



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Aláez Corral, Benito

El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 20, 2007, pp. 179-210

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

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

Benito Aláez Corral**

SUMARIO

- I. LA DISTINCIÓN ENTRE LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - I.I. ¿NECESARIA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS TITULAR Y EJERCIENTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL?
 - I.II. DIFERENCIACIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS FACULTADES QUE CONSTITUYEN EL CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL
 - II. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL
 - II.I. LA CAPACIDAD DE OBRAR INFRACONSTITUCIONAL: SU INAPLICABILIDAD AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - II.II. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR INFRACONSTITUCIONAL
 - III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS MENORES DE EDAD
 - III.I. MODALIDADES DE EJERCICIO
 - IV. LA MINORÍA DE EDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - IV.I. LA PROTECCIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD A TRAVÉS DEL "INTERÉS DEL MENOR" Y SU SENTIDO CONSTITUCIONAL
 - IV.II. ATRIBUCIÓN DE POTESTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR
 - IV.III. LA POSIBILIDAD DE DELIMITACIÓN Y LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA MINORÍA DE EDAD COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE PROTECCIÓN

*Este artículo es una versión corregida, actualizada y adaptada de la parte II.2. del libro del autor, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

**Doctor en derecho por la Universidad de Oviedo, España.

RESUMEN

El presente artículo aborda el problema que gira en torno a los derechos fundamentales en los menores de edad, cuestión que ha desarrollado la teoría constitucional en contraposición al entendimiento de que los menores no poseen capacidad para ejercer derechos por sí mismos. Sobre esta cuestión el artículo desarrolla diversos nudos conceptuales importantes: la distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho y entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, el margen de actuación de un tercero representante legal del menor a fin de que su actuación no defraude el interés de aquél, la relación entre titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido, la comprensión de que para el derecho existe sólo el interés del titular del derecho que es también del ejercicio, la diferencia entre capacidad iusfundamental y capacidad de obrar infraconstitucional, la posibilidad de que el menor pueda ejercer sus derechos de forma autónoma o heterónoma, el concepto de interés del menor, piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría de edad y la posibilidad de delimitación y limitación de los derechos fundamentales durante la minoría de edad como consecuencia del ejercicio de las potestades de protección. Todo el estudio del autor maneja en cada momento la legislación constitucional e infraconstitucional española.

ABSTRACT

The present article approaches the problem that rotates around the fundamental rights in those smaller than age, question that has developed the constitutional theory in opposition to the understanding that the minor don't possess capacity to exercise rights for if same. On this question the article develops diverse important conceptual knots: the distinction between the ownership and the exercise of a right and between artificial capacity and capacity of working, the margin of the minor third legal representative's performance so that their performance doesn't defraud the interest of that, the relationship among regular of the right and who he carries out part of its content, the understanding that for the right it only exists the interest of the holder of the right that is also of the exercise, the difference between capacity of constitutional range and capacity of legal range, the possibility that the minor can exercise his rights in an autonomous or not autonomous way, the concept of interest of the smallest angular stone in the whole artificial regulation of the age minority and the possibility of delimitation and limitation of the fundamental rights during the age minority like consequence of the exercise of the protection imperiums. The author's study manages in each moments the Spanish legislation.

I. LA DISTINCIÓN ENTRE LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La idea de que el menor de edad es titular de los derechos fundamentales ya se encuentra afortunadamente asentada tanto en los textos internacionales (Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1990) como en la jurisprudencia constitucional de la mayor parte de los países occidentales (entre ellos España: ver por todas la stc 141/2000, de 29 de mayo, F. J. 5º). Con todo, es necesario ahora plantearse si el acceso a su ejercicio le corresponde al menor desde el mismo momento que su titularidad y, en relación con ello, si dicho ejercicio ha de ser realizado por el propio menor o si, por el contrario, puede servirse de un representante que ejercite parte de su contenido en su nombre.

La distinción entre la titularidad y el ejercicio de un derecho subjetivo explica que se distinga con carácter general entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Mientras la primera atribuye al individuo la capacidad abstracta para ser titular de los mismos, la segunda le confiere la capacidad necesaria para ejercer por sí mismo las concretas facultades y potestades en que éstos consisten, pues de lo contrario sólo podría ejercerlas a través de un representante.¹ Cabe, entonces, preguntarse si semejante distinción es aplicable a los derechos fundamentales y la relevancia que ello pueda tener respecto del menor de edad.² Desde este punto de vista, aunque el individuo posea capacidad jurídica iusfundamental e, incluso, la titularidad de concretos derechos fundamentales, sólo reuniendo determinadas condiciones fijadas implícitamente o remitidas a su regulación legal por el propio texto constitucional, es decir, sólo poseyendo capacidad de obrar iusfundamental,³ será posible que los ejercite por sí mismo, pudiendo algunas de las facultades que constituyen el contenido de los derechos

¹ Cfr. Benito Aláez Corral, "Los sujetos de los derechos fundamentales", en Bastida, Villaverde, Requejo, Presno, Aláez, Fernández, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

² Cfr. Dieter Reuter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, Duncker & Humblot, Berlin, 1968, p. 52; Dieter Reuter, "Die Grundrechtsmündigkeit-Problem oder Scheinproblem?", *Familienrechtszeitschrift*, No. 12, 1969, p. 623.

³ Categoría equivalente a la alemana *Grundrechtsausübungsfähigkeit* y distinta de la *Grundrechtsmündigkeit*, prontamente elaborada en la doctrina alemana posterior la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (véase por todos Krüger, Hildegard, "Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt", *Familienrechtszeitschrift*, No. 11, 1956, p. 330) con base en el derecho privado, que limita el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor, al establecer una presunción general de incapacidad jurídica iusfundamental por debajo de una determinada edad; críticamente sobre dicha categoría, Mutius, Albert von, "Grundrechtsmündigkeit", *Jura*, No. 5, 1987, p. 273.

ser ejercidas a través de su representante.⁴ Sin embargo, con base en el carácter personalísimo de los derechos fundamentales, se ha pretendido la indisolubilidad entre su titularidad y su ejercicio, lo que haría la distinción entre las dos categorías superflua.⁵ Ello explica que se establezcan requisitos intrínsecos o extrínsecos para el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, pues con ellos se está presuponiendo no sólo su titularidad sobre los mismos, sino su propia capacidad de ejercerlos, indisolublemente unida a la primera, que no correspondería a cada persona por el mero hecho del nacimiento.⁶ La exigencia de una capacidad de obrar iusfundamental, distinta de una capacidad jurídica iusfundamental, quedaría así fuera de lugar, pues ambas las adquiriría el sujeto —mayor o menor— simultáneamente, dependiendo de cada derecho fundamental, con la titularidad del mismo. Pero analicémoslo con un poco más de detalle.

1.1. ¿NECESARIA IDENTIDAD DE LOS SUJETOS TITULAR Y EJERCIENTE DEL DERECHO FUNDAMENTAL?

La finalidad última de los razonamientos que se oponen a diferenciar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales pretende ser el beneficio del individuo, la tutela de sus intereses constitucionalmente protegidos, de las que aquéllas son reflejo. Se trata de evitar que un tercero, representante legal del menor, pueda suplantar su voluntad, defraudando aquel interés, o que el representante legal pudiese argumentar que el representado sólo es el “nudo” titular del derecho fundamental, mientras él es el titular del uso o ejercicio del derecho, tal y como había sucedido durante largo tiempo con las personas de sexo femenino. De ahí que una parte de la doctrina haya negado largo tiempo la posibilidad de representación en el ejercicio de los derechos públicos subjetivos y, en particular, de los derechos fundamentales.⁷ Detrás de este razonamiento se esconde, sin duda, una concepción

⁴ Cfr. Paul Kirchhof, “Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht”, en Paul Kirchhof, *Praxis des neuen Familienrechts*, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1978, p. 178.

⁵ En este sentido, Pasquale Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Jovene editore, Camerino, 1975, p. 318ss. En España, respecto de los derechos personalísimos a los que equipara los derechos fundamentales, Cfr. Die Picazo, Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1990, p. 292.

⁶ Cfr. Paolo Barile, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1953, pp. 7-8, 35ss.

⁷ Cfr. Sergio Panunzio, “Capacità. II. Diritto pubblico”, en *Enciclopedia giuridica*, Vol. V, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 3; Karl-Heinz Hohm, “Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung”, *Neue Juristische Wochenschrift*, No. 50, 1986, p. 3111.

de los derechos subjetivos en general, y de los derechos fundamentales en particular, como poderes de la voluntad jurídicamente garantizados.⁸ Dado que el menor no podía expresar una voluntad jurídicamente relevante, por carecer en general de capacidad de obrar, la misma debía ser expresada por un tercero encargado de tutelar sus intereses, pero la voluntad de este último, en el caso de los derechos fundamentales, no podía sustituir a la del primero, dado que el derecho fundamental consistiría, precisamente, en una capacidad de autodeterminación subjetiva insustituible. Por ello, toda actuación del guardador o representante del menor en su beneficio o interés había de ser considerada como una actuación propia del primero y no una actuación en representación del segundo.

