

LA PERSONA DEL MENOR, SU INTERÉS SUPERIOR, SU  
AUTONOMÍA Y EL LIBRE DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD

THE PERSON OF THE CHILD, THEIR INTERESTS, THEIR  
AUTONOMY AND FREE DEVELOPMENT OF HIS PERSONALITY

*Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 43-86.*

---

Fecha entrega: 05/03/2014  
Fecha aceptación: 29/09/2014

MARTÍN ROCHA ESPÍNDOLA  
Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid  
mrochae@hotmail.com.

**RESUMEN:** Este artículo procura reflexionar sobre la realidad que comprende la persona del menor, desde el punto de vista jurídico, abarcando tres facetas muy implicadas. Estas son: La minoría de edad en el ordenamiento jurídico, especialmente el civil, la autonomía de su voluntad, sobre todo en los denominados actos personalísimos, y finalmente, como estos dos aspectos pueden entenderse dentro de la esfera en que consiste el principio del libre desarrollo de su personalidad, sobretodo en lo que a su libertad de conciencia y educación se refiere.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de Familia, minoría de edad, autonomía de la voluntad y libre desarrollo de la personalidad del menor.

**ABSTRACT:** This article seeks to reflect on the reality that includes the person of the child, from a legal point of view, covering three facets very involved. These are: the minority, especially the civil law, the autonomy of the will, especially in so-called personal acts, and finally, how these two aspects can be understood within the sphere that is the principle of free development of his personality, especially when it comes to freedom of conscience and education are concerned.

**KEY WORDS:** Family Law, minority, autonomy and free development of the personality of the child.

**SUMARIO:** I. EL DESARROLLO DE LA PERSONA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.- II. LA PERSONA DEL MENOR Y LA IDENTIFICACIÓN DE SU SUPERIOR INTERÉS.- III. LA DIFICULTAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ESPAÑA.- IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PERSONA DEL MENOR.- V. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR, ESPECIAL ÉNFASIS EN LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y EN SU EDUCACIÓN.

## I. EL DESARROLLO DE LA PERSONA Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

El concepto de menor de edad, es necesariamente jurídico, tal cual lo deja entrever HERNÁNDEZ GALILEA<sup>1</sup>. Se basa en un dato cronológico-biológico, como es la edad de una persona, y aunque sólo tienen sentido en el ámbito jurídico, su influencia se vierte a diversos aspectos de la persona, sin duda influye, de manera importante, en ellos. Lo anterior provoca que se determine un estatuto especial hasta la mayoría de edad y el surgimiento de una nueva situación jurídica una vez alcanzada ésta<sup>2</sup>.

La mayoría y minoría de edad surgen como una consecuencia de que el ordenamiento jurídico tome en cuenta el desarrollo humano, no es que antes no hubiese tenido importancia para este ordenamiento, sino que tenía una importancia menor, valga la redundancia. A primera vista, tal consideración, parece excesivamente simplificada, pues sólo toma en consideración la etapa infantil y la etapa adulta. En este sentido el ordenamiento al parecer olvida que el desarrollo humano lejos de ser estático es dinámico<sup>3</sup>. Sin perjuicio de

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. y otros: *El Sistema español de Justicia Juvenil*. Madrid (2002): Ed. Dykinson, p. 23.

<sup>2</sup> Vid. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia (2009): Ed. Tirant Lo Blanch, Monografías, nº 619, p. 40. Debido a que la minoría de edad es un concepto relacionado con varias disciplinas y puede ampararse perfectamente en el concepto de ciudadanía entendida esta como la plena dotación de los derechos civiles, políticos económicos, sociales y culturales que se extienden y cobran carta de naturaleza con la universalización de los servicios públicos y el Estado de bienestar, dicha acepción sustantiva implica asimismo el efectivo disfrute de los mencionados derechos por las personas que integran una comunidad organizada, de tal manera que la participación real y efectiva del ciudadano en la colectividad exige la realización de todas sus posibilidades en lo concerniente al ejercicio de los derechos que le son constitucionalmente reconocidos. Asimismo la ciudadanía del menor supone la posibilidad de que el mismo pueda ejercitar aquellos derechos que le permiten el libre y armónico desarrollo de su personalidad, así como los que facilitan su participación social y el desarrollo de su autonomía.

<sup>3</sup> Cfr. LAUROBA LACASA, E: “Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código

ello el ordenamiento ofrece ciertas precisiones que clarifican este concepto.

Existen varias perspectivas desde la que puede considerarse el desarrollo humano en el ámbito jurídico. Una de ellas es quizás la más llamativa, la que se utiliza casi intuitivamente cuando se habla del menor de edad y se refiere a la teoría de los actos jurídicos. Desde esta perspectiva se considera el desarrollo humano en sí mismo como situación que puede generar, y de hecho genera, unos derechos y obligaciones peculiares. El desarrollo humano desde la perspectiva de la teoría de los actos jurídicos tiene en la capacidad de obrar uno de sus principales elementos<sup>4</sup>.

Ahora bien, sin duda que el Derecho regula el comportamiento humano en su vertiente social según criterios de justicia. Para ello emplea normas de dos tipos, por una parte, se encuentran las normas de prohibición; y, por otra, las normas formales. Las primeras prohíben determinados comportamientos bajo la amenaza de una sanción. Las segundas establecen una serie de efectos de los actos humanos pero condicionados al cumplimiento de unos requisitos: uno de ellos es la capacidad. Es importante por ello considerar que uno de sus aspectos principales a tener en cuenta es que el cumplimiento de sus efectos están supeditados a la reunión de una serie de requisitos. Porque, también a diferencia del resto de los actos humanos externos, sus efectos no son efectos derivados directamente del acto sino que del ordenamiento que toma en consideración ese acto.

El acto humano tiene características propias, se considera como tal acto al consciente y libre, el acto en el que interviene la voluntad. La libertad y voluntariedad de los actos exigen un cierto desarrollo intelectual y una cierta madurez, por lo que el ordenamiento no puede tomar en consideración los actos de cualquier sujeto, debe estar en posesión de una capacidad para querer y comprender lo que hace. Asimismo, tampoco puede limitarse la actuación de los ciudadanos con referencia a criterios oscuros y variables que puedan dar lugar a una arbitraria restricción de su capacidad.

---

civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2012), núm. 4, p. 908: “El apartado final del art. 233-9 señala que los PlanP pueden prever “la conveniencia de modificar el contenido para adaptarlo a las necesidades de las diversas etapas de la vida de los hijos. Esta prescripción debe cohererarse la DA 9.<sup>a</sup>, que confía al departamento de Justicia la elaboración de modelos de PlanP atendiendo a las diferentes etapas de la vida de los menores”.

<sup>4</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid (2002): Ed. Tecnos, p. 212; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. en AA.VV.: (Editado por A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ; V. MONTÉS PENADÉS; E. ROCA I TRÍAS), *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*, Valencia (2003): Ed. Tirant lo Blanch, pp. 202-204; DELGADO ECHEVERRÍA, J.: en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil. Parte General, I, vol. 2º, Personas*. Madrid (2004): Ed. Dykinson, pp. 4 y 5.

En cualquier ordenamiento jurídico se establece una edad a partir de la cual se presume que el ciudadano tiene plena capacidad de actuar libre y voluntariamente. Una edad que determina automáticamente el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Y cuando, a pesar de la mayoría de edad, el sujeto no tiene capacidad de actuación libre y voluntaria o la ha perdido, es el propio ordenamiento quien establece una serie de limitaciones para que se desencadenen totalmente los actos o produzcan sus efectos de manera ilimitada.

Además existe otra perspectiva distinta de la teoría de los actos jurídicos, que debe utilizarse para la consideración de la minoría edad. Una perspectiva que, aunque menos aparente, menos inmediata, está en la base de esa limitación de la capacidad: la del propio desarrollo humano como fundamento de unos derechos específicos y una singular protección. Porque tiene su capacidad de obrar limitada es porque el menor merece, entre otras consideraciones, una especial protección<sup>5</sup>. Una protección que no puede equipararse ni por la causa ni por los efectos, con la que el ordenamiento otorga a los incapaces. Es más, puede decirse que en la situación actual la limitación ha pasado a un plano secundario adquiriendo un mayor protagonismo el contenido de singular protección que debe tener toda la normativa referida a los menores.

Desde que en 1924 la Declaración sobre los derechos del Niño de Ginebra recordara en su preámbulo que el niño por su madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, así como la debida protección social, tanto antes como después del nacimiento, han sido diversos los documentos y acuerdos internacionales que han insistido en este aspecto protector. Entre ellos cabe destacar, como ya se afirmó con anterioridad, las Reglas de Beijing<sup>6</sup> que en su exposición de motivos dicen: “Reconociendo que la juventud por constituir una etapa inicial del desarrollo humano, requiere particular atención y asistencia para su desarrollo físico, mental y social y necesita protección jurídica en condiciones de paz, libertad, dignidad y seguridad”. La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas el 20 Noviembre 1989, e incorporada al ordenamiento español, vuelve a insistir en el tema reproduciendo en su preámbulo las palabras de la Declaración de Ginebra.

El nuevo enfoque se produce de una manera dual, al situar las limitaciones en el plano de los medios y la protección en el plano de los fines. Ello no es un

---

<sup>5</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. en: AA.VV.: *Curso de Derecho Civil, tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid (2003): Ed. Colex, pp. 171 y 172; LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*. Madrid (1996): Ed. Tecnos, pp. 26-29.

<sup>6</sup>Estas son reglas mínimas, de las Naciones Unidas, para la administración de la justicia de menores conocidas como Reglas de Beijing. Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

invento de la Convención de los Derechos del Niño, sino que recoge el sentir de los diversos países que en sus legislaciones han ido acentuando este carácter protector, con importantes innovaciones. Además, este nuevo enfoque, dota a la protección del menor de una mayor consistencia, pues permite entender la minoría de edad como una situación especial de la que surgen unos derechos peculiares<sup>7</sup>.

