Joaquín

- "Comentarios al artículo 156 del Código Penal" en Rodríguez de Miguel Ramos, Joaquín (Coord.): Código Penal. Comentado y con jurisprudencia. *Madrid, 2007, Ed. La Ley*, págs. 389 y ss.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María

- "Una vez más sobre las declaraciones de derechos (y otras regulaciones materiales) en los Estatutos de Autonomía" en *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 7, abril 2009, págs. 12 y ss.

RODRÍGUEZ IZQUIERDO, Raquel

- "Los derechos y obligaciones de los pacientes" en Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dir.): Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. *Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters*, págs. 395 y ss.

- "La información sanitaria y la historia clínica" en Rivas Vallejo, Pilar y García Valverde, María (Dir.): Derecho y medicina. Cuestiones jurídicas para profesionales de la salud. *Cizur Menor, 2009, Ed. Thomson Reuters*.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar

- "La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989" en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 1992, págs. 502 y ss.

- "La protección internacional del menor en el ámbito del derecho privado" en *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 22, 1998, págs. 326 y ss.

RODRÍGUEZ PASCAL, Iván

- Para una sociología de la infancia: aspectos teóricos y metodológicos. *Madrid, 2007, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas.*

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel

- "La edad como impedimento para la entrada al trabajo: ¿Cuándo está justificada? - Comentario a la Sentencia de la Sala 5ª del Tribunal Central de Trabajo de 5 de octubre de 1988 -" en *Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 38, abril-junio 1989*, págs. 326 y ss.

RODRÍGUEZ SANTOS, Baltasar

- Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Tomo I. *Cuarta edición. Valladolid, 1992, Ed. Lex Nova.*

ROGNONI, Irma

- Menors i joves del carrer: visió sociojurídica, Col·lecció Finestra Oberta núm. 23. *Barcelona, 2001, Ed. Fundació Jaume Bofill.*

ROMEO CASABONA, Carlos María

- El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana. *Madrid, 1994, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.*

- Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética. *Granada, 2004, Ed. Comares.*

ROMEO MALANDA, Sergio

- "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario" en *Revista La Ley*, núm. 5185 y 5186, de 16 y 17 de noviembre de 2000, págs. 1456 y ss.

- "Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" en *Revista La Ley*, núm. 5703, de 23 de enero de 2003, págs. 1531 y ss.

- "La evolución del valor jurídico del consentimiento de los menores de edad. Especial referencia al aborto" en ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario: Actualización y puesta al día en derechos de información y autonomía de los pacientes: especial referencia al consentimiento informado, dirigido por Manuel Alfonso Villa Agil. *Octubre de 201*, págs. 14 y ss.

ROMERO PAREJA, Agustín

- "Consentimiento informado ante la donación de órganos para trasplantes" en *Diario La Ley*, núm. 7544, D-10, enero de 2011, págs. 37 y ss.

ROSA CORTINA, José Miguel (de la)

- "El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en derecho civil, penal y en reforma de menores" en *Revista del Poder Judicial*, núm. 22, 2003, págs. 7 y ss.

ROVIRA VIÑAS, Antonio

- Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado. *Pamplona, 2007, Ed. Thomson Aranzadi.*

ROYO JARA, José

- La protección del derecho a la propia imagen: actores y personas de notoriedad pública según Ley de 5 de mayo de 1982. *Madrid, 1987, Ed. Colex.*

ROUSSEAU, Jean-Jackes

- Émile ou de l'éducation, versión traducida al catalán por Montserrat Gispert, Col·lecció Textos Pedagògics núm. 5. *Vic, 1985, Ed. Eumo.*

RUANOS ALBERTOS, Sara

- "El trabajo de los menores de edad: determinados aspectos de su tratamiento por la normativa internacional, comunitaria y nacional" en *Tribuna Social, núm. 127, 2001, págs. 227 y ss.*

- El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria. *Madrid, 2001, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.*

RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline

- "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française", Simposio Internacional "La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI", celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996 con motivo del Cincuentenario de la creación del UNICEF. *Salamanca, 1996, Ed. Ediciones Universidad de Salamanca, págs. 317 y ss.*

RUBIO, M^a José y VARAS, Jesús

- El análisis de la realidad en la intervención social. Métodos y técnicas de investigación. *Madrid, 1997, Ed. CCS.*

RUBIO LARA, Pedro

- "La reproducción asistida no consentida: una propuesta de lege ferenda sobre la despenalización del aborto en este supuesto" en Aránguez Sánchez, Carlos y Romeo Casabona, Carlos (Coords.): Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. *Madrid, 2006, Ed. Dykinson, págs. 255 y ss.*

RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio

- "De la representación legal de los hijos" en Rams Albesa, Joaquín (Coord.): Comentarios al Código civil. Tomo II. Vol. 2º. *Barcelona, 2000, Ed. Bosch S.A, págs. 1503 y ss.*