Ahora bien, el efecto de esta consideración de los derechos fundamentales como personalísimos y de la inescindibilidad entre titularidad y ejercicio es el opuesto al que se pretendía: la negación de dicha distinción sólo redundaba en una mayor desprotección del objeto de los derechos fundamentales del menor y en una menor eficacia de su contenido. Así, por ejemplo, la decisión de uno de los padres de un recién nacido de autorizar una operación de altísimo riesgo que le podría salvar la vida, o, inversamente, su decisión de no autorizar una transfusión de sangre al menor por motivos religiosos, en ambos casos contra el criterio del otro progenitor, no supondría el ejercicio, por representación de éste, de su derecho fundamental a la integridad física, sino únicamente el ejercicio, en nombre propio, de la función legal de cuidado que los artículos 154 y 162 Código Civil (en adelante cc) atribuyen a los padres en beneficio del hijo.⁹ Lo que traería consigo consecuencias difícilmente admisibles desde el punto de vista de algunas de las garantías jurisdiccionales de dichos ámbitos de libertad del menor; por ejemplo, el recurso de amparo constitucional formulado en nombre del hijo por el progenitor disconforme con la resolución judicial que atribuyó la facultad de decidir al otro progenitor, estaría abocado a la inadmisión por falta de contenido constitucional, puesto que se trataría únicamente de una cuestión de legalidad ordinaria relativa a

⁸ Conforme a la denominada teoría de la voluntad formulada inicialmente por Bernhard, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol. I, Ebner & Seubert, Stuttgart, 1879, § 37, pp. 92-93. Sobre las teorías de la voluntad y del interés, Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1976 (reimpresión de la 2ª edición de 1960), pp. 137ss; Hart, Herbert-Lionel-Adolphus, *Essays on Bentham. Jurisprudence and political theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 171ss; y, más recientemente, en relación con la titularidad de los derechos subjetivos por parte del menor, Campbell, Tom D., "The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult", en Alston, Parker, Seymour (Edits.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp 4 y ss.

⁹ Cfr. Picazo y Gullón, *Sistema de derecho civil*, Vol. IV, *Op. cit.*, p. 292.

las potestades que la ley confiere a los padres en su función tuitiva de los hijos, y no de la lesión del derecho a la integridad física de quien carecería de la titularidad de dicho derecho.

El planteamiento cambia radicalmente cuando, sin renunciar a este elemento voluntarista en la configuración del contenido de los derechos subjetivos, se introducen elementos propios de la teoría del interés.¹⁰ Los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos, pueden ser contemplados, entonces, como habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad con capacidad para exigir el cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro.¹¹ En tal caso no tiene por qué haber inconveniente en que quien es titular del derecho y quien fácticamente realiza parte de su contenido sean personas diferentes, porque a los ojos del derecho existe sólo un interés, el de su titular que lo es también del ejercicio, y una sola voluntad, también la del titular, aunque éste no siempre la exprese personalmente. Con ello, se altera el principio conforme al cual no cabe representación en el ámbito de los derechos fundamentales. Si se admite la posibilidad de que un derecho fundamental sea ejercitado a través de un representante, ha de ser porque el interés que éste proteja sea el interés del representado y porque la voluntad que emita sea la que emitiría el representado si pudiese ejercer el derecho por sí mismo.¹² No se trata, pues, de buscar la identidad subjetiva entre titular y ejerciente mediante la negación de esta distinción, sino mediante su identificación funcional, lo que conduce a que, aunque el sujeto titular se sirva de un tercero para el ejercicio de algunas de las facultades que constituyen su derecho, titularidad y ejercicio de las mismas recaen sobre la misma persona en la medida en que el ordenamiento oriente la actividad representativa a la expresión de la voluntad del titular por sustitución y, por tanto, a la satisfacción de ese mismo interés.

¹⁰ Sobre dicha teoría, véase Ihering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Vol. III, Scientia, Aalen, 1968 (reimpresión de la 5ª edición de Leipzig, 1906), §§ 60, 61, pp. 332-333ss, que, curiosamente, toma los derechos de los menores como ejemplo de la necesidad de identificar el derecho subjetivo con el interés jurídicamente protegido.

¹¹ Véase, en general, para los derechos subjetivos, Enneccerus y Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. I.1, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1952 (14ª edición), § 72, pp. 272-273ss, y, para los derechos fundamentales, Reuter, Dieter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, p. 52.

¹² Cfr. Herbert-Lionel-Adolphus Hart, *Essays on Bentham*, *Op. cit.*, p. 184 (nota 86); Reuter, Dieter, *Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, pp. 52-53.

I.II. DIFERENCIACIÓN ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO EN RELACIÓN
CON LAS DIVERSAS FACULTADES QUE CONSTITUYEN EL CONTENIDO DEL DERECHO
FUNDAMENTAL

Quienes, por diversas razones, no pueden ejercer por sí mismos parte de las facultades de un derecho fundamental, pueden ver suplida voluntaria o legalmente su falta de capacidad por la de un tercero que las ejerza en su nombre e interés.¹³ La expresa presencia constitucional de un mandato positivo de protección (Art. 39 CE), dirigido tanto a los padres como a los poderes públicos, justifica que el menor, titular del derecho y de su ejercicio, lo ejerza a través de un representante cuando no le sea posible ejercerlo personalmente. El poder que confiere el derecho fundamental al individuo se lo confiere para proteger un interés jurídicamente garantizado, que coincide con el ámbito de libertad objeto del derecho. La titularidad del derecho fundamental tiene por objeto un contenido abstracto que permanece indemne durante toda la existencia de la persona, mientras la norma que lo reconoce permanezca vigente. Por el contrario, el ejercicio del derecho fundamental tiene por objeto el concreto contenido subjetivo del derecho necesario en cada momento para la tutela del ámbito de libertad protegido. El mismo incluye tanto el haz de facultades de defensa jurídica de ese ámbito de libertad frente a intromisiones ilícitas, de exigencia jurídica de una prestación por parte del Estado o de participación en la formación del ordenamiento, como las facultades naturales de realización del propio objeto del derecho. Este contenido subjetivo, en sí mismo diverso de un derecho a otro, variará, además, durante el periodo temporal de la minoría de edad, en el que el individuo está necesitado de protección.

En el caso de los derechos fundamentales de los menores o de los mayores incapaces, parte del contenido de cada derecho fundamental sólo puede satisfacer su objeto —el interés constitucionalmente protegido por éste— mediante su utilización directa por el menor o incapaz, por lo que únicamente cuando éste alcance la capacidad legal o natural necesaria para su ejercicio podrá afirmarse su capacidad de obrar iusfundamental respecto del mismo.¹⁴ Pero otra parte de aquel contenido puede cumplir esa función instrumental al servicio del ámbito de libertad protegido por el derecho fundamental aun cuando sea un tercero el que ejercite en nombre

¹³ Dieter Reuter, *Kindesgrudrechte und elterliche Gewalt*, *Op. cit.*, pp. 52ss.

¹⁴ Ello lleva a los tribunales a restringir al máximo el concepto de derecho o facultad personalísimo. Cfr. *src 311/2000, de 18 de diciembre*, en especial el voto particular.

e interés del menor o incapaz las facultades atribuidas al mismo y que éste no puede ejercer por sí al carecer de la capacidad natural o legal precisa para ello.¹⁵

II. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL

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

II.1. LA CAPACIDAD DE OBRAR INFRACONSTITUCIONAL: SU INAPLICABILIDAD AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera cuestión a resolver es la relativa a si la capacidad de obrar iusfundamental coincide o está sujeta a los mismos criterios que la capacidad de obrar infraconstitucional. Como es sabido, el ordenamiento infraconstitucional no atribuye a los individuos desde su nacimiento la capacidad para ejercer por sí mismos los derechos y obligaciones de los que pueden ser titulares, sino que les exige, con carácter general, poseer una capacidad vinculada a una capacidad de querer y entender. Esta capacidad se denomina capacidad de obrar, y el momento y requisitos para su plena adquisición varían en función del sector del ordenamiento de que se trate y de si tiene carácter general o ha sido establecida específicamente para determinados actos jurídicos.¹⁶ Así lo corrobora la LOPJM, cuyo artículo 2.1 establece el carácter restrictivo con el que se deben interpretar las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, asumiendo, pues, tácitamente que el menor es capaz de obrar, aunque sea de forma limitada.

¹⁵ Cfr. *Cruzan vs. Hannon* 88 U.S. 1503 (1990).

¹⁶ Se trata de los requisitos necesarios para su adquisición plena, pues la adquisición limitada de capacidad de obrar acontece junto con la adquisición de la capacidad jurídica, es decir, con el nacimiento. La minoría de edad no constituye, pues, un *status* de incapacidad de obrar, sino únicamente un periodo temporal, durante el cual la capacidad de obrar del menor se encuentra limitada en aras de su protección. Cfr. Castro, Federico de, *Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 174ss.

La capacidad de obrar es plena únicamente para los mayores de edad (Art. 199ss, Art. 322ss, cc y Art. 199ss cc),¹⁷ siempre que los mismos no hayan sido incapacitados. Pero también lo es en el ámbito personal para los emancipados, conforme al artículo 323 cc. El Código Civil establece una limitación genérica de la capacidad de obrar para quienes se encuentran bajo la minoría de edad constitucional,¹⁸ es decir, para los menores de 18 años, que es aplicable a la mayoría de los actos y negocios jurídicos que éstos puedan realizar tanto en el ámbito civil como en el mercantil.¹⁹ Por su parte, el artículo 7 ET, aunque mantiene la edad a la que se alcanza la plena capacidad de obrar laboral en los 18 años, la reduce a los 16 años para conferir al menor una capacidad de obrar limitada por la necesidad del concurso del consentimiento de sus padres o tutores. En el ámbito penal, el artículo 19 del Código Penal (en adelante CP) y el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM) rebajan a los catorce años la edad a partir de la cual es posible exigir responsabilidad penal a los menores, aunque sea bajo un régimen protector y educativo bien distinto al que se aplicaría a los mayores de edad. Finalmente, en el ámbito del derecho administrativo, el artículo 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP/PAC) considera capaces de obrar, con carácter general, a los menores de 18 años para la defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.

