

Comisión nº1. Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES.CAPACIDAD NATURAL PROGRESIVA.

Autores: Carlos Manuel Álvarez Chicano y Ofelia Oviedo Figueroa *

Resumen:

Si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la de obrar. Pare claro la suficiencia de la capacidad natural de obrar para los derechos fundamentales, lo que nos lleva a plantearnos si los titulares de la potestad, en virtud de la representación legal de los sometidos que tienen atribuida pueden ejercer por representación los fundamentales de los menores sometidos a su potestad que, por carecer de capacidad natural de obrar, no pueden ejercitarlos de forma autónoma

Creemos que en materia de menores el criterio preponderante debe ser siempre el interés del menor. Por tanto, si esa representación va a redundar en beneficio del menor, se debe admitir la representación del menor, aunque se trate de un derecho personalísimo.

Sin embargo, esto no puede ser la regla general, sino solo una excepción cuando no haya otro medio de salvaguardar los derechos del menor.

1. Introducción.

Acudiremos en este trabajo a derecho comparado para estudiar cómo se regula la representación del derecho de representación en materia de derechos fundamentales cuando se trata de menores, concretamente al derecho español.

Progresivamente ha ido evolucionando el status jurídico del menor y se ha ido pasando de una legislación de carácter tuitivo a otra en la que tiene prevalencia la defensa de su autonomía y libertad.

Las transformaciones sociales y la importancia que adquiere tras los nuevos planteamientos ético-jurídicos de la posguerra, de persona y su dignidad, han operado un cambio jurídico-sustancial de la consideración de la minoría de edad como un *status* a la actual como una situación de carácter dinámico, caracterizada por ser un período evolutivo de lento y maduración personal del menor tanto a través de su condición/ derechos como, sobre todo, posibilitándole su ejercicio¹.

* Carlos Manuel Álvarez Chicano. Investigador de la Universidad de Málaga. España. Abog. Ofelia Oviedo Figueroa. Profesora de Derecho Privado I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Profesora de Derecho Civil en Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.

¹ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Madrid. Tecnos, 2006, pp. 23-53.

Esta concepción del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales supone un replanteamiento ético-jurídico no solo de su posición dentro del núcleo sociofamiliar, sino, en especial, de la problemática jurídica subyacente a la minoría de edad. La consideración del menor como sujeto pleno de derechos fundamentales supone, necesariamente predicar su autonomía como individuo; autonomía que se proyecta, aunque forma exclusiva, frente a los titulares de la patria potestad, lo que es fruto no sólo de la concepción del menor como sujeto de derechos fundamentales, sino de un nuevo planteamiento de las relaciones parterno-filiales y, por extensión de la patria potestad².

En Argentina la regulación en el nuevo Código Civil y Comercial de toda la materia relativa a la capacidad se hizo, adaptando sus normas a las Convenciones Internacionales relativas a la materia que nuestro país suscribió y a las normas que ya se encontraban vigentes en los distintos subsistemas de leyes complementarias. En este sentido, es dable señalar también que el nuevo Código deja atrás la vieja concepción del Código de Vélez que vinculaba el concepto de persona humana con la de capacidad jurídica o capacidad de derecho³ y el modelo tutelar o paternalista, para pasar a un modelo de autonomía y capacidad progresiva.