RUBIOL y GONZÁLEZ, Gloria

"La nueva Ley de Servicios sociales de Cataluña y los profesionales de los servicios sociales" en *Revista de Trabajo Social, núm. 182, diciembre 2007, págs. 75 y ss.*

RUIZ GARCÍA, Juan Antonio

- "Aspectos jurídicos de la medicina personalizada" en *InDret, mayo de 2005, págs. 13 y ss.*

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín

- Convención sobre los Derechos del Niño. Los niños primero. *Barcelona, 1996, Ed. Lumen.*

- "Artículo 10. Derechos fundamentales de la persona" en Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.): Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo II. *Madrid, 1996, Ed. Edersa, págs. 68 y ss.*

RUIZ JIMÉNEZ, Juana

- "La capacidad del menor en el ámbito sanitario" en Pous de la Flor, María Paz; Leonseguí Guillot, Rosa Adela y Yáñez Vivero, Fátima (Coords.): La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas. *Madrid, 2009, Ed. Exlibris.*

- "La situación del menor en el ámbito sanitario" en *Revista Pediatría de Atención Primaria, Vol. XIII, núm. 50, abril-junio 2011*, págs. 81 y ss.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana y TEJEDOR MUÑOZ, Lourdes

- "Notas sobre la responsabilidad en torno a las donaciones de órganos cuando el donante es un menor" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º. 705, enero-febrero 2008*, págs. 434 y ss.

RUIZ RODRIGO, Cándido

- Protección de la infancia en España. Reforma social y educación, Cuadernos del Departamento de Educación Comparada e Historia de la Educación, núm. 54. *Valencia, 2004, Ed. Universitat de Valencia.*

SABATER BAYLE, Elsa

- Derecho civil navarro. *Pamplona, 2009, Ed. Marcial Pons*

SACCO, Rodolfo

- "Il manuale per le matricole (dal De Ruggiero al nostro tempo), en *Rivista di Diritto Civile, núm. XXI, Parte III, 1975*, págs. 343 y ss.

SÁINZ DE VARANDA, Ramón

- "Las normas en el Derecho civil especial de Aragón. Derecho de la persona y de la familia (artículos 1 a 22 de la Compilación)" en *el Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 26, julio 1967, págs. 57 y ss.

SAINZ MORENO, Fernando

- Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa. *Primera edición. Madrid, 1976 Ed. Civitas.*

SALAS MURILLO, Sofía (de)

- Las asociaciones sin ánimo de lucro en el Derecho español. *Madrid, 1999, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.*

SALVADOR GUTIÉRREZ, Susana

- "Algunas instituciones de protección del menor y su régimen registral" en *Actualidad Civil*, núm. 23, Junio 1998, págs. 129 y ss.

SALVADOR I CODERCH, Pablo

- "La Disposición Final Tercera de la Compilación Catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas" en *Anuario de Derecho Civil*, XXXVII, octubre-diciembre, 1984, págs. 980 y ss.

- "Las remisiones" en Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL): La reforma de las Leyes: 10 estudios de técnica legislativa. *Barcelona, 1986, Ed. Bosch*, págs. 224 y ss.

- El mercado de las ideas. *Madrid, 1990, Ed. Centro de Estudios Constitucionales.*

SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier

- "La capacidad del menor no emancipado" en Libro-Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada. Volumen III. *Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería*, págs. 1683 y ss.

SÁNCHEZ CARO, Jesús y ABELLÁN, Fernando

- Derechos y deberes de los pacientes: Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. *Granada, 2003, Ed. Comares*.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel

- "Artículo 3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Condiciones personales de la aplicación de las técnicas" en Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.): Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi*, págs. 59 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen

- "Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión", en *Actualidad Civil*, núm. 12, Marzo 1999, págs. 11 y ss.

- "Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad" en Cabanillas Sánchez, Antonio et. al. (Coords.): Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo. Tomo I. Semblanzas. Derecho Civil. Parte general. *Madrid, 2003, Ed. Thomson Civitas*, págs. 954 y ss.

SÁNCHEZ MORO, Carmen

- La Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas. Catálogo de la exposición. *Madrid, 1999, Ed. Ministerio de Asuntos Sociales.*

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe

- Estudios de Derecho civil, común y foral. Tomo II. Parte General. *Madrid, 1889, Ed. Sucesores de Rivadeneyra.*

- Estudios de Derecho civil, común y foral. Tomo IV. Derechos de obligaciones. *Segunda edición. Madrid, 1889, Ed. Sucesores de Rivadeneyra.*

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe

- La Codificación civil en España. En sus dos períodos de preparación y consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil. *Pamplona, 2002, Ed. Analecta ediciones.*

SÁNCHEZ SAAVEDRA, MANUEL

- Cómo entender a los adolescentes para educarlos mejor. *México, 2004, Ed. Pax México.*

SÁNCHEZ-VALVERDE VISUS, Carlos

- La Junta Provincial de Protección a la Infancia de Barcelona, 1908-1985. Aproximación y seguimiento histórico. *Barcelona, 2009, Ed. Secretaria de Infancia y Adolescencia. Departamento de Acció Social y Ciutadania. Generalitat de Catalunya.*

SANCHO GALLEGO, Ignacio y ORTUÑO MUÑOZ, Pascual

- "Comentario al artículo 749 LEC" en Fernández-Ballesteros, Miguel Ángel et al. (Coords.): Comentarios a la nueva LEC, Tomo III. *Barcelona, 2000, Ed. Iurgium*, págs. 9 y ss.