Tomando en consideración las ideas anteriores puede esgrimirse que menor de edad es la persona que, por la fase de desarrollo en que se encuentra, es objeto de una especial protección por el ordenamiento, que le reconoce unos derechos específicos que perderá al alcanzar la mayoría de edad. Se trata de unos derechos que tienen diversas posibilidades de fundamentación constitucional y que se reconocen con rotundidad en la ya citada Convención. Acentuando el carácter de obligación que tiene para el Estado la garantía de esa protección y no considerándola como humanitaria.

Junto con los derechos inherentes a toda persona humana, a la vida, a la integridad física, etc, en todas estas normas internacionales se han venido reconociendo explícitamente diversos derechos peculiares de los menores. Derechos de los que surgen obligaciones para diversos sujetos: los padres, en primer lugar –ya desde antiguo se ha positivizado una evidente obligación natural de cuidado, de protección, de educación –pero también para el Estado que viene obligado a garantizar que se cumplen esas obligaciones por parte de los padres – sancionando los incumplimientos graves- y a proporcionar los medios para que puedan llevarlas a cabo; en su caso, a suplir el incumplimiento, estableciendo los mecanismos para que el menor pueda desarrollarse plenamente, ejemplo de esto lo constituye el acogimiento<sup>8</sup>.

Todos estos derechos, establecidos en normas de diverso rango, han venido configurando un estatuto del menor claramente identificable que aumenta su consistencia y exigibilidad situándolos más allá de una mera actitud

---

<sup>7</sup> En la actualidad, las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un gran cambio en la consideración de la infancia por la colectividad, lo que ha tenido un reflejo en el status jurídico de los niños que han pasado de ser considerados meros incapaces a verse reconocidos como auténticos titulares de derechos con una capacidad progresiva para ejercerlos. De esta forma, se abre paso a una concepción de los menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, con el objeto de satisfacer sus propias necesidades. En consecuencia, la protección de la infancia aparece ahora ligada a la necesidad de promover la autonomía de los menores como sujetos, en cuanto no debe existir una diferencia tajante entre las necesidades de protección y la progresiva autonomía personal del niño. Cfr. BENITO ALONSO, F.: *Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de ley y guarda*. Madrid (1997): Ed. La Ley, p. 1728.

<sup>8</sup> Cfr. GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SERRA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia (2006): Ed. Tirant Lo Blanch, Monografía núm. 321.

humanitaria. Sin embargo, al ser una regulación asistemática resulta difícil extraer con claridad las implicaciones y consecuencias, simplemente debe concluirse que la minoría de edad es una etapa del desarrollo humano que exige una singular protección de la que surgen unos peculiares derechos. Derechos de los que es titular el menor, pero de los que en función del menor, son titulares los padres o quienes tienen encomendada su custodia.

## II. LA PERSONA DEL MENOR Y LA IDENTIFICACIÓN DE SU SUPERIOR INTERÉS.

La identificación de cuál sea el interés del hijo menor edad como criterio prevalente exige, como premisa necesaria, una referencia al criterio de protección integral del niño, considerando que este ha sido consagrado como principio general informador del sistema jurídico, de manera singular en los ámbitos del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia y por consiguiente se hace asimismo necesario reflexionar sobre su autonomía, y en concordancia con esta, también hacerlo respecto del libre desarrollo de su personalidad <sup>9</sup>.

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, que erróneamente a llevado a confundir dos conceptos claves para las ciencias sociales como pueden ser la persona y el individuo, propiciada por variadas razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentra reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el Derecho a la infancia, configurada no sin razón desde la Psicología como etapa vital esencial en la formación de la personalidad del individuo y en la consolidación de su propia identidad<sup>10</sup>. En tal sentido es necesario destacar la opinión HABERMAS para quien es imposible tener una perspectiva realista sobre la naturaleza de la

---

<sup>9</sup> CARBONELL BENITO, G.: *El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal*, en AA.VV.: *La protección del menor* (dirigido por A. VALLÉS). Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch, p. 131. En la actualidad la importancia que ha adquirido el tema del interés del menor y su correlativa eclosión legislativa no es gratuita. Se está en presencia de una potenciación social de los valores personales genéricos y en concreto, de los valores pertenecientes al niño o menor. Se trata de una revalorización del menor en su calidad de persona.

<sup>10</sup> La potenciación de los valores individuales de la persona y del menor emerge, como no podrá ser de otro modo, a partir de 1978 cuando a través de la Carta Magna española, ascienden al plano jurídico nuevos valores ideológicos y éticos sociales entre los que se encuentran la protección de la infancia desde dos perspectivas que, lejos de ser excluyentes, se muestran como complementarias: la protección directa del niño a causa de su debilidad psicológica y de su inexperiencia y, de otro lado, la tendencia que propugna la liberación del menor respecto del *status* de persona dependiente que hasta entonces caracterizaba su situación jurídica.

existencia humana solamente desde el punto de vista de las ciencias naturales, por ello se hace necesario acudir al punto de vista que aflora desde el propio sujeto de la reflexión, para lo cual hay que lograr que participe de este acontecer, ante lo cual resulta imprescindible el rol desempeñado por el lenguaje, lo que en la perspectiva del menor resulta esencial para comprender sus anhelos y necesidades<sup>11</sup>.

Ante esta perspectiva el denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad, de manera total y absoluta. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. Desde tal consideración se justifica la mayor atención prestada a las necesidades de la persona del menor, sin duda valorada forzosamente en su propia dimensión pero también sin desatender su notoria proyección de adulto en formación, sometido por consiguiente a un mayor grado de vulnerabilidad en especial por parte de agentes y circunstancias externas, lo cual a todas luces se deja ver con mayor notoriedad en los procedimientos de familia.

No obstante, justificado su sentido y predeterminado su alcance como valor superior, la concreción del interés del menor no es tarea fácil. La utilización por parte del legislador de un “*concepto jurídico relativamente indeterminado*”, impone al sujeto obligado a aplicarlo, un complementario proceso de valoración en el que deberán ser ponderadas todas y cada una de las particulares circunstancias concurrentes a fin de conseguir determinar in concreto y de una manera efectiva cuál sea el interés del menor en la específica situación que se pretende resolver, y cuando se menciona al sujeto obligado de aplicarlo se hace referencia básicamente a jueces y magistrados, lo anterior en opinión de TORRES PEREA<sup>12</sup>. A lo que cabe sumar el amplio espectro de índole cronológico que jurídicamente se relaciona con la ya citada minoría de edad, lo que determina la existencia de una notoria dificultad para

---

<sup>11</sup> Cfr. HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés*. Madrid (1989): Ed. Taurus; *Facticidad y validez*. Madrid (1998): Ed. Trotta.

<sup>12</sup> TORRES PEREA, J. M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil* (2006), núm. LIX-2, abril, p. 2. El autor señala que la doctrina alemana, incluso, considera temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor por lo que la ciencia jurídica alemana no sólo no aporta ninguna definición de lo que pudiera entenderse por interés del menor sino que, además, entiende que se trata de un concepto que no debería siquiera intentar ser definido por la especial naturaleza que le acompaña. En tal sentido se habla de un principio de contenido indeterminado sujeto a la comprensión y extensión propios de cada sociedad y momento particular.

procurar prever diversas situaciones que se caracterizan por su evidente heterogeneidad, pese a que la Ley establece mínimos, como por ejemplo los 16 años, hay que observar a la persona en concreto y su situación psicológica, física, así como sus circunstancias para vislumbrar o esclarecer la aplicación legal del caso concreto.

Es por lo que resulta imposible el establecimiento de pautas de solución válidas para todos los supuestos, ni siquiera para aquéllos que pudieran presentarse con engañosa apariencia de semejanza, pues la necesaria operación de discernimiento en la búsqueda del beneficio del menor siempre presupondrá la misión de descubrir su personalidad, y la identidad de cada persona -por supuesto también la del menor-, ellas, que duda cabe, ofrecen un paisaje único e irrepetible.

Del interés del menor o del *favor minoris* como también se le llama no hace mucho que se habla en el Derecho Privado español y en general en el mundo jurídico occidental y en el europeo continental, en particular, en el sentido del presente estudio, tal como afirma RIVERO HERNÁNDEZ<sup>13</sup>. El término era usado antes en el Derecho de Familia con tintes éticos, en unos casos (*favor legitimitatis*, en la determinación de la filiación) o de tipo social o familiar en otros (el *favor filii*, frente a interés del o de los padres, cuando la patria potestad fue siendo considerada un *officium* más que un *beneficium*), y con perspectiva y aplicación limitada; en todo caso, con planteamiento y alcance diferente.

Actualmente el debate es amplio, debido a que por un lado, frente a una concepción tradicional, que concedía al menor un estatus de persona meramente protegida, una concepción moderna, le confiere, sobre todo a partir de cierto momento de su vida (la adolescencia), el status de persona (tendencialmente) autónoma; desde esta perspectiva, el interés del menor consiste en adquirir progresivamente mayor autonomía y una identidad de

---

<sup>13</sup> Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*. Madrid (2007): Ed. Dykinson, p. 27. El autor señala que: “El interés del menor está presente en todos los sistemas jurídicos modernos; en algunos, bajo presión de las grandes Declaraciones de Derechos y Convenios Internacionales aludidos; en otros, por una evolución social y jurídica natural y semejante a la habida en nuestro país. Sobre la especial atención que se ha prestado al interés del menor en la doctrina y praxis jurídica de algunos países, véase DOGLIOTTI, M.: “Che cosa è l’interesse del minore”, *Il Dir. Fam. E Pers.*, 1992-4, p. 1093, que dice que en Italia se empezó a hablar del interés del menor a partir de la Ley de Adopción de 1967; CRETNEY-MASSON, J.M.: *Principles of Family Law*, 5ª ed., Londres (Sweet and Maxwell), año 1990, p. 468 (para quien el interés del menor en el Reino Unido aumenta en los años 70); GOLDSTEIN-FREUD, A-SOLNIT, A.J.: “Before the best interest of the Child”, *New York & The Free Press*, año 1979, p. 9; y RUBELLIN-DEVICH, J.: “The best interest principle in Fench Law and Practice, en ALSTON, Ph. (coord.): *The best interests of child*. Oxford (Clarendon Press), año 1994, pp. 260 y siguientes”.

adulto que le habilite para ejercer él directamente derechos y libertades indeclinables, lo que contribuirá a ir definiendo todo el andamiaje del edificio de su personalidad, aunque ya se volverá sobre esta apreciación, es de capital importancia entender y manejar la idea del desarrollo evolutivo de tal personalidad, una especie de apreciación *in crescendo* de la autonomía del sujeto<sup>14</sup>. Tal proceso dependerá en gran medida de las propias cualidades pero también del ambiente en el cual se viva, ambiente familiar podría agregarse.