A través de buena parte de los actos jurídicos que el individuo puede realizar en dichos sectores del ordenamiento se ejerce parte del contenido de sus derechos fundamentales. Por ello, es preciso determinar si se pueden

¹⁷ El derecho foral vigente en el territorio de algunas comunidades autónomas del Estado español contiene algunas peculiaridades en relación con la extensión de la capacidad de obrar limitada del menor; así el Art. 5 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón permite, con carácter general al mayor de 14 años celebrar por sí mismo toda clase de actos y contratos, con la asistencia en su caso de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes; y la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra confiere a los mayores de 14 años una capacidad limitada a determinados actos establecidos en la propia Compilación.

¹⁸ En el Art. 5 de la Compilación de Derecho Civil foral de Aragón se sigue, para los menores de esta comunidad autónoma, un régimen distinto, puesto que al menor de edad, mayor de 14 años, se le considera, con carácter general capaz de obrar, y sólo excepcionalmente privado de dicha capacidad.

¹⁹ Limitación que se deduce *sensu contrario* de la plenitud de capacidad de obrar que se adquiere conforme al Art. 322 cc con la mayoría de edad. Por su parte, los artículos 1 y 4 de Código de Comercio reconducen la capacidad de ejercicio del comercio con carácter general a las disposiciones del Código Civil.

trasladar aquellas limitaciones de la capacidad de obrar a los ámbitos de ejercicio de esos derechos fundamentales, y aquella se convierte también en una capacidad de obrar iusfundamental que se adquiere en el mismo momento y con el mismo contenido que la capacidad de obrar infraconstitucional.

Hacer depender la capacidad de ejercer los derechos fundamentales, es decir, la capacidad de obrar iusfundamental, de la capacidad de obrar infraconstitucional,²⁰ conduciría a una restricción injustificada del contenido de los derechos fundamentales de aquellos individuos que no poseen la capacidad de obrar iusfundamental plena.²¹ Ello es aún más peligroso cuando se pretende que la limitación de esa capacidad de obrar iusfundamental tenga el mismo carácter general que posee en el ámbito del derecho privado la limitación de la capacidad de obrar de menores e incapaces, y cuando, además, ningún texto constitucional —y el nuestro en esto no es una excepción— contiene previsión alguna respecto de dicha traslación de los requisitos de capacidad.²² En efecto, la exigencia de una capacidad de obrar infraconstitucional expresa la necesidad de proteger en el tráfico jurídico al individuo cuya capacidad está limitada frente a las consecuencias indeseadas de sus actos (deber de protección del menor del artículo 39 CE), pero también a los terceros que entablen una relación jurídica con aquél, frente a la inseguridad jurídica que conllevaría permitirle actuar libremente y después revocar las actuaciones que le hubiesen sido perjudiciales (principio de seguridad jurídica del Art. 9.3 CE). Sin embargo, el ejercicio de los derechos fundamentales, aunque puede estar delimitado o limitado por esas dos exigencias de rango constitucional, no puede verse desplazado por las mismas, sino que ha de ser cohonestado con ellas, a las que atribuye, además, un significado particular. Por tanto, no parece posible, en principio, trasladar la capacidad de obrar infraconstitucional al ejercicio de los derechos fundamentales, sino que la capacidad para ejercitar estos derechos, esto es, su *capacidad de obrar iusfundamental*, ha de tener un significado y un sentido propios. Es cierto que el ejercicio de los derechos fundamentales, a diferencia de su titularidad, hace referencia a la capacidad actual del individuo para disfrutar del ámbito de libertad

²⁰ Tal y como hace Fehnmann, Ursula, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 32ss, 38.

²¹ Karl-Heinz Hohm, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, *Op. cit.*, p. 3110.

²² En este sentido Cfr. Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F. Müller, Heidelberg, 1993, pp. 121-122.

garantizado,²³ por lo que la ausencia de ciertas cualidades naturales o legales puede condicionar la extensión de ese disfrute autónomo. Pero, ello no implica subordinar el ámbito de libertad en que consiste el objeto del derecho fundamental, a cualesquiera valores constitucionales que se persigan con esta exigencia capacitaria, y mucho menos pervertir su significado normativo.

II.II. LA CAPACIDAD DE OBRAR IUSFUNDAMENTAL: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LA CAPACIDAD DE OBRAR INFRACONSTITUCIONAL

Ciertamente, se requieren unas determinadas cualidades naturales y legales para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales. Quien, por ser menor o por estar incapacitado, carece de capacidad para escribir o simplemente comunicar, difícilmente puede ejercer ciertas facultades del derecho al secreto de las comunicaciones, quien aún no puede realizar un juicio valorativo, debido a su inmadurez, tampoco puede ejercitar su libertad de conciencia, etc. Buena parte de las facultades que constituyen el contenido normativo de estos derechos no pueden ser ejercitadas mediante un tercero, dado que la satisfacción del interés protegido por el derecho fundamental sólo se satisface mediante el ejercicio autónomo del individuo de aquellas facultades naturales. Otra parte, como, por ejemplo, la facultad de asociarse mediante la suscripción de acciones de una sociedad mercantil, sí puede ejercerse a través de un tercero. Sin embargo, la capacidad requerida para el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales no coincide con la requerida para obrar con eficacia jurídica en los niveles infraconstitucionales.

Una y otra capacidad pueden tener en común el efecto habilitante para el ejercicio de facultades y derechos, pero en casi todo lo demás sus diferencias priman sobre sus semejanzas. En primer lugar, mientras que la capacidad de obrar infraconstitucional tiene regímenes muy distintos según el sector del ordenamiento en el que pretenda operar, e, incluso, según que se trate de una capacidad genérica o específica, la capacidad requerida para el ejercicio de los derechos fundamentales no puede variar según el sector del ordenamiento, so pena de ser confundida con la delimitación del ámbito de ejercicio del derecho fundamental. La capacidad de obrar iusfundamental debe regirse por unos únicos criterios comunes a todos los sujetos

²³ Cfr. Günther Dürig, *Art. 19. III GG* (1958), en Maunz/Dürig (Edits.), *Grundgesetz: Kommentar*, Vol. 1, C.H. Beck, München, 1999, p. 13.

que pretendan ejercer los derechos fundamentales, lo hagan frente al Estado o entre los particulares, sin perjuicio de que el ámbito de ejercicio en uno y otro caso pueda ser diferente por la diversa naturaleza de la relación jurídica en que se desarrollan. Así, por ejemplo, la capacidad para ejercer el derecho a la propia imagen no puede estar en función de que el individuo se relacione con los particulares o con la Administración, por más que la extensión de su ejercicio pueda ser distinta en uno y otro caso.

En segundo lugar, la exigencia de una capacidad de obrar infraconstitucional se apoya en la heteroprotección de la persona, de ahí que no encuentre inconvenientes en utilizar diversos criterios para la adquisición de la capacidad plena, entre los que está fijar una edad mínima general, que suele coincidir con la mayoría de edad. Sin embargo, el establecimiento de una capacidad de obrar iusfundamental debe tener en cuenta que los individuos incapaces de ejercer por sí mismos los derechos fundamentales se encuentran necesitados de heteroprotección en aras de que alcancen su capacidad de autoprotección, lo que obliga a que el criterio a utilizar para su adquisición tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada individuo y su progresiva capacitación de autoprotección. La exigencia de capacidad de obrar iusfundamental conforme a criterios muy generales, conduciría a mermar la eficacia del propio derecho fundamental, pues constitucionalmente lo único que se puede exigir para el ejercicio autónomo de un derecho fundamental es la presencia individual de una madurez suficiente como para expresar una voluntad de autorrealización propia; y, de otro lado, conduciría también a mermar la eficacia de las normas constitucionales y legales de protección del menor, que, teniendo en cuenta la especial posición en que éste se encuentra por voluntad del texto constitucional, no puede permitir su desprotección.²⁴

Por ello, se puede decir que falta fundamento constitucional al establecimiento de una regla general de incapacidad de obrar iusfundamental de menores o de incapacitados, en tanto éstos no hayan alcanzado una determinada edad, un determinado grado de madurez o de capacidad en relación con cada derecho fundamental.²⁵ Más bien al contrario, la CE de 1978 no ha previsto una genérica incapacidad de obrar iusfundamental de

²⁴ Cfr. Gerhard Robbers, *Partielle Handlungsfähigkeit Minderjähriger im öffentlichen Recht*, *Deutsche Verwaltungsblatt*, Vol. 102, No. 14, 1987, p. 713.