SANCHO GARGALLO, Ignacio

- "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado" en *InDret*, abril de 2004, págs. 3 y ss.

- "Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas" en Abel Lluch, Xavier (Dir.): El Juez civil ante la investigación biomédica. *Madrid, 2005, Ed. Consejo General del Poder Judicial*, págs. 225 y ss.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís

- "La edad en Derecho aragonés" en Libro Homenaje a la Memoria de Don Juan Moneva y Puyol. *Zaragoza, 1954, Ed. Estudios de Derecho aragonés. Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, págs. 345 y ss.

- "La capacidad de las personas por razón de la edad, en la Compilación del Derecho civil de Aragón" en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril 1968, págs. 199 y ss.

- Estudios de Derecho Civil, I. *Pamplona, 1978, Ed. Universidad de Navarra*.

- "Comentarios al artículo 5 de la Compilación de Derecho civil de Aragón" en Lacruz Berdejo, José Luís (Dir.): Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, Tomo I. *Zaragoza, 1988*, págs. 340 y ss.

- "Informe sobre capacidad de las personas menores por razón de la edad" en Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho foral aragonés. Vol. I. *Zaragoza, 1996*, págs. 127 y ss.

- "La patria potestad", obra colectiva "Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia". *Barcelona, 1997*, Ed. José María Bosch Editor, págs. 32 y ss.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan

- Estatuto de Autonomía de Cataluña. Trabajos parlamentarios. *Madrid, 1985*, Ed. Cortes Generales

SANTOLARIA SIERRA, Félix

- Marginación y educación. Historia de la educación social en la España moderna y contemporánea. *Barcelona, 1997*, Ed. Ariel S.A.

SANTOS BRIZ, Jaime

- "Comentarios a los artículos 1.088 a 1.314 del Código civil" en Albácar López, José Luis y Martín-Granizo Fernández, Mariano (Coords.): Código civil. Doctrina y jurisprudencia. Tomo IV - artículos 1.088 a 1.444 del Código civil -. *Madrid, 1995*, Ed. Trivium, págs. 105 y ss.

- Código Civil. *Duodécima edición. Madrid, 2001*, Ed. Colex.

SANTOS MORÓN, María José

- Incapitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen. *Madrid, 2000*, Ed. Escuela Libre.

- "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en *La Ley*, núm. 5675, 2002, págs. 7 y ss.

- "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor" en Díaz-Maroto y Villarejo, Julio y Rodríguez Guitián, Alma (Coords.): El menor ante el derecho en el siglo XXI. *Madrid, 2011, Ed. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, págs. 64 y ss.

SNYDERS, Georges

- La pédagogie en France aux XVIIe et XVIIIe siècles. *Paris, 1965, Ed. Presses Universitaires de France*.

SAPORITI, Angelo

- "Statistics in Childhood" en Seminario Europeo "Poverty, social exclusion and the right to optimal development", celebrado en Girona del 8 al 17 de septiembre de 1999 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights. *Girona, 2000, Ed. Universitat de Girona*, págs. 85 y ss.

SARASA URDIOLA, Sebastià

- "La Ley catalana en el contexto europeo" en Cuadernos de Acción Social y Ciudadanía. *Revista de información, análisis e investigación social*, núm. 1, enero 2008, págs. 33 y ss.

SAVE THE CHILDREN

- "Children's Rights: reality or rhetoric? The U.N. Convention on the Rights of the Child: the first ten years". *London, 2000, Ed. Sarah Muscroft*, págs. 18 y ss.

SAVIGNY, Friedrich Karl von

- Sistema del Derecho Romano actual. Vol. II. *Madrid, 1878-1879, Ed. F. Góngora.*

SCHNAPP, Alain

- "La imagen de los jóvenes en la ciudad griega" en Levi, Giovanni (Dir.): Historia de los jóvenes. De la antigüedad a la edad moderna. *Madrid, 1996, Ed. Taurus,* págs. 47 y ss.

SEIJAS QUINTANA, José Antonio

- "Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas" en *Actualidad Civil, núm. 29, Julio 1997,* págs. 121 y ss.