Por otra parte, el interés del menor es uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la Persona y de la Familia, que irradia diversas consecuencias jurídicas y alcanza a otras partes del ordenamiento jurídico. Razones ideológicas, sociológicas y jurídicas están detrás de la aparición y auge actual del interés del menor, no sólo en los ordenamientos internos sino en Convenios, Tratados y Pactos internacionales, en Declaraciones Universales, que han penetrado toda la normativa y consideración o proyección jurídica de los menores<sup>15</sup>.

Prosiguiendo con esta reflexión es conocida la relevancia que en el Derecho como en otras disciplinas extrajurídicas relativas a la persona se ha dado la infancia y a los menores en años recientes, como resultado de estudios de Psicología (sobre todo) y expresión de una sensibilidad nueva de la sociedad en esta época, que en el orden jurídico se ha traducido en una potenciación de los valores personales y especialmente en el niño<sup>16</sup>. Mas que una revalorización se trata del redescubrimiento del menor en su calidad de persona. Ciertamente, no podía de ser de otro modo en el ordenamiento jurídico a partir de 1978, en que la Constitución no sólo garantiza, junto a otros bienes y valores (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que

---

<sup>14</sup> El menor como persona, ya no sólo en su dimensión jurídica sino también en su dimensión humana necesitará de la salvaguarda de sus derechos fundamentales, los que le atañen. Y, no menos importante, tendrá derecho a que su felicidad quede suficientemente preservada. Es decir, no bastará para determinar el interés de los menores reparar en su dignidad como persona, en los derechos fundamentales que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad, sino que más allá del plano formal deberá atenderse también, aunque sea mínimamente, a su felicidad inmediata y a su bienestar personal.

<sup>15</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*, cit, pp. 30 y ss.

<sup>16</sup> “El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular –dice la Exp. Motivos de la L.O. 1/1996-, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.- El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferenciación tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de la situación personal y su proyección de futuro”.

le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad), la protección integral de los hijos sino que también obliga a los padres a prestarles asistencia de todo orden (art. 39.2 y 3), además de afirmar que: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos” (art. 39.4 C.E.), lo que ha obligado a trasladar estos mandatos constitucionales y los de los Convenios internacionales a las leyes ordinarias en varios ámbitos jurídicos, en forma de normas. Ahora bien, surge la pregunta de si este traslado ha sido armónico, sabiendo que justamente es en el Derecho de Familia donde muchas veces el Legislador cae en diversas contradicciones. Sin perjuicio de esta reflexión hay otra que tiene mucha relación con ella, y es la de que, si se trata del menor, la ley suele tener el doble de cuidado, el Legislador no sólo vela por la familia, ni siquiera por el Estado de Derecho, vela por ambos y por alguien más, vela por el futuro de la sociedad, a mi juicio, sin embargo, se ha atendido mucho y bien a la persona del menor, pero se ha desatendido justamente el principal ambiente personal donde esta se desenvuelve, la familia. En relación con esto, sin embargo, es evidente que, entre otros cambios habidos en nuestra sociedad en las dos últimas décadas (múltiples razones sociales y económicas, crisis de un sistema de valores que la informó durante mucho tiempo), no es menor el de la quiebra de modelo jurídico y una mayor y mejor ponderación de los valores personales, entre ellos el de la posición del menor, tanto en la familia como en la sociedad, cuyo papel participativo en su propia maduración y formación y en las decisiones y opciones vitales es reconocido hoy por especialistas de las más diversas disciplinas, lo cual constituye un fundamento de las mismas y principio rector de la Legislación<sup>17</sup>.

El ascenso general en el mundo occidental (especialmente) de los derechos de la personalidad, en particular el derecho fundamental a la libertad, unido a causas socioeconómicas varias, han hecho cambiar la vida del hombre y obligado a valorar de forma especial ciertas etapas de la vida, sobre todo las más decisivas en la formación de su propia personalidad e identidad. Los valores individuales tales como la libertad, la dignidad, el respeto de la persona, la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coacciones exteriores eran incompatibles con una mentalidad y normas que primaban antes, ello porque la existencia de una autoridad fuerte anulaba en buena medida la

---

<sup>17</sup> Cfr. ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Revista Actualidad Civil* (1997), núm. 1, pp. 17 a 40. El autor sostiene que como principio rector, como principio de carácter general se revela en la propia Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en la que se afirma que el centro de gravedad de esta norma lo constituye precisamente el principio general que supone y es el interés de los menores.

personalidad de los sometidos, en particular de los hijos *in potestate*<sup>18</sup>. Todo esto ha cambiado, en tal sentido puede hablarse de una personalización del Derecho<sup>19</sup>.

Expresa RIVERO HERNÁNDEZ que esa incompatibilidad y la superación del autoritarismo paternalista en la familia ha contribuido a que las funciones de los miembros de la familia se redistribuyan y se rediseñen los roles individuales y familiares en un nuevo orden familiar y, consecuentemente, también en el social, llevando la igualdad de los cónyuges y la cotitularidad de la patria potestad a la vida familiar y a cambiar drásticamente la concepción de dicha potestad y el papel y personalidad del hijo (menor) en la familia. Por repercusión inevitable, esa pequeña “revolución familiar” ha trascendido a la sociedad toda, la cual ha prestado más atención a las necesidades de toda índole del niño sencillamente como persona y, en particular, en cuanto personalidad vulnerable y en formación y adulto futuro. En ese marco ideológico y social de fondo (a lo largo del cambio habido y como resultado de una evolución ideológica y social) aparece con fuerza el denominado interés del menor, el cual nunca fue del todo desconocido para el Derecho, sobre todo a nivel jurisprudencial, simplemente que en la actualidad ha superado los márgenes del ámbito familiar para ser elevado al rango de principio general informante del actual sistema jurídico. Esto se puede catalogar como un avance, sin duda, y uno con mayúsculas, pero resulta interesante en analizar en cómo el cambio en la familia provoca un cambio mayor en la sociedad, o quizás sea al revés, como los cambios sociales son trasladados el ámbito familiar, de tal manera que quizás se pueda alterar el desarrollo del grupo familiar.

Es decir, si la sociedad tiene sus tiempos, si cada sociedad los tiene, cada familia, la Familia en términos generales también. Posiblemente algunos cambios pueden tildarse drásticos, sobre todo por la forma de volcarse en las diversas personas, hasta tal punto de volverse artificiales. Quizás en ese momento el Derecho esté transformándose en un vehículo de la Ingeniería social, ¿es este uno de sus fines? Puede que no sea este el ámbito ni el estudio que deba responder tal pregunta, pero a veces se echa en falta un poco de filosofía del Derecho Civil, es decir, una reflexión más profunda sobre la naturaleza de determinadas instituciones, no tan sólo de la legislación aplicable o incluso de su evolución histórica. La ley no basta, porque el Derecho se crea y se ejerce pensando, no copiando ni menos aún experimentando.

---

<sup>18</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*, cit., pp. 39 y 40.

<sup>19</sup> Se hace referencia en ocasiones a la interpretación demasiado vertical del interés superior del menor, así lo plantea BORRÁS RODRÍGUEZ en “El interés del menor como factor de progreso y unificación”, *Revista Jurídica de Catalunya* (1994), Vol. IV, p. 107.

Antes de abordar la problema del interés en cuestión en España, me referiré brevemente a su acontecer europeo.

Como no podía ser de otra forma la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, establece, siguiendo la Convención de 1989, que la norma guía de toda actuación relacionada con la infancia es el denominado “interés superior del niño” (art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas y art. 24.2 de la Carta). Claramente puede vislumbrarse su carácter subjetivo y su principal empleo como manifestación de tutela por parte del ordenamiento. El interés superior del niño es un concepto amplio que hace referencia a su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. La Carta pone también cierto énfasis en la libre opinión de los niños y en la conveniencia de tomarla en cuenta en función de su edad y madurez, tal cual preceptúa el párrafo primero del art. 24. En relación con este punto, sin duda las denominadas Reglas de Beijing significaron un gran avance técnico. En el marco relativo a los litigios que afectan a la infancia, los niños deben ser informados y oídos y, en función de las circunstancias pueden pedir la designación de un representante legal en caso de conflicto con los intereses de quienes asumen la patria potestad y la tutela legal. En esta materia la norma de referencia general son las Reglas de Beijing antes mencionadas y un Convenio europeo en el marco del Consejo de Europa, sobre el ejercicio de los derechos de los niños. Asimismo en el ámbito comunitario hay que aplicar la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

En materia jurisprudencial, sin duda se vislumbra la estrecha relación entre el interés superior del menor y cualquiera de las fórmulas que determinan la existencia de una vida familiar, por esta cobra una relevancia especial el objetivo de procurar la integración del menor en su familia desde el momento mismo del nacimiento. Ya en la primera ocasión en la que el TEDH se enfrentó a la necesidad de precisar el significado de palabras tales como “el respeto a su vida familiar” (asunto Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979), manifestó que “el respeto a la vida familiar implica concretamente, según la opinión del Tribunal, la existencia en el ordenamiento jurídico interno de cada Estado de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento mismo de su nacimiento”<sup>20</sup>. Y es que una vez que se haya establecido una relación

---

<sup>20</sup> STEDH 13 enero 1979 (TEDH 1979, 2). Afirma el Tribunal que: “Con esta finalidad, el Tribunal tendrá en cuenta el hecho de que la concepción que se tiene del carácter oportuno de una intervención de las autoridades públicas en los cuidados que hay que procurar a un niño varía de un Estado a otro en función de elementos como las tradiciones relativas al papel de la familia y a la intervención del Estado en los asuntos familiares, así como los recursos que se pueden dedicar a medidas públicas en ese campo concreto. El interés superior del niño reviste en cada caso una importancia decisiva. No hay que

familiar con un menor, el Estado debe actuar de manera que procure su desarrollo, acordando la protección jurídica que haga posible desde el nacimiento su integración en la familia.