²⁵ Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, pp. 121-122; Hohm, Karl-Heinz, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, *Op. cit.*, p. 3110.

los menores, sino sólo la posibilidad de contemplar legalmente incapacidades específicas, derivadas de la conjunción entre el ejercicio del derecho fundamental y el mandato constitucional de protección del menor.²⁶ Del silencio constitucional no es posible, pues, deducir una regla normativa restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales. Por supuesto que para el ejercicio de los derechos es precisa una determinada capacidad natural o fáctica, que de faltar, ha de ser tenida en cuenta por el ordenamiento a la hora de regular el ejercicio de los derechos fundamentales y a la hora de delimitarlos o limitarlos en atención a otros bienes constitucionalmente protegidos, como el mandato de protección del menor (Art. 39 CE) o el de respeto a la seguridad jurídica (Art. 9.3 CE). Pero ello no conduce a una presunción de incapacidad de éste para el ejercicio autónomo de sus derechos fundamentales, de modo que sean ellos quienes prueben la posesión de la capacidad de querer y entender suficientes para un ejercicio, que, de otro modo, les estaría constitucionalmente excluido ejercer por sí mismos. Al contrario, ha de ser el legislador el que, cuando establece determinadas condiciones para el ejercicio de un derecho fundamental o cuando lo delimita, excluyendo del mismo determinadas conductas en aras de la protección del menor o de otros bienes y derechos constitucionales, justifique suficientemente la conformidad constitucional de estas limitaciones o delimitaciones. De no existir éstas debe presumirse la capacidad de obrar iusfundamental del sujeto menor.²⁷

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

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

²⁶ Cfr. STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J.5º y STC 154/2002, de 18 de julio, F.J. 9º a).

²⁷ En un sentido semejante, Hohm, Karl-Heinz, *Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsmündigkeit Minderjähriger am Beispiel öffentlicher Heimerziehung*, Op. cit., pp. 3111-3112.

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

III.I. MODALIDADES DE EJERCICIO

1) *Ejercicio directo por el menor (autoejercicio)*

Como regla general, el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no todas las facultades que constituyen su contenido constitucional. En efecto, hay facultades del contenido de un derecho fundamental que, por su propia naturaleza fáctica y por el efecto que tienen sobre el logro del interés constitucionalmente protegido, sólo pueden ser ejercidas personal y directamente por el titular del derecho. Pero también existen otras facultades del mismo y de otros derechos fundamentales, que, aun siendo ejercitables por el guardador o representante legal del menor, éste puede ejercerlas por sí mismo alcanzada determinada capacidad.

En el primero de los ámbitos (actos naturales) se encuadran todos aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental.²⁸ El padre o tutor del menor no puede vivir,

²⁸ Cfr. Gustav Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, Luchterhand, Neuwied a.R./Berlin, 1965, pp. 38ss.

pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse, por ejemplo, en nombre y representación de aquél.²⁹ Ciertas facultades naturales del derecho a la vida, la libertad personal, la libertad ideológica y de conciencia, el derecho a la intimidad, al honor o a la propia imagen, la libertad de expresión y de información, de creación artística, el derecho de reunión y manifestación o del derecho de huelga sólo pueden ser ejercitadas por el menor, puesto que el interés al cual sirve su garantía como parte del contenido de esos derechos fundamentales únicamente se ve satisfecho si es el propio menor el que realiza las acciones en que consisten. A ello no obsta que el menor no posea la capacidad física o psíquica necesaria para el desarrollo de dichas facultades, cuando, por ser demasiado pequeño, no puede aún desplazarse y expresarse libremente, ni siquiera tener una ideología propia. Eso es una circunstancia fáctica que afecta tanto al menor como al mayor de edad y que no constituye una limitación jurídica de la capacidad de obrar iusfundamental del primero, que en este caso posee desde su nacimiento y adquiere simultáneamente con la titularidad del derecho, dado que no es posible unificar jurídicamente el momento de adquisición de esa capacidad natural ni para todos los menores de edad ni para todos los derechos fundamentales.³⁰ Y tampoco constituye un obstáculo jurídico para el ejercicio de cualquiera de esas facultades iusfundamentales por parte del menor de edad, el hecho de que el mismo pueda venirle legalmente restringido en aras de su protección o de la tutela de derechos o intereses de terceros,³¹ incluso, en su caso, con el establecimiento de los correspondientes mecanismos de responsabilidad jurídica del menor.³²

El segundo de los ámbitos de ejercicio directo por parte del menor de sus derechos fundamentales es el de las facultades que conllevan la realización de actos jurídicamente relevantes (actos o negocios jurídicos). En

²⁹ *Ibid.*, pp. 39-40.

³⁰ *Idem.*, Röhl, Monika, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1984, pp. 38-39; en un sentido diverso, Dürig, Günther, *Art. 19 III GG*, *Op. cit.*, p. 13 y Kirchhof, Paul, *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, *Op. cit.*, pp. 177-178; también en un sentido contrario, aunque sin disociar titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, Pace, Alessandro, *Problematika delle libertà costituzionale. Parte generale*, Cedam, Padova, 1990 (2ª edición), p. 140.

³¹ Cfr. Gustav Kuhn, *Grundrechte und Minderjährigkeit*, *Op. cit.*, pp. 39-40; Röhl, Monika, *Die Geltung der Grundrechte für Minderjährigen*, *Op. cit.*, pp. 38-39.

³² Véanse, con carácter general, la responsabilidad extracontractual directa (Art. 1902 cc) e indirecta (Art. 1903 cc) del menor, según proceda, su responsabilidad penal (Art. 19 cp y Arts. 1 y 3 y 61.3 LORPM) y su responsabilidad administrativa-sancionadora (regulada de forma específica por diversas normas administrativas).

este sentido, el reconocimiento que realiza la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM) de una serie de derechos fundamentales al menor de edad, no ha de ser visto como una reiteración baladí de las abstractas disposiciones constitucionales del Título I, sino una expresa confirmación legal de su capacidad para ejercerlos, con el único requisito adicional de la presencia de madurez suficiente. Respecto a los *actos que implican el ejercicio material o procesal* del derecho fundamental, presupuesta una determinada capacidad de querer y entender del menor, esto es, una determinada autonomía volitiva, producto de su madurez, la tradicional presunción legal de limitación de la capacidad de obrar del menor debe ser sustituida por la presunción constitucional que le atribuye esa capacidad cuando el negocio jurídico sea necesario para el disfrute del objeto del derecho fundamental, y no exista una expresa limitación legal de dicha capacidad de obrar iusfundamental constitucionalmente justificada. Allí donde el legislador ha guardado silencio y no ha limitado la capacidad de obrar iusfundamental del menor de edad, esto es, donde no ha excluido su autoejercicio de los derechos fundamentales, debe operar la regla general de la capacidad del menor siempre que tenga suficiente madurez; a una interpretación tal obliga la nueva LOPJM, cuyo artículo 2 establece la necesidad de interpretar restrictivamente las limitaciones de su capacidad de obrar,³³ y en la que se regula el disfrute por parte del menor de una buena parte de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados. Consciente de ello, el artículo 162.2 1ª cc excluye de la potestad de representación paterna o materna aquellos “actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo”,³⁴ mientras que el artículo 30 LRJAPYCAP prevé que los menores tendrán capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de aquellos derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Del mismo modo, a *sensu contrario* de lo dispuesto en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente (en adelante LRAP), el menor con suficiente madurez (capa-

³³ En un sentido semejante, véase el Art. 133.3 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, de la Generalidad de Cataluña, del Código de Familia.

³⁴ En el ámbito foral, véase el Art. 155.2 a) del Código de Derecho de Familia de Cataluña, que utiliza también el criterio de la madurez; el Art. 5 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón, que utiliza el criterio de la edad para eximir al menor de esa representación legal; idéntico criterio al utilizado por la Ley 63.2 en relación con la Ley 50 de la Compilación de Derecho foral de Navarra.

cidad para querer y comprender el sentido y alcance de la intervención) puede consentir una determinada intervención quirúrgica necesaria para salvaguardar su vida o su integridad física, sin necesidad del concurso de la voluntad de sus guardadores legales, ejerciendo, con ello, el derecho del artículo 15 CE.

2) Ejercicio indirecto, a través de un tercero (heteroejercicio)

Como ya se tuvo ocasión de poner de relieve, los padres o tutores de los menores, en contra de lo que se puede pensar, no sólo asumen una posición de guardadores de los intereses del menor, sino que pueden llegar a ejercer en nombre de éste algunas de las facultades que forman parte del contenido de sus derechos fundamentales³⁵ con la finalidad de dotarles de la máxima efectividad posible, extendiendo no sólo su dimensión objetiva sino también este aspecto de su dimensión subjetiva. Es más, tanto la legislación estatal³⁶ como la autonómica³⁷ encomiendan a los representantes legales, o a quienes tienen legalmente atribuida la protección del menor, el ejercicio de ciertas facultades que forman parte del contenido de los derechos fundamentales del menor, lo que pone de relieve, una vez más, la estrecha relación que existe entre la consideración del menor como sujeto de derechos fundamentales y el proceso de protección del que es beneficiario. Desde este punto de vista, dado que la necesidad de heteroprotección del menor conduce a que el legislador haya limitado su capacidad de obrar iusfundamental en muchos ámbitos, queda un campo abierto relativamente extenso dentro del cual la función de heteroprotección de los representantes legales del menor les convierte en instrumentos a su servicio para el ejercicio de buena parte de las facultades que configuran sus derechos fundamentales.

Sólo cuando se pueda satisfacer el interés del menor a través de la actuación del tercero, cabe esa modalidad de ejercicio indirecto. En este

³⁵ Cfr. Paul Kirchhof, *Die Grundrechte des Kindes und das natürliche Elternrecht*, *Op. cit.*, p. 178.

³⁶ Cfr. Art. 4.5, Art. 6.3, pero, sobre todo, el Art. 10 LOPJM y el Art. 162 CC, que confieren respectivamente a los menores el derecho a recabar de las administraciones públicas “la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos...”, y a los padres la representación legal de los hijos, salvo en los derechos de la personalidad que, “de acuerdo con la Ley y sus condiciones de madurez pueda ejercer por sí mismo”.