SEMPERE RODRÍGUEZ, César

- "Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen" en Alzaga Villaamil, Óscar (Dir.): Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo II. *Madrid, 1996, Ed. Edersa.*

SERNA MOROÑO, Encarna

- "Artículo 6 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Usuarios de las técnicas" en Cobacho Gómez, José Antonio (Dir.): Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Cizur Menor, 2007, Ed. Thomson Aranzadi,* págs. 388 y ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel

- "Comentario al artículo 12 de la Constitución española" en Garrido Falla, Fernando (Dir.): Comentarios a la Constitución. *Tercera edición. Madrid, 2001, Ed. Civitas*, págs. 225 y ss.

SERRANO ALONSO, Eduardo

- "Comentario a los artículos 314 y 315 del Código civil español" en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.): Comentario del Código civil. Tomo II. *Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A.*, págs. 701 y ss.

- "Comentario al artículo 162 del Código civil español" en Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio (Coord.): Comentario del Código civil. Tomo II. *Barcelona, 2006, Ed. Bosch S.A.*, págs. 629 y ss.

SERRANO GARCÍA, José Antonio

- "Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de 14 de diciembre, de protección de menores" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 12, julio-diciembre 1991, pág. 17 y ss.

- Memoria del texto articulado del Proyecto de Ley de actualización del Derecho civil de Aragón en materia de Derecho de la persona, Primera entrega correspondiente al Título Primero: De la capacidad y estado de las personas. *Zaragoza, 2004.*

- "Derecho civil de Aragón: presente y futuro" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 46, julio-diciembre 2008, págs. 109 y ss.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso

- Derecho Penal. Parte Especial. *Séptima edición. Madrid, 2002, Ed. Dykinson.*

SERRANO RUIZ CALDERÓN, Manuel

- "El abandono de menores: su regulación en el ámbito penal" en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 45, 2003, págs. 31 y ss.*

SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia

- "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre" en *InDret, abril de 2003, págs. 3 y ss.*

SEVILLA BUJALNACE, Juan Luis

- "Derecho a la vida y libertad de conciencia de los menores. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002" en *Revista de Derecho Privado, núm. 4, julio 2003, págs. 560 y ss.*

SHAFFER, David Reed

- Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia. *Georgia, 1999, Ed. Thomson editores.*

SHORTER, Edward

- The making of the modern family. *New York, 1975, Ed. Basic Books.*

SHUBERT, Adrian

- Historia Social de España (1800-1990). *Madrid, 1990, Ed. Nerea.*

SIMÓN LORDA, Pablo

- "La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas" en Feito Grande, Lydia (Ed.): Estudios de bioética. *Madrid, 1997, Ed. Dykinson*, págs. 122 y ss.

SOBREQUÉS i CALLICÓ, Jaime y RIERA VIADER, Sebastià

- L'Estatut d'Autonomia de Catalunya 1979: bases documentals per a l'estudi del procés polític d'elaboració de l'Estatut, Vol. III. *Barcelona, 1982, Ed. Edicions 62*.

SOLÉ RESINA, Judith

- "El consentimiento informado en la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información referentes a la salud y autonomía del paciente y la documentación clínica. Especial referencia al consentimiento del menor de edad en los tratamientos e intervenciones médicas" en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña, núm. 109, 2003*, págs. 111 y ss.

SOTO NIETO, Francisco

- "Derechos sucesorios del hijo adoptivo en la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña" en *Revista General de Derecho, núm. 198, 1961*, págs. 216 y ss.

STANDLEY, Kate

- *Family Law. Tercera edición. New York, 2001, Ed. Palgrave*.

STANZIONE, Pasquale

- *Capacità e minore età nella problematica della persona umana. Camerino, 1975, Ed. Jovene*.

- "Contrasti tra genitori e figli nelle sulte esistenziali e interesse del minore" en Stanzione, Pasquale (Coord.): *Persona e comunità familiare: atti del Convegno di Salerno, 5-7 novembre 1982. Napoli, 1985, Ed. Edizioni Scientifiche Italiane*, págs. 387 y ss.

- "Interesse del minore e statuto dei suoi diritti" en Gorla, Gino: *Studi in memoria di Gino Gorla: la figura e l'opera le fonti, il precedente, la sentenza la cultura del diritto. Vol. I. Milano, 1994, Ed. A. Giuffrè*, págs. 1.755 y ss.

STEINBERG, Shirley y KINCHELOE, Joe

- *Cultura infantil y multinacionales. La construcción de la identidad en la infancia. Madrid, 2000, ediciones Morata S.L.*

STONE, Lawrence

- *The family, sex and marriage in England: 1500-1800. New York, 1977, Ed. Harper & Row.*

STONE, Olive

- *Family Law Statues. Tercera edición. London, 1981, Ed. Sweet&Maxwell's.*

SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando

- "Contrato de trabajo de los menores" en Bayón Marine, Ignacio (Coord.): *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo. Madrid, 1965, Ed. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho*, págs. 35 y ss.

- *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo. Madrid, 1967, Ed. Instituto de Estudios Políticos.*

- "Capacidad para contratar - En torno al artículo 7-" en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, marzo-agosto 2000, págs. 313 y ss.