El objetivo de la integración se condicionará a que sea lo más adecuado para la garantía del interés superior del menor, hasta el punto que “cuando ha pasado un período de tiempo considerable desde que el niño ha sido colocado por primera vez bajo asistencia (de los servicios sociales), el interés por que el niño no vea que su situación familiar de facto vuelve a cambiar de nuevo puede ser más importante que el interés de los padres en el reagrupamiento de la familia” (asunto Kutzner con Alemania, de 26 de febrero de 2002)<sup>21</sup>. De esta manera se constata que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha construido un Derecho de Familia que, de manera gráfica, ha sido calificado de “pedocéntrico”, a pesar de que dicho interés no aparece mencionado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de que si consta en el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Invocando este derecho, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha procurado recordar que la Carta en su art. 7, reconoce el mismo derecho al respeto a la vida privada o familiar. Esta disposición debe ponerse en relación con la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor, reconocido en el art. 24, apartado 2, de dicha Carta, y tomar en consideración la necesidad del menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, expresada en el apartado 3 del citado art. 24<sup>22</sup>.

Por su parte, el TEDH recuerda que el Convenio no debe ser interpretado independientemente y debe aplicarse de acuerdo con los principios de derecho internacional. Y, en el aspecto concreto que nos ocupa, ha señalado que (asunto Maumousseau y Washington contra Francia, de 6 de diciembre

---

perder de vista que las autoridades nacionales tienen el beneficio de relaciones directas con todos los interesados (Sentencia Olsson [núm. 2] anteriormente citada, ap. 90), a menudo desde el momento en el que se contemplan las medidas de colocación o inmediatamente después de que sean puestas en práctica. De ello se deriva que el Tribunal no tiene como tarea el sustituir a las autoridades internas en el ejercicio de sus responsabilidades en materia de regulación de las cuestiones relativas a la toma a su cargo por parte de las autoridades públicas y de los derechos de los padres cuyos hijos han sido así colocados, sino la de controlar desde el punto de vista del Convenio las resoluciones que éstas han dictado en el ejercicio de su poder de apreciación (véase, por ejemplo, Sentencia Hokkanen de 23 septiembre 1994, serie A, núm. 299-A, ap. 55, Sentencia Johansen anteriormente citada, ap. 64 y Sentencia K. y T. contra Finlandia anteriormente citada, ap. 154)”.

<sup>21</sup> STEDH 26 febrero 2002 (JUR 2002, 90046).

<sup>22</sup> El art. 24 de la Carta ha sido invocado también en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 14 de febrero de 2008 (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Koblenz-Alemania)- Dynamic Medien Vertriebs GmbH/Avides Media AG (Asunto C-244, 06).

de 2007) “el interés superior del menor” en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia “la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar”, según los términos del preámbulo de esta Convención. Como ya ha estipulado el Tribunal, esta consideración primordial puede suponer varios aspectos. El Tribunal suscribe en su totalidad a la filosofía subyacente de esta Convención”<sup>23</sup>.

Así pues, la regla que ha venido presidiendo la labor jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la de que “la preocupación por el interés superior del menor reviste en cada caso una importancia decisiva” (asunto K.T. Contra Finlandia, sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001)<sup>24</sup>, lo que obligará a los Estados parte a adoptar medidas positivas, cuya inexistencia o incumplimiento llevará aparejada una infracción del Convenio.

La búsqueda del mejor interés para el menor se debe promover tanto en los supuestos de parentesco biológico como en los de parentesco jurídico, sin olvidar los casos de ausencia de parentesco pero con efectivas relaciones de parentesco de facto. Habrá que estar a las circunstancias del caso para decir que es lo mejor para el menor, lo que por otra parte provoca una disparidad en la sentencias, tal cual lo ha manifestado PRESNO LINERA<sup>25</sup>. El autor en cuestión denota tres criterios: a) Debe primar la efectividad y apariencia de familia, a pesar de la ausencia de parentesco jurídico y biológico; b) Atender el parentesco biológico o jurídico, si la ausencia de relación efectiva se ha producido en contra de la voluntad del progenitor; c) Elegir entre la filiación biológica o la adoptiva en los supuestos en que ambas puedan coincidir.

### III. LA DIFICULTAD DE DELIMITAR EL CONTENIDO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN ESPAÑA.

La jurisprudencia no tiene señalada una línea general que delimite el contenido del interés del menor para cualquier supuesto de hecho planteado. Lo que tiene establecido el Tribunal Constitucional es la consideración del interés superior del niño como criterio básico y preferente a la hora de elegir el progenitor del menor encargado de la guarda y custodia de los hijos. Así lo indica: “(...) el juez, en defecto de acuerdo entre los cónyuges o en caso de no aprobación del convenio regulador, utilizando la amplia discrecionalidad

---

<sup>23</sup> STEDH 6 diciembre 2007 (TEDH 2007, 88); STEDH, Sección 2ª, 3 mayo 2012, (TEDH 2012, 43).

<sup>24</sup> STEDH 12 julio 2001, (TEDH 2001, 467).

<sup>25</sup> Vid. PRESNO LINERA, M. A.: *El Derecho Europeo de Familia*. Cizur Menor (2008): Ed. Thomson Aranzadi, pp. 43 y ss.

que caracteriza los procedimientos en materia de familia y teniendo en cuenta como criterio básico y preferente el interés de los hijos, acordará a cuál de los cónyuges corresponde la guarda y custodia de estos, en razón de sus intereses morales y materiales, con independencia de cuáles hayan sido los motivos y causas productores de la situación de ruptura conyugal (...).”

También ha planteado la jurisprudencia constitucional la importancia del interés superior del menor en la interpretación de los derechos y libertades constitucionales, marcando los límites de su ejercicio a favor de la autonomía del hijo. La STC núm. 141/2000 de 29 de mayo (RTC 2000/141), enfrenta el interés superior del menor con el derecho de libertad ideológica, religiosa y de culto, cuando las creencias afecten de forma negativa al desarrollo de su personalidad. Para el Tribunal Constitucional, en caso de conflicto, el “interés del menor” es el elemento decisorio en la valoración y alcance del derecho recogido en el art. 16. 1 de la Constitución de 1978: “(...) frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de estos pudieren afectar negativamente a su desarrollo personal, libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”.

Sin duda el Tribunal Supremo se ha extendido más sobre aspectos específicos del contenido del “interés superior del menor”. Este Tribunal ha establecido la edad y los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, como valor seguro para determinar el contenido del interés del menor en relación con la capacidad para ejercer sus derechos, y construir de forma progresiva el control de su situación personal y la proyección del futuro; evitando con las medidas judiciales manipulaciones y logrando una formación integral, y su integración familiar y social. En definitiva, la protección del menor en términos jurídicos, persigue el fin expresado en la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª núm. 3280/2011 de 12 mayo (RJ 2011, 3280), en ella se estipula: “(...) salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad. En el fondo, no es otra cosa que asegurarle la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo como persona singular y como integrante de los grupos sociales en que se mueve, y en el deber de los poderes públicos de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad (...).”

Por ello se hace tan necesario contestar la pregunta: ¿cuáles son los criterios

que ha de utilizar el juez para valorar y decidir el contenido del interés superior del menor? Sin duda el juez deberá tomar el pulso a la sociedad en la temática que le sea planteada, y para ello hará un uso adecuado de la discrecionalidad a la hora de adoptar decisiones. Discrecionalidad que no le autoriza a manejar de modo arbitrario la cuestión que se somete a su conocimiento. Así antes de establecer las medidas más convenientes al interés superior del menor, deberá ponderar los hechos, valorando los beneficios y riesgos asumidos en cada opción, decantándose por aquella que otorgue mayor protección a los derechos constitucionales del menor de edad. En definitiva, la valoración del juez sobre los datos aportados por las partes en el proceso se ha de llevar a cabo prescindiendo, en la medida de lo posible, de su ideología política, convicciones religiosas y educativas, que puedan incidir en la valoración de la familia, así ha opinado RIVERO HERNÁNDEZ<sup>26</sup>. Verdaderamente lo relevante a la hora de concretar en cada caso el interés del menor, es que los elementos utilizados por el juez en las medidas de carácter personal o patrimonial deben ser puntos de referencia universalmente aceptados. Con ello se evita una dispersión judicial de criterios, que nos llevan a tantas y diversas soluciones como jueces haya<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*. Barcelona (1996): Ed. J. M<sup>a</sup> Bosch Editor, S.L, pp. 162 a 164; GRACIA VICENTE, F.: “19 de octubre de 1983: Patria Potestad. Suspensión del ejercicio de guarda y custodia. Ejemplo corruptores. Competencia de los Tribunales Tutelares de Menores. Competencia del Tribunal Supremo”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* (septiembre-diciembre de 1983), núm. 3, p. 1007. La influencia externa sobre la resolución del Juez, a la hora de valorar el interés del menor, ha de estar movida por criterios sociológicos, psiquiátricos médicos y educacionales, convenientemente asesorado por especialistas, dejando los criterios éticos y religiosos, por muy respetables que sean para su fuero interno, sin que tengan una incidencia trascendente en la resolución judicial. A la vez SEIJAS QUINTANA, J. A.: “Consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos, guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas”, *Actualidad Civil* (1997), núm. 29, pp. 642 y 643, indica otros actores externos que van a surgir a lo largo del proceso judicial, como las reglas de la lógica y del sentido común, el conocimiento, la experiencia y a sensibilidad, junto a otros datos como la edad, sexo y personalidad de los menores, la capacidad de los progenitores para ejercer la guarda y custodia, la predisposición de estos a facilitar la relación de los hijos con el otro progenitor. Todos ellos deberán conformar en la mente del juzgador el contenido del interés del menor, para fundamentar la adopción de una determinada medida. También la opinión mantenida por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil* (1999), núm. 12, p. 308.