³⁷ Véase, por todos, el Art. 18.1 g) de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor (en adelante LPAPM), que considera un mecanismo de protección a ejercitar por la Administración del Principado, cualesquiera acciones penales o civiles que puedan corresponder al menor.

sentido, las facultades iusfundamentales que consisten en actos naturales dirigidos a la realización del ámbito de libertad constitucionalmente protegido no parecen aptas para esa interposición de un tercero en el ejercicio de las mismas. El pensamiento libre, el movimiento de un lugar a otro, la decisión de reunirse en un espacio físico, la expresión de ideas u opiniones, pero también la comunicación secreta, sólo pueden ser realizadas por el mismo sujeto que se beneficia de la libertad ideológica, la libertad personal, el derecho de reunión, la libertad de expresión o el secreto de las comunicaciones, por poner algunos ejemplos.

Fuera de aquellos supuestos en los que la actuación personal del menor es insustituible es posible e, incluso, obligada la intervención de los representantes o guardadores legales del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Como tales se han de considerar los padres del menor, actúen conjunta o individualmente,³⁸ el defensor judicial nombrado *ad hoc* (Art. 163 cc),³⁹ el tutor o curador (Art. 267 cc), en su caso a la correspondiente institución autonómica de menores cuando los menores se encuentren en situación de desamparo⁴⁰ y al Ministerio Fiscal.⁴¹ Este heteroejercicio puede tener lugar tanto con respecto a facultades de naturaleza material, como con respecto a facultades de naturaleza procesal, y, dentro de las primeras, tengan éstas carácter negocial o no. Así, por ejemplo, cuando el menor, dada su falta de madurez, no puede prestar su consentimiento para la celebración de un negocio jurídico a cuyo través se ejerce una facultad iusfundamental, como por ejemplo ejercer su derecho de asociación formando parte de una sociedad civil o mercantil, o ejercer su derecho a la propia imagen, cediendo su explotación comercial a un tercero, sus padres pueden ejercer esa facultad en su nombre (*sensu contrario* del Art. 162 cc en relación con el Art. 1263 cc). Lo propio cabe decir de las facultades de ejercicio del derecho fundamental que se manifiestan en la relación del menor con la Administración Pública. En el ordenamiento español los padres pueden prestar en nombre del menor su consentimiento para una operación quirúrgica que conlleve una injerencia en su integridad física o que implique la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, un ensayo clínico o una técnica de reproducción asistida (Art.

³⁸ Cfr. Arts. 154.1, 156, 162 y 163 cc; Art. 14 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón; Art. 155 del Código de Familia de Cataluña; Ley 63.2 de la Compilación de Derecho foral de Navarra.

³⁹ Y la Junta de Parientes, conforme al Art. 5.2 de la Compilación de Derecho civil foral de Aragón.

⁴⁰ Véase, por todas las disposiciones autonómicas, el Art. 14 LPAPM.

⁴¹ Conforme al Art. 10.2 b) LOPJM.

9.3.c) y 9.4 LRAP)⁴² y, del mismo modo, deben reclamar del Estado, en su nombre, su escolarización obligatoria, dando, con ello, efectividad a su derecho a la educación, por poner dos ejemplos significativos.

3) Criterios para el autoejercicio de los derechos fundamentales por el menor: su gradual autonomía volitiva

a) La edad, la capacidad natural y la madurez

En el epígrafe anterior se ha realizado una clasificación de los supuestos de ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor, a partir de que éste los ejerciese por sí sólo o de que el ordenamiento estableciese su incapacidad de obrar iusfundamental y encomendase su ejercicio a su representante legal. El legislador ha utilizado diversos criterios heterogéneos en función del sector del ordenamiento del que se trate y del ámbito de la realidad en el que se debiera desarrollar la actividad iusfundamental del menor, para determinar el momento en el que cabe uno u otro tipo de ejercicio. Si, como se ha dicho, la posesión de capacidad de obrar iusfundamental por parte del menor ha de ser considerada la regla, puesto que sólo de este modo se da satisfacción a la conjunción que debe existir entre su heteroprotección y su autoprotección, es preciso analizar ahora la constitucionalidad de los criterios utilizados por el legislador para el reconocimiento de su capacidad para ejercitar autónomamente sus derechos fundamentales. Los principales criterios que los diferentes ordenamientos jurídicos suelen utilizar para delimitar la capacidad de obrar iusfundamental del menor son tres:⁴³ la adquisición de una determinada edad, bien sea general para todos los derechos,⁴⁴ bien sea específica según de qué derecho o facultad se trate;⁴⁵ la presencia de una determinada capacidad

⁴² Más allá de los supuestos de heteroejercicio previstos por la legislación básica estatal en materia de autonomía del paciente, diversas disposiciones legales autonómicas extienden, con dudosa constitucionalidad, la capacidad de heteroejercicio por parte de los padres y tutores de la facultad de autodeterminación sanitaria de todo individuo menor de 16 (Navarra y Valencia) o 18 años (Baleares, La Rioja), reclusando la voluntad del menor a un mero derecho a ser oído.

⁴³ Pieroth y Schlink, *Staatsrecht II - Grundrechte*, C. F. Müller, Heidelberg, 1987 (3ª edición), p. 37, hacen referencia sólo a dos de los criterios, la madurez y la edad, aunque el primero parece incluir el de la capacidad natural del menor.

⁴⁴ Véase Ursula Fehnehm, *Die Innehabung und Wahrnehmung von Grundrechten im Kindesalter*, *Op. cit.*, pp. 38ss; véase también la jurisprudencia de la House of Lords británica, *Parker LJ* ([1985] 1 All ER 533 at 540, [1985] 2WLR 413 at 423.

⁴⁵ Cfr. Günther Dürig, *Art. 19 III GG*, *Op. cit.*, p. 13; Stein, Ekkehart, *Das Recht des Kindes auf Selbstfaltung in der Schule*, *Op. cit.*, pp. 30 y ss; véase también el § 5.1 y 2 de la Ley alemana sobre

natural para el ejercicio de los derechos;⁴⁶ o, por último, la exigencia de una determinada madurez intelectual.⁴⁷ Es posible una combinación de todos o varios de ellos⁴⁸ dentro del mismo ordenamiento, aunque siga siendo predominante el más rígido de la exigencia de una determinada edad (la mayor edad) por el individuo.⁴⁹

El Código Civil en sus artículos 154ss combina los criterios de la edad y la madurez⁵⁰ e impregna con ellos una buena parte del resto de sectores del ordenamiento jurídico. La capacidad de obrar laboral, determinante de la capacidad para ejercer ciertas facultades de los derechos de huelga y sindicación, se adquiere, según el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), a los 16 años para los menores emancipados o con la autorización de sus padres o tutores. Y también en lo que se refiere a la capacidad necesaria para ejercer la libertad de elección de centro docente, vinculada a la libertad ideológica y de conciencia, y al derecho a la educación, el artículo 4.1.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación y el artículo 2.2 del Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección del centro educativo, habilitan sólo a los mayores de edad a decidirlo por sí mismos, correspondiendo, en caso contrario, esta competencia a los padres o tutores del menor de edad. En el ámbito procesal es donde, como se ha visto, la aplicación del criterio de la edad es, en general, más rígida y donde plantea más problemas de constitucionalidad. La LEC es la más inflexible en el uso del criterio de la edad, e impide por completo al menor ejercer la acción penal por sí mismo en defensa de sus derechos fundamentales;⁵¹ mientras que el artículo 16.2 del Real Decreto

formación religiosa de los niños, que considera los 14 años edad suficiente para el ejercicio de la libertad religiosa por parte del menor.

⁴⁶ Cfr. Günther, Dürig, *Op. cit.*, p. 13; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, p. 1069.

⁴⁷ Cfr. Albert Bleckmann, *Staatsrecht II. Die Grundrechte*, *Op. cit.*, p. 421; igualmente en la jurisprudencia británica: House of Lords, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1985] 3 All ER 402*.

⁴⁸ Véase, por ejemplo, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, *Op. cit.*, pp. 1068-1069.

⁴⁹ Sobre el criterio de la edad como "semisospechoso de inconstitucionalidad", Cfr. Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, New York, 1985 (2ª edición), p. 1592.

⁵⁰ Un ejemplo modélico de esta misma combinación lo ofrece el Art. 133 del Código de Familia de Cataluña, que impone la obligación de ejercer la patria potestad *para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad del menor* y obliga a *oír al mayor de 12 años, en todo caso, y al menor si tuviere suficiente conocimiento*, con una modélica combinación de los criterios edad y madurez.

⁵¹ Véanse Arts. 102 y 271 LECR.

Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL) reproduce el criterio de los 16 años fijado en el ET. Por su parte, la LEC utiliza también la edad, combinado con el de la madurez, como criterio determinante del autoejercicio de las facultades procesales por parte de los menores, en la medida en que les permite ejercerlas con la asistencia, autorización o habilitación de su representante legal o tutor en los casos en que legalmente sea posible (Art. 162.2.1ª cc). Igualmente, como ya se dijo, el legislador sanitario ha previsto (Art. 9.4 LRAP), con dudoso apoyo constitucional en la necesidad de protección del menor,⁵² el criterio de la mayoría de edad para la prestación del consentimiento en prácticas abortivas, ensayos clínicos o técnicas de reproducción asistida.