SYNNOTT, Anthony

- "Little angels, little devils: a sociology of children" en Handel, Gerald (Ed.): *Childhood Socialization. New York, 1988, Ed. Aldine de Gruyter*, págs. 40 y ss.

TAMARIT SUMALLA, Joseph

- "De las lesiones" en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords.): *Comentarios al nuevo Código Penal. Cizur Menor, 2005, Ed. Thomson Aranzadi*, págs. 820 y ss.

TARIFA FERNÁNDEZ, Adela

- Marginación, pobreza y mentalidad social en el Antiguo Régimen: los niños expósitos de Úbeda (1665-1778). *Granada, 1994, Ed. Universidad de Granada*.

TARODO SORIA, Salvador

- Libertad de conciencia y derechos del usuario en los servicios sanitarios. *Bilbao, 2005, Ed. Universidad del País Vasco*.

TÁVORA VÍTOR, Paula

- A administração do património das pessoas com capacidade diminuída. *Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 10, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora*.

TÉLLEZ AGUILERA Abel

- Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre. *Madrid, 2001, Ed. Edisofer*.

TENA PIAZUELO, Isaac

- "Panorama de la guarda administrativa de menores tras la Ley de protección jurídica de 1996" en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 24, julio-diciembre 1997, págs. 258 y ss.

TESSYÉ, Bernard

- Droit civil. Les personnes. *París, 1981, Ed. Litec*

THON, August

- Norma Giuridica e Diritto Soggettivo. Indagi di Teoria Generale del Diritto, traduzione di Alessandro Levi. *Pádova, 1951, Ed. CEDAM.*

TOLDRÀ ROCA, María Dolors

- Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad. *Barcelona, 2000, Ed. Cedecs.*

TOLIVAR ALAS, Leopoldo

- "Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores" en *Revista de Administración Pública*, núm. 124, enero-abril 1991, págs. 51 y ss.

- "Voz menor (Derecho administrativo)" en Montoya Melgar, Alfredo (Dir.): Enciclopedia jurídica básica, III. *Madrid, 1995, Ed. Civitas*, págs. 14 y ss.

TORRALBA SORIANO, Vicente

- "La incapacidad contractual" en Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño. *Salamanca, 1984, Ed. Universidad de Salamanca*, págs. 704 y ss.

TORRELES TORREA, Esther

- "La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia" en *Actualidad Civil*, núm. 34, septiembre de 2001, págs. 85 y ss.

TREJO SARAVIA, Isela Guadalupe

- "El interés superior del niño. Principio Prevalente", en *Boletín de Divulgación Jurídica*, núm. 2, Abril 1999, págs. 3 y ss.

TRIVIÑO CABALLERO, Rosana

- "Autonomía del paciente y rechazo del tratamiento por motivos religiosos. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, de 18 de julio" en *InDret*, julio de 2010, págs. 42 y ss.

TRUYO I SERRA, Antonio

- Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenciones Internacionales. *Madrid, 1977, Ed. Tecnos.*

TUCHMAN, Barbara Wertheim

- Un espejo lejano. Traducción por Juan Antonio Larraya. *Barcelona, 1980, Ed. Argos Vergara.*

TUCKER, Nicholas

- ¿Qué es un niño?. *Madrid, 1979, Ed. Morata S.A.*

UHÍA ALONSO, Josefa María

- "Problemática de tipo legal derivada de la adopción internacional", en *Revista jurídica La Ley*, núm. 4480, Febrero 1998, págs. 382 y ss

UREÑA Y SMENJAUD, Rafael (de)

- "Una tradición jurídica española. La autoridad paterna y solidaria del padre y de la madre" en Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas al dar posesión de sus plazas a los individuos de número de la misma. Tomo IX, mayo 1910 - marzo 1912. *Madrid, 1912, Ed. Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, págs. 10 y ss.

URIBE SORRIBES, Antonio

- "La representación de los hijos" en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado. Tomo XXV, 1983*, págs. 244 y ss.

URRA PORTILLO, Javier

- El futuro de la infancia. *Madrid, 2001, Ed. Pirámide*.

VALERO NISIMBLAT, Carlos

- "El entorno jurídico: los principios generales legislativos y reglamentarios referidos a la protección de datos de los menores y adolescentes" en el Informe del Proyecto para niños y adolescentes destinado a fomentar desde la escuela el uso de las tecnologías de la información, y a concienciar sobre la protección de datos de carácter personal elaborado por el Proyecto de la Comisión de Libertades e Informática (CLI-Prometeo). *Año 2009*.

VALLE NUÑIZ, José Manuel

- "De las lesiones al feto" en Quintero Olivares, Gonzalo y Morales Prats, Fermín (Coords.): Comentarios al nuevo Código Penal. *Cizur Menor, 2005, Ed. Thomson Aranzadi*, págs. 847 y ss.