<sup>27</sup> Este planteamiento se aprecia a la hora de buscar presupuestos necesarios que han de concurrir para aplicar el régimen de convivencia de custodia compartida, como el mejor modo de proteger el interés superior del menor. La SAP Burgos, Sección 2<sup>a</sup>, núm. 00459/2006 de 14 de diciembre de 2006, plantea la exigencia de requisitos previos que han de concurrir necesariamente, en cualquier ruptura matrimonial, para establecer este régimen de convivencia. Capacidad del progenitor para participar en la guarda y custodia compartida; la tenencia de vivienda propia de cada progenitor; contar ambos con medios

Sin duda la jurisprudencia le atribuye un valor al “interés superior de los hijos”, por ello el titular del órgano judicial al amparo de las normas jurídicas y del margen de discrecionalidad, establecerá las medidas que estime convenientes para proteger el interés superior de los hijos. Esto podrá llevarse a cabo empleando conceptos tales como los de “*estabilidad emocional*”, “*equilibrio psicológico*”, “*formación integral*”. El juez de oficio tendrá en cuenta, las declaraciones de los progenitores; la opinión del menor; el dictamen de especialistas, y adoptará la decisión oportuna, en función de las circunstancias personales y familiares de cada menor de edad. Ante esto los juzgados y tribunales deben valerse de instrumentos esenciales para la determinación del interés superior del menor en la elección del régimen de guarda y custodia más adecuado.

Por una parte se encuentra el valor teleológico. Las resoluciones judiciales muestran uniformidad en la prosecución de delimitar el contenido del interés superior del menor, amparándose en la obtención del desarrollo adecuado de la personalidad del hijo menor de edad, potenciando sus facultades físicas, intelectivas y morales<sup>28</sup>.

Determinadas normas jurídicas sirven de guía a la actividad jurisdiccional en la elección del régimen de guarda y custodia, por el valor teleológico que muestran para la protección del interés del menor. En el Derecho Internacional se observa especialmente en algunos instrumentos jurídicos: La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo. En el ámbito interno el art. 39.2 de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y determinados artículos del Código Civil que lo recogen, como el 92.4 (el ejercicio de la patria potestad), el 103.1<sup>a</sup> (medidas provisionales sobre la atribución de la guarda y custodia), el 96

---

económicos suficientes, implicación directa de ambos progenitores en el cuidado y atención del hijo (recogidas sucesivas a la salida del colegio o de las actividades extraescolares, acudir ambos progenitores conjuntamente a las citas por el tutor de su clase del colegio; velar por el cuidado personal y la salud, comprando ropa y material escolar, acudir ambos progenitores a personas de confianza en las ocasiones en las que no podían ocuparse de su hijo, etc).

<sup>28</sup> Por ello ha opinado LINACERO DE LA FUENTE, M<sup>a</sup>.: *Protección jurídica del menor*. Madrid (2001): Ed. Montecorvo, p. 63. Los tribunales de justicia, a la hora de buscar el interés superior de los hijos, podrán hacer uso de la discrecionalidad para tomar una decisión sobre varias alternativas igualmente válidas, sin arbitrariedad, que tendrá como límite: “a) la racionalidad en la apreciación de los hechos; b) Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual (...) y material del menor; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional”. Vid. BERMÚDEZ BALLESTEROS, M<sup>a</sup>. del S: “Criterios para la atribución y modificación de la guarda y custodia de los hijos en la práctica judicial”, *Aranzadi Civil* (2001), Volumen I, Tomo X, pp. 1864 y 1865.

(atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos), el 159 (qué progenitor quedará al cuidado de los hijos menores de edad).

Por otra parte está la aplicación de oficio, las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento matrimonial y de menores, medidas protectoras del interés superior del menor. Aunque en ocasiones tal como indica la SAP Las Palmas, Sección 3ª, núm. 329/2007 de 26 julio (JUR 2007, 346951), “una relación de convivencia impuesta judicialmente no es la más deseable para la satisfacción del interés del menor y es generadora de situaciones de inestabilidad emocional que repercuten en el ordenamiento escolar, en el desarrollo de la psique de niño o joven, de sus derechos de la personalidad, etc.”. En el mismo sentido destaco la SAP Valencia, Sección 10ª, núm. 476/2010 de 13 julio (JUR 2010, 310592).

Sin duda los jueces en determinadas materias del Derecho de Familia no están vinculados por los acuerdos suscritos en el convenio regulador contrarios al interés del menor, ni tampoco rige el principio rogatorio y dispositivo propio del procedimiento civil en defecto de acuerdo. Como indica el art. 91 del Código Civil ante la presencia del *favor filii*, el juez de oficio adoptará las medidas de protección adecuadas para los hijos o en su lugar modificará las ya adoptadas, cuando sean alteradas las circunstancias que le sirvieron como base.

Dentro de las actuaciones de oficio está conocer cuál es el alcance del “interés superior del menor” frente a otros intereses legítimos, materia a la que ya hemos aludido con anterioridad. De todas maneras debe indicarse de que prácticamente es unánime la jurisprudencia del Tribunal Supremo que consagra la supremacía de aquel, por cuanto tiene un carácter de principio inspirador a tener presente por los operadores jurídicos de determinados preceptos del Código Civil y de aquellas otras disposiciones reguladoras de materias matrimoniales, paterno-filiales y de adopción, destacando la superioridad de dicho principio, en la valoración conjunta con otros intereses incluido el de los progenitores. Así lo recoge la Ley Orgánica 1/1996 que recoge el espíritu de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 que vinculan a España. Dichas normas otorgan al Juez facultades discrecionales para adoptar medidas oportunas en beneficio del menor de edad, en concreto que favorezcan la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental así como la estabilidad emocional de aquél.

A los criterios fijados en la jurisprudencia española sobre la aplicación de “interés superior de los hijos”, aparecen unidos otros más específicos y de gran utilidad para atribuir la función de guarda y custodia de los hijos. Así los tribunales tras la ruptura familiar deberán: atender a las necesidades (físicas, educativas y emocionales, relacionadas con la edad y el sexo) demandadas por

los hijos en el desarrollo de su personalidad; tener en cuenta la capacidad (atención prestada a los hijos antes de la separación o divorcio, disponibilidad de una vivienda adecuada, horario laboral, etc.) que detenten los progenitores para satisfacerlo; conocer la voluntad del menor de edad conforme establece el núm. 2 de art. 92 del Código Civil, en la forma que prevé la regla 4ª del art. 770 de la LEC, y apreciar la estabilidad que le proporciona el entorno familiar, escolar y social. Se cita la SAP Madrid, Sección 24ª, núm. 754/2007 de 7 junio (JUR 2007, 312426): “(...) En estas circunstancias es evidente la convivencia y necesidad del cambio en la alternativa de guarda operado en la instancia, máxime cuando se ha informado que garantiza adecuadamente la estabilidad familiar, personal, social y de todo orden que precisa el hijo común”. Y la ya citada STS 257/2013, Sala 1ª, de 29 de abril, que declara la no excepcionalidad de la guarda y custodia compartida, y destaca aludiendo a la anterior STC 185/2012, de 17 de octubre, el carácter no preceptivo del informe del Ministerio Fiscal<sup>29</sup>. Según esta sentencia los requisitos para la

---

<sup>29</sup> STS 257/2013, 29 abril 2013 (RJ 2013, 3269): “El motivo se estima en lo que se refiere a los argumentos contenidos en la sentencia para denegar la medida de guarda y custodia compartida, que la Sala no comparte en absoluto, pues se justifica a partir de una posición inicialmente contraria a este régimen en la que plantea como problemas lo que son virtudes de este régimen como la exigencia de un alto grado de dedicación por parte de los padres y la necesidad de una gran disposición de éstos a colaborar en su ejecución, sin fundar la decisión en el interés del menor, al que no hace alusión alguna, y que debe tenerse necesariamente en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia compartida.- Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso “favorable” del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen. Es por tanto al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño; y si bien se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a aquel le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficiosa para el menor.- Lo dicho no es más que el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación.- Pues bien, el artículo 92 CC -STS 19 de abril de 2012- establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite “excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco”, acordar este tipo de guarda “a instancia de una de las partes”, con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión “excepcionalmente”, véase la STS

guarda y custodia compartida, y que reflejan su íntima relación con el interés superior del menor, serían los siguientes: 1) La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; 2) Los deseos manifestados por los menores competentes; 3) El número de hijos; 4) El cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; 5) El resultado de los informes exigidos legalmente; 6) En definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, sin que la mera constatación de que el régimen de guarda y custodia se adapta mejor al interés de los progenitores resulte suficiente para deducir que se adapta mejor al interés del menor, que es el que debe primar.

Concluyendo este apartado quisiera manifestar que la división territorial legislativa en materia de Derecho de Familia ha influido, de manera desigual, en el comportamiento del Legislador español a la hora de fijar factores que colaboren a determinar el contenido del “interés superior del menor”. En un principio el Legislador español no fijaba en el Derecho positivo, factores que ayudaran a concretar este concepto jurídico indeterminado. Ello se observa en la reforma llevada a cabo en el Código Civil mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, esta señala determinados y escasos instrumentos, contemplados en el número 6 del art. 92 del Código Civil, que inciden sobre el interés superior del menor.

Por su parte el Código Civil de Cataluña aprobado por Ley 25/2010, de 29 de julio, en el art. 211- 6 aunque regula de forma expresa el interés superior del menor, y establece criterios objetivos para los operadores jurídicos, cuando haya que adoptar medidas que afecten a los hijos menores de edad, no aporta nada novedoso para la jurisprudencia menor. A su vez, el Decreto

---

579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.- No obsta a lo anterior, sigue diciendo, lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre, porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC, el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil”.

Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el denominado “Código de Derecho Foral de Aragón”, como establecía la derogada Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, refuerza el principio de interés superior del menor, advirtiendo a los progenitores que sean conscientes de que la responsabilidad parental continúa, a pesar de la ruptura matrimonial e incluso la nueva situación exige, sin duda, mas diligencia y cuidado en su deber de padres.