El criterio de la capacidad natural se encuentra habitualmente implícito en la necesidad de suficiente madurez del menor, por lo menos para el ejercicio de ciertas facultades de los derechos fundamentales. Así, como ya se dijo, el artículo 162.2.1ª cc exige la presencia de una determinada madurez intelectual en el menor para la realización de actos relativos a derechos de la personalidad sin el concurso de su representante legal. Esta madurez y la previsión legal reconocen al menor la capacidad de obrar necesaria para celebrar contratos a través de los cuales ejercitar un derecho fundamental. A ella se refiere, respecto del ejercicio del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen del menor 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, y el artículo 9.3.c) LRAP, respecto del derecho a la integridad física. También el artículo 9.2 de la LOPJM utiliza el criterio de la madurez al referirse al derecho del menor a ser oído en los procedimientos administrativos que le afecten —y a través de los cuales ejerce sus derechos fundamentales—, cuando tenga suficiente juicio. Una solución muy parecida es la adoptada por el artículo 18 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, que reproduce el criterio de la madurez utilizado por el ordenamiento administrativo material (Art. 30 LRJAP/PAC). Y el artículo 21.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, por poner un último ejemplo, vuelve a obligar a los estados a tener en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez, en los procedimientos

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

que le afecten. La madurez y suficiente juicio del que hablan los preceptos mencionados es claro que sólo se alcanza presupuestas unas determinadas capacidades naturales, pero no se puede identificar con éstas.

4) *La gradual autonomía volitiva del menor*

El criterio adoptado por el legislador o por cualquier otro poder público para enervar la inicial presunción de capacidad de obrar iusfundamental del menor tiene que ser compatible con la posición constitucional de éste, conforme a los artículos 10, 12 y 39 CE. En este sentido, la necesidad de que la heteroprotección deje paso paulatinamente a la autoprotección obtiene un mayor reflejo mediante un criterio como el de la madurez que mediante la fijación de una o varias edades a las que se adquiere la capacidad para ejercer ciertos derechos, pues se adecua mejor a la diversidad de situaciones psicológicas de madurez que experimenta el individuo en el periodo de su vida denominado minoría de edad.⁵³ Por ello, sea cual fuere el criterio utilizado por el legislador, el mismo sólo encuentra justificación constitucional, por lo que se refiere a la limitación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor, si tiene en cuenta su gradual autonomía volitiva como criterio para que sea desplazada en el tiempo por su autoprotección. Ello no conduce necesariamente a la inconstitucionalidad de los criterios que, como la edad, le rinden más difícilmente tributo, pues los mismos, además de definir la capacidad de obrar del menor, pueden reflejar también una limitación del ámbito de ejercicio de sus derechos fundamentales en aras de la tutela de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos, como la seguridad jurídica. Semejante criterio interpretativo, derivado de la propia concepción dogmática que la CE de 1978 tiene de sus preceptos sobre derechos fundamentales y sobre la minoría de edad, tiene no pocas consecuencias a la hora de clarificar los problemas que plantea la selección de la norma aplicable en determinadas situaciones. Piénsese, por ejemplo, cómo de lo dicho se desprendería constitucionalmente más adecuado considerar derogado por la Disposición Derogatoria de la LRAP el artículo 4.a) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, por seguir requiriendo la mayoría de edad y oponerse al criterio de la madurez del menor para consentir la intervención

⁵³ Sobre esta pluralidad de responsabilidades y de madurez del menor, Cfr. Committee on Child Psychiatry (Group for the Advancement of Psychiatry), *How old is old enough? The ages of rights and responsibilities*, *Op. cit.*, pp. 19ss.

médica consistente en la donación de órganos y que compone el derecho a la integridad física y moral, en lugar de considerar, siguiendo los cánones de la hermenéutica clásica, que el mencionado precepto de la Ley 30/1979 permanecería vigente como *lex specialis* en la materia.

Pero, ¿cuándo adquiere el individuo la suficiente autonomía volitiva como para que predomine su autoprotección y quede relegada su heteroprotección? A pesar de que en teoría el ordenamiento pueda utilizar diversos criterios para su determinación, lo cierto es que el de la madurez es el criterio que mejor parece adaptarse a su gradual y evolutiva adquisición de autonomía volitiva. Por ello, parece conveniente acudir a él cuando el legislador no haya clarificado de forma indubitada por qué criterio se ha inclinado. Éste sería el caso, por ejemplo, de la prestación del consentimiento en intervenciones quirúrgicas, que *sensu contrario* del artículo 9.3.c) LRAP podrá ser realizado por el menor cuando posea suficiente capacidad para adoptar esa decisión.

Con todo, para utilizar el criterio de la madurez, como concreción de la gradual autonomía volitiva del menor, es preciso saber en qué ha de consistir aquélla, pues sólo de esa forma será posible saber cuáles son sus límites y el necesario ámbito de extensión de la heteroprotección del menor. Hay una frecuente tentación a considerar que el menor sólo es maduro si es capaz de adoptar decisiones como lo haría si fuese mayor de edad, esto es, con la racionalidad propia del mayor de edad. Frente a este criterio se colocarían quienes consideran que esa madurez se adquiere cuando el individuo es capaz de decidir por sí mismo libremente con las características propias de la minoría de edad. Entre ambas posturas existen otras múltiples intermedias que hacen mayor hincapié en uno o en otro aspecto. Así, por ejemplo, ante la decisión del menor de 16 años de afiliarse a una asociación ecologista o de tomar la píldora anticonceptiva, ¿qué madurez se requiere del menor para que las pueda adoptar por sí mismo?

Exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad equivale a negarle la capacidad de autoprotgerse y a considerar que la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales corresponde, en último extremo a seres racionales, esto es, mayores de edad o menores que sean capaces de actuar como mayores, pero no en su calidad de menores. Sin embargo, ya se ha visto cómo los menores también son sujetos de los procesos de comunicación social por sí mismo, también son personas y, por ello, se hacen acreedores del reconocimiento de los derechos fundamentales, no sólo para su disfrute futuro, sino también para su

disfrute actual. Por ello, no es posible utilizar únicamente la racionalidad de la decisión como criterio para definir la adquisición de madurez o de suficiente autonomía volitiva para ejercer por sí mismos sus derechos.⁵⁴ El menor que decide irracionalmente puede tener suficiente madurez y, no obstante ello ser insuficiente para permitirle en todos los casos ejercer sus derechos fundamentales; pero, a la inversa, tampoco toda decisión racional del menor, aunque refleje un grado suficiente de autonomía volitiva, permite siempre el libre ejercicio de sus derechos. Además de la madurez, el ordenamiento puede requerir del menor que no perjudique el ejercicio actual o potencial del resto de sus derechos y que no origine menoscabo en los derechos fundamentales de terceros ni en bienes o valores constitucionalmente protegidos, todo ello a través de la delimitación y limitación del ejercicio de los derechos fundamentales.⁵⁵

La madurez del menor, como requisito para poseer la capacidad de obrar iusfundamental y pretender el ejercicio autónomo de los derechos fundamentales, lejos de estar vinculada a la racionalidad, debe estarlo a la capacidad de querer y de entender el significado de sus actos —en particular de los relativos a los derechos fundamentales— dentro de un proyecto vital propio,⁵⁶ asumiendo, de igual forma que los individuos mayores de edad, el riesgo de errar en su decisión. Así lo parece haber entendido el artículo 9.3.c) LRAP, que a la hora de describir limitar la capacidad de obrar iusfundamental del menor para ejercer, mediante el otorgamiento de su consentimiento informado a una intervención médica, su derecho a la integridad física y moral, sólo excluye la de quienes carezcan de la capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, presumiendo que, en todo caso, los mayores de 16 años la poseen.

⁵⁴ En un sentido semejante, véase Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*, pp. 221-222.

⁵⁵ Así, por ejemplo, un menor de 17 años puede tener suficiente autonomía volitiva como para decidir si desea ceder su imagen desnudo y, sin embargo, el ordenamiento permite al Ministerio Fiscal instar de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitar las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados, cuando sea contraria a sus intereses (Art. 4.2 y 3 LOPJM).

⁵⁶ En este sentido Catherine Lowy, *Autonomy and the appropriate projects of children: a comment on Freeman*, en Alston, Parker, Seymour (Edits.), *Children, Rights and the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 74-75.

IV. LA MINORÍA DE EDAD COMO OBJETO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

IV.1. LA PROTECCIÓN DE LA MINORÍA DE EDAD A TRAVÉS DEL "INTERÉS DEL MENOR" Y SU SENTIDO CONSTITUCIONAL

Conforme a lo dicho hasta ahora, el individuo, de un lado como persona, posee capacidad jurídica iusfundamental y es titular de diversos derechos fundamentales que puede ejercer directamente o a través de un tercero; pero, por otro lado, junto a ello, el artículo 39.2 y 3 CE, en relación con el artículo 12 CE, ha considerado la minoría de edad como un periodo vital durante el cual aquél no se basta para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección de aquél. La necesaria compatibilidad entre heteroprotección y autoprotección del menor halla su expresión legal en el concepto "interés del menor", habitualmente utilizado por la doctrina,⁵⁷ la legislación⁵⁸ y la jurisprudencia.⁵⁹ Este concepto jurídico indeterminado⁶⁰ se ha identificado en muchas ocasiones con la heteroprotección, pero desde un punto de vista constitucional únicamente puede reflejar auto y heteroprotección al mismo tiempo. Un interés que, como pone de relieve la jurisprudencia constitucional sobre la jurisdicción penal de menores,⁶¹ no ha de descuidar ni la heteroprotección ni la autoprotección del menor, so pena de estar viciada de inconstitucionalidad por desconocer bien el mandato de protección del menor, bien su condición de persona cuya dignidad se basa en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales.⁶² La realización del interés del menor aparece, por tanto, como piedra angular de toda la regulación jurídica de la minoría

⁵⁷ Véase, por todos, Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*

⁵⁸ Véase, entre muchas disposiciones legales, la LOPJM, en especial su "Exposición de motivos" y la referencia en el Art. 2 al "interés superior del menor"; y, de entre las disposiciones de protección del menor de ámbito autonómico que también utilizan el principio del interés del menor como criterio rector de su protección, véase, por todas, el Art. 2 LPAPM.