VALVERDE LAMSFUS, Lola

- Entre el deshonor y la miseria. Infancia abandonada en Guipúzcoa y Navarra. Siglos XVII-XVIII. *Bilbao, 1994, Ed. Servicio Editorial Universidad del País Vasco.*

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto

- Tratado de Derecho civil español. Tomo I. Parte general. *Valladolid, 1909, Ed. Casa Editorial Cuesta.*

VAN BUEREN, Geraldine

- The International Law on the Rights of the Child. *Dordrecht, 1995, Ed. Martinus Nijhoff.*

- The international law on the rights of the child. *London, 1998, ed. Martinus Nijhoff Publishers.*

VAQUER ALOY, Antoni

- "El Derecho civil catalán: presente y futuro" en *Revista Jurídica de Navarra, núm. 46, julio-diciembre 2008, págs. 72 y ss.*

VARELA GARCIA, Carlos

- "Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto", en *Actualidad Civil, núm.12, marzo de 1997, págs 273 y ss.*

VARGAS CABRERA, Bartolomé

- "El desamparo de menores y sus consecuencias jurídicas" en *Anuario de Derecho Civil, abril-junio 1991, Tomo XLIV, fasc. II, págs. 612 y ss.*

- La protección de menores en el Ordenamiento jurídico: adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, jurisprudencia, legislación autonómica e internacional: Ley 21/1987, de 11 de noviembre. *Granada, 1994, Ed. Comares.*

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos

- "Comentario al artículo 156 del Código penal español" en Vázquez Iruzubieta, Carlos (Coord.): *Comentarios al Código Penal. Madrid, 2009, Ed. vLex, págs. 3 y ss.*

- "Comentario al artículo 314 del Código Civil español" en Vázquez Iruzubieta, Carlos (Coord.): *Tutela, curatela, emancipación, Registro civil. Comentarios a los artículos 215 a 332 del Código Civil español. Barcelona, 2010, Ed. vLex, págs. 2 y ss.*

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía

- "La autonomía del menor en el ámbito de la salud. Un supuesto particular: la anorexia nerviosa" en *Revista de Derecho Privado, septiembre-octubre 2007, págs. 19 y ss.*

VEERMAN, Philip

- *The rights of the child and the changing image of childhood. Dordrecht, 1992, Ed. Martinus Nijhoff.*

VEGA SALA, Francisco

- "Alimentos: Hijos mayores y menores de edad", en "Problemas candentes en los Procesos de Familia". *Madrid, 1995, Ed. Dykinson, págs. 38 y ss.*

VERHELLEN, Eugeen

- Convention on the Rights of the Child. *Gent, 1997, Garant Publishers.*

- "Children's rights in Europe. An overview and a framework for understanding", en Seminario Europeo "The right of the child to privacy", celebrado en Amsterdam del 15 al 24 de septiembre de 1998 con motivo del European Socrates Course on Children's Rights. *Amsterdam, 1999, Ed. University of Amsterdam, págs. 1 y ss.*

VICENTE PACHÉS, Fernando (de)

- Asistencia social y servicios sociales, régimen de distribución de competencias. *Madrid, 2003, Ed. Secretaría General del Senado. Dirección de Estudios y Documentación. Departamento de Publicaciones.*

VIDAL GIL, Ernesto Jaime

- "Los derechos en la Convención de Derechos del Niño y en la Constitución española" en Balado, Manuel y García Regueiro, J.A. (Dirs.): La Constitución española de 1978 en su XXX aniversario. *Barcelona, 2003, Ed. Bosch, págs. 101 y ss.*

VIDAL i MARSAL, Santiago

- "El tracte dispensat a nivell judicial als infants víctimes d'agressions", ponencia impartida en las primeras jornadas de trabajo "L'interés superior dels infants. Intercanvis tècnics i jurídics en torn a l'atenció als infants maltractats", celebradas en Barcelona el 14 y 15 de junio de 2002, organizadas por la Fundació Concepció Juvanteny, págs. 31 y ss.

VIDIELLA i JASSÁ, Santiago

- La capacidad jurídica restringida por "la edad". Suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces. *Zaragoza, 1903, Ed. Establecimiento tipográfico de Emilio Casañal.*

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos

- "El interés superior del menor" en Ravetllat Ballesté, Isaac (Coord.): Derecho de la persona. *Barcelona, 2011, Ed. Bosch, págs. 77 y ss.*

- Por los derechos de la infancia y de la adolescencia. Un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Barcelona, 2009, Ed. Bosch.*

- El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España. *Barcelona, 2006, Ed. Bosch.*

- Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Congresos mundiales y temas de actualidad. *Barcelona, 2006, Ed. Ariel.*

- "Perspectivas de futuro de la Convención sobre los Derechos del Niño: líneas marcadas desde los Congresos Mundiales sobre Derechos de la Infancia y la Adolescencia" en Villagrasa Alcaide, Carlos (Coord.): El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España. *Barcelona, 2006, Ed. Bosch, págs. 93 y ss.*

- "Explotación y protección jurídica de la infancia. Resumen de las Jornadas sobre explotación y protección jurídica de la infancia 1998" en Seminario organizado por la Fundación Internacional Olof Palme. *Barcelona, 1998, Ed. Cedecs, págs. 87 y ss.*

- "Infància i legislació" en "La infància i les famílies als inicis del segle XXI", Vol. 5. *Barcelona, 2002, Ed. Institut d'Infància i Món Urbà. Observatori de la Infància i la Família*, págs. 222 y ss.