2. El ejercicio de los derechos fundamentales por el menor de edad.

2.1. Consideraciones generales.

La posición del menor como titular de derechos fundamentales, por el solo hecho de ser persona y estar investido de capacidad jurídica, y, por otro, la nula influencia de la edad en la titularidad, corresponde estudiar cómo influye la minoría de edad en el ejercicio. Cabe, por ejemplo, que la mayoría de edad sea una circunstancia natural para el ejercicio del derecho (el sufragio pasivo), o bien que estemos ante una edad en la que no se tienen las necesarias condiciones para ultimar los actos de forma consciente y libre. Se trata, en último término, de determinar cuál es la capacidad necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental. Resulta claro que estamos ante una cuestión trascendental cuya resolución va a determinar el mayor o menor grado de autonomía del menor, frente a los titulares de la patria potestad o de la tutela, para tomar decisiones que afecten a su esfera personal. Trataremos de demostrar cómo de los principios constitucionales, y del propio Código Civil de España⁴, se infiere la existencia de una interpretación flexible de las condiciones de capacidad necesarias para el ejercicio de los derechos fundamentales, por su íntima conexión con los conceptos centrales de persona y de libre desarrollo de la personalidad, bastando para su ejercicio la mera existencia de capacidad para ultimar los actos de forma consciente y libre, la denominada, por la doctrina y jurisprudencia, «capacidad natural de obrar»⁵.

Admitida la suficiencia de la capacidad natural para el ejercicio de los derechos fundamentales, el problema se centra en cómo ejerce sus derechos el menor que carece de las necesarias condiciones de madurez y, en concreto, si es posible su ejercicio por los padres o tutores en virtud de la representación legal que tienen de los sometidos a su potestad o, por el contrario, no existe tal ejercicio por representación y los padres o

²ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

³<http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/04/Civil-Doctrina-2015-04-27.pdf>, La Capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial, GONZALO GÁLVEZ, (20-07-2015).

⁴Aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁵ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

tutores cuando toman alguna decisión relativa a los derechos fundamentales del menor lo hacen en cumplimiento de los deberes de velar por los sometidos a su potestad⁶.

2.2. La capacidad natural de obrar y el libre desarrollo de la personalidad.

Si la titularidad de los derechos fundamentales depende de la capacidad jurídica, su ejercicio depende de la de obrar. La capacidad de obrar es definida por la doctrina como la aptitud o idoneidad del sujeto para realizar actos jurídicos eficaces. La capacidad de obrar depende de las efectivas condiciones de madurez, que, siendo diferentes en cada individuo, se van adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la edad de mayoría, la cual en sí misma lleva implícita una presunción *iuris tantum* de plena capacidad de obrar. No obstante, la propia Ley establece excepciones a la regla general de la mayoría de edad para tener plena capacidad de obrar, existiendo, al lado de la edad de mayoría, otras edades jurídicamente relevantes en las que bien se confiere al menor capacidad para realizar determinados actos jurídicos, o bien, y de forma más genérica, capacidad para los actos relativos a su persona, como ocurre cuando obtiene la emancipación (art. 323 CC)⁷.

Esta realidad legislativa nos lleva a preguntarnos si existe un margen de actuación mínimo garantizado por el ordenamiento jurídico al individuo. Se trataría de un poder de actuación inherente a la dignidad de la persona y básico para posibilitarle el desarrollo de su personalidad mediante la autoprotección. Este poder de actuación presupondría, necesariamente, la posibilidad de realizar actos humanos por parte del individuo, actos de los que se predica su carácter de voluntario y libre. La resolución de esta cuestión nos va a permitir determinar cuál es la capacidad necesaria para el ejercicio de un derecho fundamental.

Es bien sabido que la plena capacidad de obrar de las personas físicas exige los requisitos siguientes:

1. La existencia de capacidad natural.
2. La mayoría de edad, es decir, haber cumplido los dieciocho años.
3. No estar incurso en alguna prohibición legal⁸.

Por capacidad natural tradicionalmente se ha entendido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, la capacidad de entender y de querer. De los requisitos necesarios para la existencia de capacidad de obrar es el más importante por ser propio de las personas físicas ultimar sus actos de forma consciente y libre, de tal modo que la falta de capacidad natural impediría la realización de los que se predica, necesariamente, su carácter voluntario y libre, y que constituirían la base última de los actos jurídicos¹. La capacidad natural, a ser el *substratum* básico de la capacidad de obrar y, por tanto válida en derecho⁹.

⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

⁸ Por ejemplo, las prohibiciones de celebrar la compraventa en que incurren las personas del artículo 1.459 CC.

⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., p. 23-53.

La mayoría de edad es, en cambio, un criterio de seguridad como ya hemos señalado, en una presunción *iuris tantum* de ex capacidad de obrar a dicha edad que sólo puede desvirtuarse por medio de una sentencia declarando la incapacidad¹⁰.

Las prohibiciones legales, sin implicar falta de capacidad, se razones de moralidad en cuya virtud se le prohíbe, al incurso en prohibición, la realización de determinados actos, so pena de nulidad, actos que sin ella la estarían permitidos al no tratarse, en realidad de un verdadero incapaz.

3. La capacidad del menor para el ejercicio de los derechos fundamentales.

La teoría general de la capacidad de obrar del menor.

La minoría de edad tal y como hemos señalado, no es una causa de incapacitación, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar fundadas circunstancias subjetivas de las personas¹¹. El menor de edad no es un incapacidad sino que tiene una capacidad de obrar limitada, limitación que está pensada para su protección, la Ley del Menor no hace sino confirmar el criterio de la doctrina de considerar al menor como un ser dotado de capacidad que, por atender a sus efectivas condiciones de madurez y éstas ir evolucionando con el transcurso del tiempo, podemos calificar de evolutiva.

Que el menor no es un incapaz se infiere también de diversos preceptos del Código Civil;

1º. Entre las causas de incapacitación del artículo 200 CC no se encuentra la minoría de edad.

2º. La supresión del párrafo 2º. del artículo 31 C, en el que se configuraba la minoría de edad como una de las causas de incapacidad.

3º. En el sistema de incapacitación diseñado por el Código es necesario que la incapacidad se declare por sentencia (arts. 199 y 210 CC).

El artículo 201 CC, que permite la incapacitación del menor cuando esté incurso en causa de incapacidad y se prevea, razonablemente, que la misma persista s de alcanzada la mayoría de edad. De aquí se deduce que sólo es incapaz el de edad cuando así lo declare una sentencia fundada en la falta de capacidad natural, pero entonces la causa de incapacitación es la falta de capacidad natural, no la minoría de edad.

4. Los derechos fundamentales y la representación legal

4.1. Introducción.

Por lo que hemos dicho parece claro la suficiencia de la capacidad natural de obrar para los derechos fundamentales, lo que nos lleva a plantearnos si los titulares de la potestad, en virtud de la representación legal de los sometidos a su patria potestad que tienen atribuida *ex* artículo 162.1 CC, pueden ejercer por representación los fundamentales de los menores sometidos a su potestad que, por carecer de capacidad natural de obrar, no pueden ejercitarlos de forma autónoma¹².

¹⁰ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., p. 23-53.

¹¹Comentarios al artículo 162 CC, en M. ALBADALEJO (coord.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, t.III, vol. 2, Madrid, 1982, pp.183-184.

¹²ASENSIO SÁNCHEZ M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

Esta cuestión requiere especial estudio porque se trata, en último término, de perfilar hasta donde el ordenamiento garantiza y protege el libre desarrollo de la menor sujeto a patria potestad y su autonomía como individuo. El problema se puede afrontar desde dos posiciones antagónicas:

Primera sería la de quienes defienden el ejercicio indirecto de los derechos *fundamentales* del menor sólo en aquellos supuestos en que su interés pueda ser satisfecho con la intervención del tercero interpuesto. No cabría la representación en aquellos actos naturales que forman parte del ámbito de libertad garantizado por el derecho fundamental. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la libertad ideológica o de expresión que implican actos que por su propia naturaleza no pueden ejercitarse en nombre de los menores por sus padres. En otros supuestos la intervención de los padres no sólo sería posible sino necesaria; por ejemplo, cuando el menor debe celebrar un negocio jurídico para el ejercicio del derecho fundamental, o bien reclamar en nombre del menor la escolarización obligatoria frente a la Administración¹³.