⁵⁹ Véanse la STC 141/2000, de 29 de mayo; la STS de 18 de junio de 1998; la STS de 24 de abril de 2000, entre muchas.

⁶⁰ En este sentido, Francisco Rivero Hernández, *El interés del menor*, *Op. cit.*, pp. 191ss.

⁶¹ Véase el asunto de la Corte Suprema de los Estados Unidos *In re Gault*, 387, U.S., 1 (1967); en nuestro país, STC 36/1991, de 14 de febrero, F. J. 7º; STC 233/1993, de 12 de julio, FF. JJ. 2º y 3º.

⁶² Inconstitucional resultaría, pues, la idéntica aplicación del régimen penal de los mayores a los menores, desconociendo el mandato constitucional de protección que impone el Art. 39 CE (STC 233/1993, de 12 de julio de 1993, FF. JJ. 2º y 3º); pero también aplicarles un régimen reeducativo-sancionador que desoyera las exigencias constitucionales de los procedimientos sancionadores (derecho de defensa, principio de legalidad, etc.), de los que se beneficiaría cualquier individuo con independencia de su edad (STC 36/1991, de 14 de febrero, F. J. 7º; STC 61/1998, de 13 de marzo, F. J. 4º).

de edad, y, en particular, de la que afecta a sus derechos fundamentales.⁶³ El ordenamiento se halla sujeto al mandato de optimización establecido en el artículo 39.2 y 3 CE a la hora de disciplinar las relaciones paterno-filiales, las relaciones tutelares y de desamparo, las relaciones escolares u otras situaciones de sujeción general y especial en las que se puede ver inmerso el menor, y éste equivale a la realización del interés del menor.

Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar, o por lo menos bajo dependencia personal y patrimonial de la familia, es de especial relevancia la recepción legal de este concepto en las disposiciones sobre patria potestad del Código Civil, cuyo artículo 154.2, sin referirse expresamente al mismo, dispone que aquélla ha de ejercerse siempre en *beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad*, a consecuencia de lo cual les obliga a oírlos en las decisiones que les afecten a partir de los doce años.⁶⁴ En lo que se refiere a la incidencia de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor, el legislador únicamente puede utilizar como criterio para delimitar autoejercicio y heteroejercicio de los derechos, el del interés del menor en los términos expuestos, sin perjuicio de que otros elementos, como la protección de otros bienes o valores constitucionales o los derechos y libertades fundamentales de terceros, puedan ser la causa de una delimitación o limitación ulterior, como lo podrían ser también respecto del mayor de edad.

Sin embargo, la vinculación normativa que la CE impone a los sujetos públicos y privados a través del interés del menor no es siempre igual, ni desde un punto de vista personal, ni desde un punto de vista material. Desde el punto de vista subjetivo, los padres, los tutores y los entes públicos que pueden tener encomendada la guarda y custodia del menor, o disponer sobre ella, se hallan sometidos a una más intensa vinculación a la hora de perseguir su interés, que los educadores u otros sujetos, que tienen una vinculación jurídica menos intensa con aquél. Los primeros han de tener en cuenta todos los ámbitos vitales del menor sobre los que es preciso tutelar su interés mediante la actuación o la inactividad, me-

⁶³ Es el concepto en el que se integran la heteroprotección y la autoprotección del menor. No tiene, pues, un significado opuesto a la autonomía volitiva del menor o a la función paterna de salvaguardia y cuidado del menor, tal y como, sin embargo, se ha pretendido por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Bellotti vs. Baird*, 443, U.S., 622, 633 (1979).

⁶⁴ Mucho más explícito es el Art. 133 del Código de Familia de Cataluña, que impone la obligación de ejercer la patria potestad *para facilitar el pleno desarrollo de la personalidad del menor* y obliga a *oír al mayor de 12 años, en todo caso, y al menor de edad si tuviere suficiente conocimiento*, con una modélica combinación de los criterios edad y madurez.

dian­te la heteroprotección o la autoprotección, mediante el autoejercicio o el heteroejercicio de sus derechos fundamentales, mediante la limitación o mediante la permisividad. Los segundos, por el contrario, suelen tener legalmente delimitados los ámbitos vitales del menor sobre los que pueden y deben actuar, por lo que la realización del interés del menor debe reducirse a ellos.

Desde un punto de vista objetivo, a su vez, la extensión del contenido normativo del interés del menor es también distinta dependiendo del ámbito vital sobre el que haya de proyectarse. Padres, educadores, instituciones tutelares y centros de menores, sujetos privados y sujetos públicos, obtienen diversas respuestas del interés del menor a la hora de procurar su protección, según la esfera vital de que se trata. Si la misma tiene carácter personal, y específicamente por lo que aquí interesa se refiere al ejercicio de los derechos libertades del menor, la tutela de su interés exige una muy rigurosa ponderación entre heteroprotección y autoprotección, que viene regida, como antes se dijo, por la vigencia del criterio de la gradual autonomía volitiva del menor. Por el contrario, si la esfera vital tiene una naturaleza patrimonial, o incluso personal pero desvinculada del ejercicio de derechos y libertades fundamentales del menor, el criterio con el que el legislador orienta la realización de su interés es distinto y produce unos efectos normativos también diferentes. Piénsese, por ejemplo, que mientras en la esfera personal de los derechos fundamentales la gradual autonomía volitiva del menor conducía a que su interés se centrara tanto en el futuro como en el presente, con una especial relevancia de este último; en la esfera patrimonial, sin embargo, el legislador puede haber permitido la persecución del interés del menor a través fundamentalmente del aseguramiento de su posición futura. De igual forma, mientras en la esfera personal de los derechos la madurez no puede quedar a expensas únicamente de la racionalidad de la decisión, en la esfera patrimonial esa racionalidad se convierte en criterio dirimente de la adopción de decisiones por parte del representante legal en beneficio del menor.

IV.II. ATRIBUCIÓN DE POTESTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES PARA LA PROTECCIÓN DEL MENOR

A fin de garantizar que el menor reciba protección mediante el ejercicio por sí mismo o a través de un tercero de sus derechos fundamentales, pero también, en su caso, mediante la adopción de medidas limitativas o

delimitativas de éstos, el artículo 39 CE impone una serie de obligaciones subordinadas al cumplimiento de esta función protectora. Destinatarios de dichas obligaciones son de un lado, los padres, y de otro, los poderes públicos, de forma acumulativa y no subsidiaria.⁶⁵ La imposición de estas obligaciones plantea la cuestión de si las mismas conllevan la atribución constitucional y, en su caso, legal de las potestades necesarias para su cumplimiento.

En lo que se refiere a los poderes públicos, a salvo de los supuestos excepcionales en los que se ha admitido su capacidad para ejercer algunos derechos fundamentales, como la tutela judicial efectiva, lo cierto es que los mismos son titulares de diversas potestades públicas necesarias para el cumplimiento de aquella función constitucional de protección del menor. En este sentido, tanto el legislador, a través de la regulación de las relaciones paterno-filiales en el Código Civil (Arts. 154ss.)⁶⁶ o de los derechos del menor en la LOPJM, de las leyes autonómicas de protección del menor y de diversos instrumentos legales de carácter sectorial, como, sobre todo, la Administración Pública y el poder judicial, a través de los distintos institutos y competencias que les han conferido las disposiciones legales antes mencionadas, ordenan, supervisan y complementan la protección de los menores de edad. Y lo hacen en el marco de las relaciones jurídico-privadas y administrativas de sujeción general o de sujeción especial. Las potestades otorgadas a los poderes públicos para cumplimiento de este fin, sin ser subsidiarias de las atribuidas a los padres, tienen por objeto complementarlas allí donde aquéllas no alcancen, institucionalizarlas y reforzarlas, para que tengan mayor efectividad,⁶⁷ pero también, en su caso, supervisarlas para velar por el interés del menor.⁶⁸

Más problemático resulta el papel de los padres en la realización del mandato constitucional de protección del menor. La afirmación de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales por parte del menor vino a alterar la configuración de la patria potestad. La naturaleza jurídica de la patria potestad ya no es la de un poder sobre una cosa o sobre un sujeto, sino la de un conjunto de facultades y deberes orientado al cumplimiento

⁶⁵ Diego Espín Cánovas, *Artículo 39, Op. cit.*, p. 59.

⁶⁶ Y en las disposiciones de derecho foral de Aragón (Arts. 9ss de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), Cataluña (Arts. 132ss del Código de Familia) y Navarra (Leyes 63ss de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra).

⁶⁷ En este sentido, Cfr. *Hogdson vs. Minnessota*, 88 U.S. 1125 (1990).