VILLAR y ROMERO, José María

- "La distinción entre Derecho público y Derecho privado" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 171, enero 1942, págs. 21 y ss.

- "La transformación del Derecho privado en el Derecho público" en *Revista de Derecho Privado*, 1943, págs. 71 y ss.

VISO, Salvador (del)

- Lecciones elementales de Derecho civil. Tomo I. *Cuarta edición. Valencia, 1879, Ed. Juan Mariana y Sanz.*

VIVER PI-SENYER, Carles

- "En defensa de los Estatutos de Autonomía como normas jurídicas delimitadoras de competencias. Contribución a una polémica jurídico-Constitucional" en Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo (Coord.): *La reforma de los Estatutos de Autonomía. Actas del IV Congreso Nacional de la Asociación de Constitucionalistas de España. Valencia, 2006, Ed. Tirant lo Blanch*, págs. 70 y ss.

- "Las competencias de la Generalitat en el Estatuto de 2006: objetivos, técnicas empleadas, criterios de interpretación y comparación con los otros Estatutos reformados" en Viver i Pi-Sunyer, Carles et al.: *La distribución de competencias en el nuevo Estatuto: Seminario, Barcelona, 4 de octubre de 2006. Barcelona, 2007, Ed. Instituto de Estudios Autonómicos*, págs. 29 y ss.

VOLTES, María José y Pedro

- Madres y niños en la historia de España. *Barcelona, 1989, Ed. Planeta.*

VON THUR, Andreas

- Derecho civil. Teoría General del Derecho civil alemán. Vol. I. Las personas. *Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons.*

WEILL, Alex y TERRÉ, François

- Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités. *Paris, 1978, Ed. Dalloz.*

WINN, Marie

- TV, drogue? (The plug-in drug). *Paris, 1979, Ed. Fleurus.*

WRINGE, Colin

- Children's rights. A philosophical study. *London, 1981, Ed. Routledge & Kegan Paul.*

WOLFF, Philippe y MAURO, Frédéric

- Historia general del trabajo. La época del artesanado (siglos V-XVIII), traducido por Joaquín Romero. *Barcelona, 1965, Ed. Grijalbo.*

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano

- "Nuevos estatutos de autonomía y legislación civil" en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, enero-diciembre 2007, págs. 363 y ss.

- "La patria potestad" en Yzquierdo Tolsada, Mariano y Cuenca Casas, Matilde (Dirs.): *Tratado de Derecho de la Familia. Volumen VI. Las relaciones paterno-*

filiales (II). La protección penal de la familia. *Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters*, págs. 117 y ss.

ZABÍA DE LA MATA, Juan

- "Artículo 13 del Reglamento 1720/2007, de 21 de diciembre" en Zabía de la Mata, Juan (Coord.): Protección de datos. Comentarios al Reglamento. *Valladolid, 2008, Ed. Lex Nova*, págs. 188 y ss.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARIAGA, Luís

- Derecho de familia y de la persona. Tomo I. De la persona. *Barcelona, 2007, Ed. Bosch*.

- Derecho de familia y de la persona. Tomo II. Capacidad. *Barcelona, 2007, Ed. Bosch*.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 31/2010, de 28 de junio.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 247/2007, de 12 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 234/2004, de 2 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 239/2002, de 11 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 154/2002, de 18 de julio.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 81/2001, de 26 de marzo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 311/2000, de 18 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 292/2000, de 30 de noviembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 141/2000, de 29 de mayo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 171/1998, de 23 de julio.*
- Auto del Tribunal Constitucional, *núm. 77/1997, de 12 de marzo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 59/1995, de 17 de marzo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 117/1994, de 25 de abril.*

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 298/1993, de 18 de octubre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 156/1993, de 6 de mayo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 88/1993, de 12 de marzo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 182/1992, de 16 de noviembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 121/1992, de 28 de septiembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 76/1992, de 14 de mayo.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 13/1992, de 6 de febrero.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 214/1991, de 11 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 143/1990, de 26 de septiembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 231/1988, de 2 de diciembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 146/1986, de 25 de noviembre.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 53/1985, de 11 de abril.*
- Auto del Tribunal Constitucional, *núm. 272/1985 de 24 abril.*
- Sentencia del Tribunal Constitucional, *núm. 22/1984, de 17 de febrero.*