Una segunda posición afirma que, debido al carácter personalísimo de los derechos fundamentales, no pueden ser objeto de representación. La propia naturaleza del derecho subjetivo fundamental, como inherente a la persona y al libre desarrollo de la personalidad, impediría la sustitución de la voluntad del titular.

Asensio Sánchez considera a esta la posición más acertada y que mejor se adecúa no sólo al carácter personalísimo del derecho fundamental, sino a la propia dicción del artículo 162.1 CC, que constituye la disposición fundamental en la materia. Será preciso realizar una interpretación sistemática del precepto, en cuanto regla general, y de aquellas otras disposiciones especiales que, al atribuir a los padres el ejercicio por representación de algún derecho del menor, entran en confrontación, al menos aparentemente, con el mismo.

Sin embargo, pensamos que en materia de menores el criterio preponderante debe ser siempre el interés del menor. Por tanto si esa representación va a redundar en beneficio del menor se debe admitir la representación del menor aunque se trate de un derecho personalísimo

4.2. Examen del artículo 162.1 del código civil.

El artículo 162 CC atribuye la representación legal a los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados, exceptuando el número I:

Los actos relativos a los 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 primer lugar, hay que precisar que dentro de los derechos de la personalidad hay que incluir los derechos y libertades fundamentales¹⁴; por otro lado, ya lo hemos señalado, es necesario tener en cuenta la distinción entre titularidad y ejercicio del derecho, siendo aquí donde vamos a tratar de determinar sus límites.

¹³ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

¹⁴Los derechos de la personalidad son derechos fundamentales, bien por estar constitucionalizados (por ejemplo, el derecho a la vida), bien, indirectamente, por ser inherentes a la dignidad de la persona del art. 10.1. CE (derecho al nombre); no obstante, existen derechos fundamentales de carácter sociopolítico que no son estrictamente derechos de la personalidad por ir dirigidos a la persona en su dimensión sociopolítica.

La confusa redacción del precepto ha dado lugar a interpretaciones doctrinales diversas que básicamente podemos reducir a cuatro grandes tesis¹⁵:

1.^a Un amplio sector de la doctrina interpreta el precepto en el sentido de que excluye de la representación los derechos de la personalidad. Señala a este respecto Díez Picazo que el artículo 162.1 CC, más que de una excepción a la representación legal, se trataría de una excepción al ámbito de las funciones de la patria potestad.

Esta tesis ha sido criticada por un sector de la doctrina al entender que el menor resultaría desprotegido en sus derechos personalísimos en los supuestos en que no pudiera ejercerlo por sí. Una parte de la doctrina no está de acuerdo con las críticas mencionadas, no sólo por olvidar el carácter personalísimo del derecho fundamental sino además la naturaleza de la patria potestad como función que se ejerce en interés del menor, siendo este interés el elemento definidor clave de las relaciones paterno-filiales, y es precisamente en virtud de su protección atribuyen a los padres amplias facultades para facilitarles el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Incluso, los padres se verán ocasiones, a tomar decisiones que afecten a la esfera personal del menor, peronunca ejerciendo un derecho por representación sino en cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, lo que implica que el menor en ningún caso está desprotegido¹⁶.

2º Otro sector de la doctrina interpreta el precepto en el sentido de que los actos a los derechos de la personalidad corresponde realizarlos al menor tan solo si lo prevé expresamente alguna disposición legal y lo permiten sus condiciones de madurez, lo que en la práctica se traduciría, por lo limitado del alcance del en la admisión del ejercicio por representación de sus derechos¹⁷.)

3Otro sector doctrinal afirma que los actos relativos a los derechos de la personalidad se ejercitan por el propio menor si lo permiten sus condiciones de madurez, y el inciso «de acuerdo con las Leyes» se refiere a otros actos.