⁶⁸ Como ponen de relieve, por ejemplo, los Arts. 17ss LPAPM.

de una función constitucional.⁶⁹ Como consecuencia de lo anterior, cabe preguntarse si los padres, en virtud de su posición constitucional de garantes de los derechos del menor, no han pasado de ejercer un poder de naturaleza meramente privada a ejercer un poder de naturaleza jurídica semipública, que asemeja la relación paterno-filial a una relación administrativa de sujeción especial.⁷⁰ Ello no quiere decir que ciertos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad no sigan conservando naturaleza jurídico-privada,⁷¹ sino solamente que esta última perspectiva no basta para comprender las funciones de guarda y de representación que tienen los padres respecto de los hijos, así como la incidencia normativa de los derechos fundamentales de estos últimos sobre aquéllas.⁷² Aunque la polémica categoría de las relaciones de especial sujeción debe, sin duda, ser objeto de una interpretación restrictiva, dado que fue un pretexto para diversos abusos de poder por parte de la Administración y mermas en la vigencia de los derechos fundamentales,⁷³ en el caso de los menores la posible extensión de algunos de los principios constitucionales, que rigen en estas últimas relaciones, más que una merma de garantías para el individuo menor pasaría a ser un refuerzo de las mismas. Con ello, sus derechos fundamentales pasarían a tener eficacia directa frente a quienes ejerzan la patria potestad y no sólo indirecta a través de la configuración legislativa de las potestades paternas.⁷⁴

⁶⁹ Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de derecho civil*, Vol. IV, *Op. cit.*, pp. 569, 571ss; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, T. V, Vol. 2, Reus, Madrid, 1985, p. 204.

⁷⁰ En este sentido, Jan Anders, *Freiheitsentziehung durch den Inhaber der elterlichen Gewalt. Zugleich ein Beitrag zur freiwilligen Erziehungshilfe*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrechts*, 1960, p. 476; Robert A. Burt, "Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños", en Gargarella, Roberto (Comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 195.

⁷¹ Así, por ejemplo, las relaciones internas de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad (Art. 156 cc), las obligaciones de los hijos de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas familiares (Art. 155.2 cc) y en general, todos aquellos aspectos de la relación paterno-filial durante la minoría de edad que no conllevan capacidad de los padres para imponer unilateralmente obligaciones a los hijos.

⁷² Mariano López Benitez, *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones de sujeción especial*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 182ss, ve un fenómeno semejante en relación con los servicios públicos cuya prestación se ha descentralizado en sujetos privados, concluyendo que la relación jurídica entre el usuario y la empresa concesionaria es una relación jurídico administrativa, a pesar de que ambos sujetos sean sujetos jurídico-privados, pero no una relación de sujeción especial, dada la desigual intensidad con la que se manifiesta la sujeción existente entre ambos.

⁷³ Ricardo García Macho, *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 204ss.

⁷⁴ Cfr. Robert A. Burt, "Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños", *Op. cit.*, pp. 194-195.

Buena parte de los elementos característicos de una relación jurídico-administrativa de sujeción especial⁷⁵ se encuentran presentes en la relación paterno-filial durante la duración de la patria potestad. En primer lugar, los padres o tutores poseen, conforme a los artículos 154ss, y 267ss cc, una potestad sobre los hijos o tutelados para imponerles unilateralmente obligaciones, de la que es correlato el deber de obediencia de éstos (Arts. 154.4, 155 y 268 cc). En segundo lugar, es cierto que ni el padre ni el tutor reúnen todos los requisitos del moderno concepto de poder público, pero la relación jurídica que existe entre ellos y los menores que se encuentran bajo su responsabilidad se corresponde más con una función pública que con un derecho subjetivo, que es la característica propia de la actuación de los entes públicos.⁷⁶ En tercer lugar, la capacidad de los padres y tutores para imponer obligaciones a sus hijos o tutelados en su interés no es ajena al derecho, sino que se inserta en el seno de una relación jurídica, con independencia de si la misma en su conjunto puede ser calificada de pública o ha de ser calificada de relación jurídico-privada. En cuarto y último lugar, los derechos fundamentales del menor o tutelado tienen vigencia también en el interior de esa relación, aunque su eficacia se vea debilitada como consecuencia de la indeterminación de las cláusulas que permiten su delimitación y su limitación, lo que se tendrá ocasión de analizar más adelante. Por supuesto, no están presentes en la relación paterno-filial otros elementos de la relación administrativa de sujeción especial, como la inserción del menor dentro de una organización administrativa de la que ni el padre ni el tutor forman parte, o la necesidad de autoorganización, presupuesto de la existencia de las intensas potestades de sujeción del padre o tutor sobre el menor.

Por ello, sin pretender ubicar la relación paterno-filial o tutelar dentro de la categoría de las relaciones administrativas de sujeción especial, quizás sí sea posible asimilarlas a éstas como *relaciones privadas de sujeción especial*, en las que la especialidad de la sujeción unilateral de un sujeto privado por otro también privado permite publicar muchos aspectos de esa relación y equiparar parte de la actuación del padre o tutor sobre el menor a una actividad estatal. Ello plantea el interrogante de si la relación paterno-filial puede seguir siendo contemplada desde el prisma de

⁷⁵ Sobre ellos véase Mariano López Benítez, *Op. cit.*, pp. 171ss.

⁷⁶ Favorable también a esta tendencial aplicación analógica del concepto de función pública, pero sin considerar, por ello, a los padres como un órgano del Estado, Fritz Ossenbühl, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 52.

la eficacia indirecta de los derechos fundamentales, o, por el contrario, la naturaleza semipública de dichos actos, derivada de la especial sujeción que implica imponer a los padres la obligación de respetar y promover el disfrute de los derechos fundamentales por parte del menor, como si se tratase de una administración pública, permite hablar de una eficacia directa, atribuyendo a los menores, o a terceros como el defensor judicial o el Ministerio Fiscal en su nombre, la capacidad para reaccionar frente a las injerencias de los padres en dichos derechos.

IV.III. LA POSIBILIDAD DE DELIMITACIÓN Y LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA MINORÍA DE EDAD COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE PROTECCIÓN

La atribución legal de una serie de potestades para la protección del menor trae consigo no sólo la posibilidad de suplir la falta de capacidad de obrar iusfundamental del menor y ejercer sus derechos fundamentales en su nombre, sino también una serie de limitaciones en el contenido o en el ejercicio de esos derechos fundamentales. Aunque la delimitación y la limitación de los derechos fundamentales pueden provenir de la protección de bienes y derechos constitucionales distintos de la protección del propio menor, esta última, con mucho, es la fuente de límites que tienen una incidencia más intensa sobre sus derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta que el menor se encuentra sometido a una heteroprotección especial a la que, con carácter general, no se encuentra sometido quien es mayor. La propia CE de 1978 ha sido consciente de ello de forma implícita en el mandato de protección del artículo 39 en relación con el artículo 12, que fija la mayoría de edad de los españoles a los 18 años, pero también de forma explícita en diversos preceptos constitucionales aislados. Así, por ejemplo, el artículo 27.3 CE, en lo que se refiere a la posibilidad de los padres para decidir la formación religiosa y moral, acorde con sus propias convicciones, que deben recibir sus hijos; de igual forma, el artículo 20.4 CE, al establecer los límites a la libertad de expresión e información, de creación artística, científica y técnica y de cátedra, configura la protección de la infancia y la juventud (dentro de las que se desarrolla la minoría de edad) como un límite al ejercicio de los mismos, que afecta no sólo a los mayores de edad, sino también a los menores que los pretendan ejercer.

El legislador orgánico al desarrollar parte del contenido de los derechos fundamentales durante la minoría de edad prevé que la protección

del menor opere como una delimitación o como un límite a su ejercicio. En este sentido, son diversas las disposiciones de la LOPJM que, aun reconociendo la capacidad de ejercicio del derecho fundamental por parte del menor, restringen su ámbito en atención a su necesidad de heteroprotección, como parte de la tutela de su superior interés.⁷⁷ También las diversas disposiciones legales estatales y autonómicas, aprobadas para la educación, protección y asistencia a los menores, aun reconociendo la vigencia de sus derechos fundamentales, restringen su autoejercicio cuando el mismo es pernicioso para el superior interés del menor.⁷⁸ Pero, dado que la mayor parte del tiempo efectivo de vida del menor éste lo disfruta, de forma decreciente a medida que se aproxima a la mayoría de edad, en el ámbito familiar bajo la dependencia de sus padres, son las disposiciones del Código Civil o de las compilaciones de derecho foral las que han de ser tenidas más en cuenta desde el punto de vista de la delimitación y limitación de los derechos, habida cuenta que los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor. En este sentido, la cláusula general del artículo 154 cc, en lo relativo al deber de los padres de velar por sus hijos o a la facultad de corregirlos razonable y moderadamente,⁷⁹ constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para incidir sobre los derechos fundamentales del menor, aunque como tales delimitaciones y limitaciones deban respetar el contenido esencial del derecho fundamental (Art. 53.2 CE). ■

[Volver al Índice >>](#)

⁷⁷ Véanse, entre otros, el Art. 4.2 y 3 LOPJM, en relación con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen; el Art. 5, respecto al derecho a recibir información; el Art. 6.3, en relación con la libertad ideológica; el Art. 7.2, respecto a los derechos de reunión y asociación; el Art. 8.1, respecto a la libertad de expresión; y el Art. 9.2, en lo que se refiere al derecho a ser oído en los procedimientos judiciales para la tutela de sus intereses legítimos.

⁷⁸ En lo que se refiere al ámbito escolar, Cfr. el Art. 6. 2 LODE y los Arts. 35ss RD 732/1995. Por lo que se refiere a la guarda y amparo administrativo de los menores, véanse dentro de las leyes autonómicas sobre protección de menores los Arts. 31ss LPAPM y el Decreto 48/2003 del Principado de Asturias, de 5 de junio, por el que se aprueba el Reglamento sobre normas de régimen interior de centros de alojamiento de menores.

⁷⁹ En relación con la tutela, véanse los Arts. 268 y 269 cc.