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 26 de junio de 2010.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 354/2009, de 14 de mayo.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 1120/2008, de 19 de noviembre.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 476/2006, de 2 de mayo.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 14 de marzo de 2006.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 1101/2004, de 19 de noviembre.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 782/2004, de 12 de julio.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 12 de enero de 2004.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 910/2003, de 9 de octubre de 2003.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 16 de marzo de 2003.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 778/2000, de 19 de julio de 2000.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 147/2000, de 15 de febrero de 2000.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 24/2000, de 21 de enero,*

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 28/1998, de 28 de enero de 1999.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 190/1998, de 4 de mayo de 1998.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 9 de julio de 1997.*
- Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, *ambas de fecha de 27 de junio de 1997 y ambas con núm. 950/1997.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 1069/1995, de 11 de diciembre de 1995.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 248/1995, de 25 de marzo de 1995.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 429/1994, de 14 de mayo de 1994.*
- Sentencia del Tribunal Supremo *núm. 816/1996, de 7 de octubre.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 11 de febrero de 1992.*
- Sentencia del Tribunal Supremo - Sala de lo civil -, *de 10 de junio de 1991.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 2 de junio de 1989.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *núm. 76/1986, de 9 de junio.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 1 de febrero de 1986.*
- Sentencia del Tribunal Supremo, *de 27 de diciembre de 1985.*

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1984.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1984.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1974.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1952.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de febrero 1949.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 1929.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1918.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de marzo de 1909.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de enero de 1904.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de noviembre de 1969.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1959.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1953.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 1899.

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1898.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de julio de 1868.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1860.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 1870.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, *de 20 de mayo de 2010*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, *3 de junio de 2010*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, *núm. 611/2009, de 14 de septiembre*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, *núm. 153/2009, de 12 de mayo*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, *núm. 34/2009, de 26 de enero*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, *núm. 1038/2008, de 1 de diciembre*.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, *núm. 276/2008, de 18 de marzo*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, núm. 828/2007, *de 14 de septiembre*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 563/2005, *de 20 de julio*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, núm. 196/2005, *de 18 de marzo*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, núm. 161/2005, *de 28 de febrero*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, Sala contencioso-administrativa, núm. 326/2004, *de 10 de septiembre de 2004*.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, núm. 19/2003, *de 21 de enero*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 9ª, núm. 34/2001, *de 27 de septiembre*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, *de 17 de julio de 2001*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, núm. 50/2001, *de 2 de julio*.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 8ª, *núm. 565/2001, de 22 de mayo.*
- Auto del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, *de 30 de enero de 2001.*

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, *núm. 1309/2000, de 25 de septiembre.*

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, *de 16 de mayo de 1997.*

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, *de 17 de septiembre de 1992.*

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, *núm. 36/2011, de 10 de febrero.*

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, *núm. 315/2010, de 22 de diciembre.*

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, *núm. 241/2010, de 7 de octubre.*

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, *núm. 233/2010, de 4 de octubre.*

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, *núm. 11/2007, de 11 de enero de 2007.*
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, *núm. 333/2004, de 29 de diciembre.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, *núm. 293/2004, de 25 de noviembre.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, *núm. 83/2003, de 14 de noviembre.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, *núm. 621/2002, de 30 de abril de 2003.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, *núm. 96/2003, de 13 de febrero.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, *núm. 49/2002, de 20 de abril de 2002.*
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, *de 9 de julio de 2001.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12, *de 30 de abril de 2001.*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, *núm. 18/2001, de 10 de abril.*

- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, *de 23 de diciembre de 1999*.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, *de 14 de septiembre de 1999*.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, *núm. 375/1996, de 3 de marzo de 1998*.

JURISDICCIÓN DE INSTANCIAS

- Auto del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº.12 de Barcelona, *de 2 de junio de 2009*.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, *de 1 de abril de 2008*.
- Auto núm. 785/2007, *de 18 de octubre*, del Juzgado de Primera Instancia nº. 17 de Sevilla.
- Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, *de 29 de octubre de 1985*.
- Sentencia del Tribunal Central de Trabajo, *de 1 de diciembre de 1982*.

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 15 de abril de 2000*.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 22 de abril de 1995*.

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 3 de noviembre de 1993.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 12 de diciembre de 1989.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 28 de diciembre de 1987.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 3 de marzo de 1989.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 28 de marzo de 1985.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado *de 25 de enero de 1985.*

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *de 24 de marzo de 1983.*

INSTRUCCIONES Y RESOLUCIONES

- Agencia Española de Protección de Datos en su Informe jurídico 0046/2010

- Resolución R/01349/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos

- Resolución R/00284/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos

- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, *de 15 de marzo, sobre la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.*

- Informe jurídico 466/2004, acerca del consentimiento otorgado por menores de edad de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add. 185, de 13 de junio de 2002, Pág. 5

- Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, *de 15 de marzo, sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito.*