Por último, no faltan autores que, interpretando el precepto en relación con el artículo 1.263.1 CC, relativo a la capacidad negocial, distinguen entre si el negocio realizado por el menor tiene carácter patrimonial o si es en ejercicio de un derecho fundamental. Si el negocio tiene un mero carácter patrimonial, el representante podrá instar la anulabilidad del contrato, en virtud de la incapacidad general del menor para contratar, cuando considere que sea contrario a su interés. En cambio, cuando se trate de un negocio jurídico mediante el cual se ejercita el contenido de un derecho fundamental, la regla sería el artículo 162.1 CC, exigiéndosele la suficiente capacidad y la habilitación legal.

En opinión de Asensio Sánchez el sentido del artículo 162.1 CC es excluir del ámbito de la representación legal paterna los derechos personalísimos del menor, lo cual es congruente con su naturaleza inherente a la esfera íntima del ser humano en la que difícilmente cabe la representación, por no ser posible la sustitución de la voluntad, siendo además la postura más congruente con el principio personalista del artículo 10.1 CE. Argumento que también aparece corroborado por el artículo 6.3 LOPJM al señalar que los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esa libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral.

Sin embargo opinamos el interés del menor es el criterio preponderante que se debe seguir en cualquier caso donde los intereses del menor se vean amenazados. La

¹⁵ Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales, t, III, vol, 2, Madrid, pp. 183-184.

¹⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

¹⁷ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

expresión «con arreglo a sus condiciones de madurez» del último inciso del precepto indica que cuando no se encuentre suficientemente maduro es posible su representación aunque sean derechos personalísimos. En este sentido se manifiestan las palabras del Tribunal Constitucional en su SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º, de 18 de julio, FJ 9º:

«(...) 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 abandone por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuidas su guarda y custodia o, (...), 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 los que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 o el artículo 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

5. Conclusiones.

Superada la vieja polémica entre los planteamientos kantianos de Savigny, que configuraba los derechos subjetivos como poderes de la voluntad y los planteamientos de Hering, que los consideraba medios de satisfacción de intereses, en la actualidad queda clara la aptitud del menor para ser sujeto de derechos y libertades fundamentales. Es más, justificada la existencia de una capacidad natural de obrar como un *mínimum* de capacidad inherente a la dignidad de la persona y necesaria para el libre desarrollo de la personalidad, el menor que posea dicha capacidad natural podrá ejercitarlos de forma autónoma¹⁸.

Esta concepción del Derecho moderno es más congruente con los nuevos planteamientos sociojurídicos sobre la minoría de edad y el principio de protección del menor consagrado en los textos internacionales, y que supone el establecimiento de medidas de heteroprotección destinadas a lograr el desarrollo armónico de su personalidad impulsando, en la medida en que lo permitan sus condiciones de madurez, la efectiva autoprotección del menor. De aquí se deriva, por un lado, que el menor tiene más capacidad en el ámbito público que en el ámbito privado; por otro, la peculiar naturaleza de la posición jurídica del menor como ser en devenir, de suerte que en nuestro ordenamiento no podría hablarse de un único menor sino de diversos menores, dependiendo de sus efectivas condiciones de madurez¹⁹.

No obstante esa capacidad y autonomía que debe poseer el menor no puede ser ilimitada tanto por su propia condición de menor como la salvaguarda de su propio interés que tiene carácter preponderante en el ordenamiento español. Este principio vincula, por tanto, a todos los sujetos implicados en la tutela de los derechos del menor, sean públicos o privados, y su virtualidad radica en su carácter de instrumento multifuncional, complejo y que actúa como principio rector, no sólo en supuestos de conflicto—debido a su carácter de principio eminentemente procesal—, sino también—y eso es lo importante— en las actuaciones cotidianas en las que se pueda ver envuelto un menor en el ejercicio de sus derechos²⁰.

¹⁸ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

¹⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, cit., pp. 23-53.

²⁰ VALERO HEREDIA, A., *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 80.