Diferente es, por lo demás, la postura adoptada en las Legislaciones territoriales aplicables en las Comunidades Autónoma de Valencia y Navarra. La Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, antes de fijar el régimen de convivencia entre los hijos y los progenitores, exige a la autoridad judicial comprobar la concurrencia de determinados factores<sup>30</sup>. Por su parte la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en caso de ruptura de la convivencia de los padres, aplicable en la Comunidad Autónoma de Navarra, de idéntico modo exige la concurrencia de determinados factores, antes de elegir el régimen de convivencia más conveniente<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El art. 5-3 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, indica al juez determinados factores que les facilite la elección como medida judicial del régimen de convivencia entre progenitores e hijos: a) la edad de os hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores. b) La opinión de los hijos e hijas menores cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido doce años. c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor. d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. E) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores. f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores. g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad. h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

<sup>31</sup> El art. 3-3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura en la convivencia de los padres, establece como factores decisivos para la elección del régimen de convivencia los siguientes: a. La edad de los hijos. b. La relación existente entre los padres y, en especial, la actitud de cada uno de los progenitores para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y, en especial, cooperar entre sí y garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores y sus familias extensas. c. El arraigo social y familiar de los hijos. d. La opinión de los hijos, siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si son mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años. e. La aptitud y voluntad de los padres para asegurar la estabilidad de los hijos. f. Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y que estos le hayan justificado. h. Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.

#### IV. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PERSONA DEL MENOR.

Se discute si las necesidades básicas del niño son semejantes sea cual sea su ámbito cultural, en el fondo la problemática reside en la dificultad que implica el tratar conseguir objetivamente manifestar tales necesidades, de tal manera que puedan ser trasladadas a un plano concreto y lograr su adecuada satisfacción. Posiblemente sea un materia donde la equidad tenga mucho que decir, ya sea en los labios del Legislador o articulando las palabras del juez. Si se efectúa la pregunta si existen necesidades diferentes para el menor por vivir en culturas distintas, en el fondo se cuestiona sobre, hasta qué punto puede condicionar al menor el haber nacido en una familia de una cultura particular cuando tiene que vivir en una sociedad cultural distinta. Autores como DE TORRES PEREA, J. M. opinan que las necesidades son las mismas<sup>32</sup>.

Ello implica que una vez satisfechas éstas, no debe limitarse al menor condicionando su desarrollo mediante unos criterios culturales, los de la sociedad originaria de los padres que le puedan dificultar severamente su integración en el ámbito cultural distinto, tal como ha manifestado OCHOTORENA<sup>33</sup>. Y esto es sólo un ejemplo de la basta problemática que existe en torno a la persona del menor y su personalidad en vías de madurez. Se trata, en definitiva de respetar los principios básicos del Derecho del menor<sup>34</sup>, de garantizar que se le proporcione el afecto, cariño y condiciones mínimas que contribuyan a su desarrollo, aunque la minoría de edad no sea siempre fácil de determinar, y sin perjuicio de su carácter evolutivo gradual. Es decir, contribuir a que el menor desarrolle una consciencia que le permita ver su lugar en el mundo, para lo cual es fundamental fomentar el autocontrol, pues sólo controlando sus impulsos se llega a la autoestima, debiendo procurarse igualmente potenciar su inteligencia emocional desde

---

<sup>32</sup> DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva Multidisciplinar*. Madrid (2009): Ediciones Iustel, p. 37.

<sup>33</sup> OCHOTORENA, J. DE P.: “Situaciones de desprotección infantil. Definiciones de desprotección y maltrato infantil. Importancia de la detección. Objetivos de los servicios de protección infantil”, en el Curso sobre Menores y Familias en riesgo social organizado por la Universidad de Málaga y la Diputación Provincial de Málaga, 16 de marzo de 2006.

<sup>34</sup> VALLÉS, A. (dir.): *La protección del menor*. Valencia (2009): Ed. Tirant Lo Blanch, p. 10: “...las circunstancias culturales, etnográficas, económicas e incluso geográficas pueden condicionar la existencia de diferentes criterios a la hora de definir en cada sociedad cuándo comienza la mayoría de edad, cuestión que es necesario fijar con carácter general por exigencias jurídicas evidentes, como la aplicación del principio de igualdad ante la ley, pese a que el factor individual no se acomoda con facilidad a esta unificación general. Por ello, las legislaciones más evolucionadas compensan la rigidez del criterio uniforme de la mayoría de edad general, en cuanto causa legitimadora de la titularidad potencial para el ejercicio de los derechos propios de las personas adultas, así como para las exigencia de las obligaciones y responsabilidades exigibles en su caso a éstas, con el reconocimiento de diferentes edades para el ejercicio efectivo, personal y directo por el menor, de determinados derechos y obligaciones”.

una primera edad<sup>35</sup>.

En tal sentido, la familia se nos presenta no sólo como fuente de apoyo material y afectivo, sino también como cauce para la socialización, tal cauce, tal camino, se define como un proceso mediante el cual la persona adquiere valores, creencias, normas y formas de conducta apropiados en la sociedad a que pertenece, siendo fundamental en el período de niñez y adolescencia. Se espera que los padres sean capaces de enseñar a los hijos a controlar sus impulsos para poder vivir en sociedad con otros seres humanos<sup>36</sup>. Ellos, sin duda, son el principal espejo que puede tener el menor, espejo que jamás será impoluto pero que hay que evitar que esté tan sucio o quebrado que le provoque al menor una distorsión de su propia imagen, de lo contrario esa distorsión crecerá con él, se hará un adulto.

Debido a ello el ambiente en que la personalidad del menor se desenvuelva, es esencial, asimismo los márgenes de libertad en que dicha personalidad se manifieste también lo son, de tal manera que permitan de manera gradual, paulatina, su desarrollo, por ello una metáfora que explica bastante bien este ambiente y libertad es la de un jardín donde existen árboles adultos y otros incipientes. Los primeros con su sombra y sus raíces contribuyen al fortalecimiento de los más núbiles, el abono que se empleará para su consolidación será el alimento para la madurez de los aún incipientes árboles. Todo el jardín constituye en ecosistema donde todo importa, esos pequeños árboles tienen una personalidad propia y sin duda, asimismo, necesidades individuales, pero dependen del jardín en su conjunto para seguir creciendo y fortaleciéndose<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> No puede olvidarse que el centro de gravedad es el propio menor, debe procurarse que pueda desarrollarse plenamente en la sociedad en la que va a crecer, no limitando sus posibilidades de adaptación. No obstante para poder adecuar el acervo cultural de los mayores a las exigencias de la sociedad resulta importante, no sólo que éste no vea limitados sus recursos de adaptación, sino también hacer responsable al menor para que pueda tener un criterio propio, especialmente en determinadas etapas de su madurez. Ante ello es fundamental las diversas políticas que puedan propiciar el protagonismo de la autorregulación del menor, si bien ésta ha de aprenderse. Se trata, sin dudas, de un difícil proceso de aprendizaje en el que se han de ir creando las condiciones necesarias para que el menor poco a poco pueda alcanzar su autonomía, su identidad.

<sup>36</sup> Predomina en nuestra doctrina y se impone progresivamente la idea de que la familia no es tanto una institución preeminente, cuyo interés deba primar frente al de sus componentes, sino que, aun sin desconocer su valor trascendente, no pasa de ser un medio y un marco idóneo, pero sólo instrumental, respecto de la persona de sus miembros y los derechos fundamentales de éstos, de forma que estos últimos son más valiosos y deben triunfar cuando entran en conflicto con los intereses del grupo familiar.

<sup>37</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Las reivindicaciones de los movimientos internacionales de infancia y adolescencia en el vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño", en AA.VV.: "La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales" (dirigido por F. ADELCOA LUZÁRRAGA y J. FORNER

Consecuentemente con este propósito la LO 1/1996 señala que “el conocimiento científico actual permite concluir que no existe una diferencia tajante ente las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad”.

Precisamente por ello el Ordenamiento español reconoce al menor capacidad de decisión cuando acredite tener una madurez suficiente<sup>38</sup>. Dicha capacidad natural lo habilita para poder realizar por si mismo los actos relativos a los derechos de la personalidad según dispone el art. 162.1 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta que la capacidad natural se alcanzará a distinta edad por cada persona, y que un mismo menor puede tener madurez suficiente para decidir sobre determinadas materias y carecer de ella para decidir otras.

Esta capacidad de decisión, tal cual se puede ir intuyendo y conociendo es

---

DELAYGUA), Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Colegio de Notarios de Catalunya. Barcelona (2010): Marcial Pons, p. 415: “Siendo indiscutible la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en su vigésimo aniversario, su aplicación efectiva debe superar los obstáculos de cada contexto nacional, a partir de tres vías: del reforzamiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia como derechos humanos, del cumplimiento de los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales y sus protocolos facultativos, y de la respuesta a las reivindicaciones de la propia infancia y adolescencia expuesta a través del ejercicio de su derecho de participación. En este contexto, debe sustituirse el enfoque de necesidades por el enfoque de derechos humanos.- El gran desafío actual de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de pleno derecho, con personalidad propia y necesidades individuales, y con derecho a tomar parte en las decisiones que le conciernen. Se trata de una respuesta global, que supere iniciativas sectoriales, identificadas con derechos concretos, que se lleven a cabo desde la perspectiva asistencial de cubrir necesidades”.

<sup>38</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General. Madrid (2003): Ed. Thomson Civitas, p. 956. Se expone que la capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, es una cualidad esencial de la persona que ostenta por el mero hecho de serlo, no admitiendo grados. Los problemas que puede plantear derivan de la verificación del cumplimiento de los requisitos de los artículos 29 y 30 del Código Civil determinantes de su adquisición. Por el contrario, la capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar eficazmente actos jurídicos. Su contenido y posible dependencia o no del estado civil de la persona ha generado diversas formulaciones, al ser determinada la capacidad de obrar por la natural es susceptible de graduación, no siendo igual y homogénea para todos los hombres.

gradual<sup>39</sup>. Porque sin duda, hoy en día, el menor desde el punto de vista de vista del Derecho es analizado como una personalidad en desarrollo más que como un incapaz, por ello se hace necesario considerar su creciente autonomía, debido a que resulta ser un elemento fundamental para fundar tal personalidad, y ejercer sus derechos fundamentales, materia que a mi juicio es tratada de manera muy detallada por SÁNCHEZ HERNÁNDEZ<sup>40</sup>.

La autonomía del menor, incipiente en edades tempranas, se va desarrollando luego al relacionarse con otras personas, lo que le da seguridad y autoafirmación de su personalidad, le permite el desarrollo de la misma, principio rector del ordenamiento español, aunque como bien se sabe no fue siempre así a los ojos del Derecho, así lo deja entrever ALÁEZ CORRAL<sup>41</sup>. En una sociedad liberal y democrática que concibe la educación como dirigida al pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios y derechos fundamentales (art. 27.2 CE), el ordenamiento está obligado a promover la autonomía de toda persona, obligación que compete en particular a los encargados de dirigir su vida y formar su personalidad, como también a los poderes públicos<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “*Capacidad natural e interés del menor*”, cit., p. 956. “En concreto, la capacidad de obrar del menor de edad ha progresado y va a seguir haciéndolo, ya que son cada vez más los actos para cuya realización solamente se le exige capacidad natural cuando demuestra tener la suficiente aptitud psíquica para la válida prestación del consentimiento necesario en el ejercicio del derecho y las consecuencias que para el ejercicio de su libertad futura tiene la disposición de ese derecho. En consecuencia, el menor debe tener voluntad para emitir el consentimiento y conocimiento de los efectos jurídicos derivados del mismo”.

<sup>40</sup> STC 154/2002, 18 julio (RTC 2002,154). En relación a SANTOS MORÓN, M<sup>a</sup>. J.: “Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la TC S 154/2002 de 18 de julio (1)”, *Diario La Ley* (12 Diciembre 2002), Sección Doctrina, núm 5675, tomo 7 Año XXIII, p. 1632.

<sup>41</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y Derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos, p. 31. Plantea este autor que hasta bien entrado el siglo XX los menores no han sido contemplados jurídicamente como sujetos de derechos subjetivos. El menor era tratado como un individuo disminuido y no como un ser que está en desarrollo durante toda su vida, aunque durante la minoría de edad este desarrollo sea cualitativa y cuantitativamente más intenso. El menor de edad era objeto de la protección de los padres o del Estado y no un auténtico sujeto de derechos subjetivos, porque la minoría de edad era considerada como un status del individuo, semejante al género o al estado civil, durante el cual primaba el aspecto de imperfección de la personalidad. Los derechos legales del menor aparecen como auténticos derechos reflejos del interés paterno o social en dicha protección y no del interés del propio menor en desarrollar su autonomía.

<sup>42</sup> SAP, Sección 7<sup>a</sup>, Alicante, 41/2003, 29 enero 2003 (AC 2003, 694). “Por otra parte, no debemos desconocer la finalidad teleológica, el espíritu de la tan citada exigencia, que no es otra que la de poder conocer los deseos, motivaciones y aspiraciones del menor en aras a su protección. Y partiendo de esta premisa, habremos de concluir que sin caer en la falta de sensibilidad del drama familiar que toda separación o divorcio conlleva, el simple hecho de ‘oír al menor’ no es de por sí mismo negativo o algo que no convenga al interés del mismo.

Es interesante dilucidar la edad a partir de la que puede serle concedida tal autonomía y el alcance de esta, que dependerá de su preparación personal para asumirla. En relación con la edad es muy difícil establecer una edad o edades fijas por debajo de la mayoría de edad, valga la redundancia, a partir de las cuales pueda reconocerse capacidad para ciertos actos al menor, debido a que el desarrollo psíquico de un niño y adolescente puede ser muy distinto con la misma edad. Por ello, salvo para aquellos casos en que la ley lo determina expresamente (por ejemplo, los doce años para consentir su adopción; o los dieciséis años para el consentimiento para actos médicos, de la ley 41/2002), parece más razonable vincular la concesión al menor de la autonomía de referencia a su madurez y juicio, a su discernimiento, es decir la aptitud psíquica (intelectiva y volitiva) para comprender el alcance y consecuencia de sus actos, con el autocontrol de su voluntad suficiente para asumir o desistir de la decisión correspondiente en cada caso concreto, según su apreciación de las consecuencias<sup>43</sup>.

Esa capacidad de discernimiento viene a coincidir con la llamada capacidad natural. En este orden cabe citar aquí el art. 31 de la aragonesa ley 13/2006 que tras presumir la capacidad de la persona que ha cumplido 14 años, no incapacitada, añade: “2. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario”. Si la capacidad natural, o discernimiento, considerada en general y en abstracto, puede calificarse como categoría jurídica general, ha de ir referida a cada caso concreto, y en relación con el acto o derecho de que se trata, cuya dificultad o importancia pueden determinar que le menor no esté en condiciones de comprender las consecuencias y alcance de su decisión, o de controlar su

---

Podrá serlo o no, en función del modo en que se practique dicha audiencia, y así, el interés del menor exigirá, además de la evidente colaboración de los progenitores, que el Juzgador despliegue de una serie de habilidades, que le permitan cumplir la finalidad del precepto, aprobando o no el convenio que los progenitores le someten, sin perjudicar al menor y en interés del mismo.- Y más, dejando al margen la cuestión relativa a la exigencia de oír al menor, habría que preguntarse cómo puede el Juzgador conocer que el convenio que someten a su aprobación, ambos progenitores, lesiona o quebranta el interés de los menores o que existen o no intereses contrapuestos entre los menores y sus progenitores, en supuestos en los que no les ha oído, y en un proceso en el que no existe más prueba que la documental y la ratificación de los progenitores por separado. La experiencia parece estar demostrando, en la actualidad, que existen algunos casos en los que bajo la apariencia de un mutuo acuerdo, subyacen situaciones de violencia, conflictividad emocional, dependencia económica, y otras circunstancias que pueden determinar un régimen de guarda y custodia y de visitas, no movido por criterios de interés del menor, sino por otras razones. Tal vez, éstos o similares argumentos son los que han llevado al Legislador a imponer que los Jueces oigan a los menores con 12 años o más”.

<sup>43</sup> Interesante es el estudio propiciado en torno a la capacidad natural en materia de consentimiento matrimonial, vid. el estudio de TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup>. D.: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada)*. Barcelona (2000): Ed. Cedecs, pp. 97 y ss.

voluntad<sup>44</sup>.

El dar una amplia participación al menor en la determinación de cuál es su propio interés no quiere decir que se decline o delegue en él la toma de decisiones, sin duda que se vela por el desarrollo de su personalidad, ya sea en el presente y también en el futuro, pero aún no se le considera el principal responsable para sí<sup>45</sup>. Cabe pensar en no pocas objeciones a ello, no sólo porque muchas veces no reúne los mínimos intelectuales y volitivos (discernimiento) para optar en una disyuntiva y decidir consciente y libremente, o por falta de experiencia de vida (particularmente importante en estas situaciones vivenciales, donde no todo es inteligencia y voluntad), sino, sobre todo, en los casos en que los menores se ven implicados en conflictos con personas muy próximas: estos son muy vulnerables a presiones de los adultos para decidir a favor de alguno de éstos; corren el riesgo de sentirse culpables del resultado de su opción. Un ejemplo claro es la situación de crisis matrimonial de sus padres y de sufrir la enemistad de aquél contra quien han decidido y con quien habrán de convivir o relacionarse de otro modo. Sin duda, es a veces muy difícil interpretar correctamente el verdadero deseo o elección del menor, que para ser calificada como tal deberá ir precedida de una correcta información de los hechos en que deba fundarse y las opciones posibles que maneja, la cual puede ser influida por el interés o perjuicios del informador y por la dificultad de transmitirle la posibilidad de

---

<sup>44</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV. Familia. Madrid (2002): Ed. Dykinson, p. 425. Ha manifestado, este autor que, la incapacidad de obrar es la regla general aplicable a los menores de edad no emancipados, de modo que necesitan actuar a través de representante legal.- Sin embargo, tal regla general debe ser atemperada tras la promulgación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, con el mandato expreso contenido en el art. 2 de la citada Ley, en su párrafo segundo, consistente en que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva.- Así las cosas, la cláusula general contenida en el art. 154 del CC y desarrollada en el art. 162 del mismo código coexiste ahora con el principio básico que reconoce el art. 2 de la referida Ley. Junto al citado precepto-cabeza del CC aparece, ahora, otro precepto capital. El niño debe hacer y decidir él todo y en todo lo que pueda, según sus aptitudes psíquicas y discernimiento, y que no hagan otros lo que él pueda decidir o hacer por y para sí: se trata de hacer realidad la idea de la determinación consciente y responsable de la propia vida.

<sup>45</sup> Como afirma ALÁEZ CORRAL, B.: "*Minoría de edad*", cit., pp. 156 y 157, los arts. 12 y 39.2 y 3 de la CE diseñan la minoría de edad como un periodo vital durante el cual el individuo no se basta para la tutela de sus derechos e intereses y precisa la adopción de instrumentos de heteroprotección. Dado que el menor pasa la mayor parte de su tiempo en el seno del hogar familiar o por lo menos bajo la dependencia personal y patrimonial de la familia y como disfruta la mayor parte del tiempo efectivo de su vida en el ámbito familiar bajo la dependencia de sus padres, de forma decreciente a medida que se aproxima a la mayoría de edad, los padres son los primeros destinatarios del mandato constitucional de protección del menor. En este sentido, la cláusula general del art. 154 del CC constituye un claro ejemplo de la habilitación legislativa para incidir sobre los derechos fundamentales del menor.

alternativas y naturaleza que puede presentar aquél. A su vez, la opción o decisión del menor está muy influenciada por su edad, por sus apetencias, deseos frustrados, mal que mal se trata de alguien que cuenta con una visión de la vida y sus conflictos muy diferente a la que puede tener un adulto, por ello la forma de averiguar tal visión no podrá efectuarse de idéntica manera como se realiza para conocer la de este.

Es decir no se trata sólo de arrancar decisiones del menor, en este punto me sumo a la opinión del ya citado ALÁEZ CORRAL, sino de establecer el entorno más propicio para él y que así pueda desarrollar su personalidad en transformación y por ese conducto, con su propia participación, modelar los resultados ulteriores referidos a él mismo, se le protege de manera externa, pero también amparándose en elementos propios del mismo menor, sus aficiones, sus necesidades individuales, etc<sup>46</sup>. Es deber del mundo adulto conformar razonablemente ese entorno, hacerlo realidad<sup>47</sup>.

Los deseos y sentimientos del menor no deben ser infravalorados, pueden ser un dato o factor significativo en su decisión, son parte importante en la

---

<sup>46</sup> ALÁEZ CORRAL, B.: *“Minoría de edad”*, cit., p. 41, opina que la consideración de la minoría de edad como un status natural en el que el menor ha de ser objeto de protección, consideración que fue una constante en nuestro ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la situación jurídica del menor de edad ha experimentado un largo proceso evolutivo encaminado fundamentalmente a variar la naturaleza jurídica de las instituciones jurídicas bajo las que se encuentra, tales como la patria potestad o la tutela y convertirlas en instituciones sirvientes de las necesidades de protección del menor. Según el citado autor, la consideración del menor como un bien objeto de protección ha dado paso a un sistema mixto de protección: heteroprotección y autoprotección, desarrolladas ambas durante la minoría de edad.

<sup>47</sup> SAP, Sección 1ª, Tarragona, 13 abril 2005 (REC 99, 2004). “En el caso de autos todos los informes emitidos en los mismos acreditan la conveniencia del mantenimiento de una situación que se estima favorable y amparadora de la menor, situación que no cabe alterarse por los buenos deseos o aspiraciones del recurrente cuando las circunstancias físicas y socio-familiares que en él concurre no le permiten hacerse cargo de unos deberes que requieren de unas capacidades y disponibilidades que no concurren en su caso, al encontrarse limitado por la enfermedad que padece de poder actuar con la autonomía y libertad que la atención de una menor recomienda, máxime si esas limitaciones en lugar de inducirle a una superación le llevan a una dependencia de terceros o a una pasividad a la espera de poder ser el mismo atendido, situación comprensible y lógica pero que no constituye la más adecuada para quien pretende hacerse plenamente cargo de la educación y formación de una menor atendiéndola en todos los órdenes de la vida, máxime si el ámbito familiar en el que habita está ya sobrecargado por la presencia de cuatro adultos más y supone ya por ello importantes restricciones de espacio y atención. De todo ello se deriva que no se trata de una falta de sensibilidad el oponerse a una asunción de facultades y dedicaciones siempre gravosas y difíciles, ni de que una situación física disminuida implique una incapacidad de cumplirla, sino que se trata de ver suficientemente garantizado la adecuada cobertura a la menor, garantía que no se ve en el caso de su padre que, prácticamente, se pasa el día viendo la TV no presenta otra actividad que la de salir a tomar unas copas, al tiempo que aporta un escaso poder económico, consecuencia de su situación, garantías que requieren algo más que deseos y palabras”.

conformación de su autonomía. Pero en atención a la dificultad de una correcta formación del primero e interpretación de tales sentimientos y deseos, las afirmaciones de los menores ante los jueces, abogados y demás, pueden carecer de fundamento suficiente para dar relevancia a una decisión. Incluso puede suceder que un especialista, por ejemplo un psicólogo, lea mejor en la personalidad del menor, sus deseos y anhelos, tal valoración aclararía la estabilidad y consistencia del proceso interno de formación y manifestación del parecer de tal menor.

Por otra parte, una pregunta que surge en el presente análisis es sobre el consentimiento del menor, sobre todo en aquellos actos que afectan de manera especial sus derechos de la personalidad, actos que puede realizar el menor por sí mismo de conformidad con sus condiciones de madurez, tal cual lo preceptúa el art. 162. 1º del Código Civil. Este precepto es acorde con la antes aludida concesión al menor de una creciente autonomía en la decisión de asuntos vinculados directamente a su persona<sup>48</sup>. Más su interpretación no deja de plantear problemas: desde la cuestión de si procede la distinción entre la capacidad jurídica y capacidad de obrar en este ámbito, en tanto que el goce de aquellos derechos no requiere especial capacidad y que los “actos” a que alude el artículo 162. 1º no son tanto de disposición o creadores de obligaciones cuanto de mero goce de los derechos.

Sin duda, si el menor tiene discernimiento suficiente (capacidad natural), sólo él puede dar el consentimiento para los actos de referencia, en particular en su relación con terceros. En el caso de que el menor no la tenga, y deba dar su “consentimiento” su representante legal, no se trata, en todo caso, de una declaración de voluntad de estos que vendría a sustituir la del menor, debido a que el consentimiento de éste es personalísimo para esos actos e insustituible; sino que se emite como expresión de un deber en el ejercicio de la función pertinente y, en tal concepto, deberá ser acorde con el beneficio del menor. Este beneficio o interés es lo esencial, no una voluntad negocial.

---

<sup>48</sup> Sin perjuicio de ello en la mayoría de las sociedades occidentales está aumentando una peligrosa dicotomía e incongruencia entre la maduración biológica y relacional de la juventud y los ritmos y pasos hacia la sociedad adulta. Al tiempo que los desarrollos biosociales son más precoces, los procesos de emancipación concluyen más tardíamente. Se van anticipando tránsitos y se van posponiendo otros. Se van adelantando hacia la adolescencia, e incluso la infancia, comportamientos y experiencias que antaño se vivían a partir de los 18 años (se adelantan la iniciación afectiva y sexual, la libertad de decisión sobre el tiempo libre, y también la iniciativa sobre el destino del gasto del dinero que ganan o reciben de la familia; esa capacidad lleva incluido el autocontrol para consumir o no productos que generan riesgos). Y por otra parte, se van desplazando hacia los últimos años de la juventud, e incluso hacia después, iniciaciones existenciales que aún se tienen por logros característicos y propios de edades juveniles. La inserción en la edad adulta se alarga, la adquisición de la autonomía se aplaza.

Es momento de retomar de manera más detallada el análisis del concepto de capacidad, esto resulta importante y necesario, sin duda, ¿Por qué?, porque la primera medida de protección al menor, de cara a cuidar su interés, se ha hecho limitando y restringiendo su capacidad de obrar. En tal sentido en muchos de los códigos de inspiración napoleónica, cuando se trataba la capacidad de obrar era cuando primeramente se hacía referencia a los menores, no en cuanto persona, con la autonomía propia de la misma en plena evolución sino que en lo referente a su capacidad limitada en el trato jurídico. En la nomenclatura jurídica de entonces se empleaban los términos de impúberes o púberes dentro de los menores de dieciocho años. Eran los primeros incapaces absolutos (sin jamás poder celebrar actos jurídicos por sí mismos) y los segundos incapaces relativos, es decir, gozaban de la posibilidad de celebrar ciertos actos ya sea de manera personal pero autorizados por su representante legal o representados por aquél<sup>49</sup>.

Las limitaciones de la capacidad de obrar no son a simple vista una merma en la personalidad del menor, como un estudio simplista puede concluir, ni tampoco son una medida de protección acaecida por la falta de madurez de tales menores que impliquen un complemento del desarrollo de su autonomía. Son más bien el reconocimiento de que sus capacidades intelectuales y emocionales están desarrollándose, son pinceladas del desarrollo de tal personalidad<sup>50</sup>, que implican un dejar hacer gradual, un

---

<sup>49</sup> Vid. GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: *La participación del menor en la sociedad*, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M<sup>a</sup>. P. POUS DE LA FLOR). Madrid (2009): Exlibris Ediciones, SL, pp. 171 a 174. Sostiene que: “La imagen social de la niñez, el modo de comprender la infancia y la adolescencia varía con el tiempo y cambia según consideremos distintas partes del mundo.- La comprensión de las necesidades de los menores para optimizar su desarrollo, la elección de los ambientes que satisfacen más eficientemente sus necesidades o qué tipo de protección son adecuados a cada edad específica, depende de la mirada que las sociedades hacen sobre los menores”.

<sup>50</sup> SANCHO CASAJÚS, C.: “Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón”, en [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n004368\\_LOS%20DERECHOS%20DE%20LA%20PERSONALIDAD%20DE%20LOS%20MENORES%20EN.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n004368_LOS%20DERECHOS%20DE%20LA%20PERSONALIDAD%20DE%20LOS%20MENORES%20EN.pdf), p. 69. “En la doctrina civilística moderna se considera que el menor de edad no es un incapaz, sino simplemente que tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud. Por lo tanto si un menor de edad tiene capacidad natural en el sentido de madurez, discernimiento, capacidad de entender y querer, tendrá capacidad de obrar para realizar el acto jurídico concreto. En definitiva si hay capacidad natural en el menor debe tener capacidad de obrar. De lo contrario se vulneraría su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este criterio de capacidad natural como sinónimo de capacidad de obrar se propugna tanto en el ámbito de la patrimonial como en el ámbito de la personalidad del menor. Lo que ocurre es que en el ámbito de los derechos de la personalidad, como afectan a intereses existenciales del menor, la apreciación de la existencia de la madurez necesaria debe hacerse de forma rigurosa ya que en definitiva están en juego la libertad y la igualdad de las personas. En el aspecto patrimonial, por el contrario, no quedan tan directamente afectados los derechos de la personalidad del menor al no recaer sobre cualidades directas

obrar paulatino en el mundo de los negocios jurídicos, pero más aún, son el antecedente básico del derecho del menor a ser oído. Pues, si se le permite expresar su opinión y que ésta sea considerada en un proceso determinado, no es tan sólo por su carácter de víctima en dicho proceso, sino, en gran parte, porque goza de la suficiente capacidad, ya sea sustantiva como procesal, para manifestar una opinión que reconduzca la situación en la que actualmente se encuentra inmerso<sup>51</sup>.

Por estas dos justificaciones resulta interesante entrar en un análisis de la capacidad del menor, en materia civil, capacidad distinta a la de un adulto pero que lo prepara a su plenitud jurídica. En relación con esto, el tránsito desde la personalidad, como cualidad o naturaleza jurídica del hombre, a la capacidad, como figura instrumental enmarcada en las grandes instituciones del Derecho privado general (patrimonio, familia, sucesiones) supone un proceso de tecnificación necesario y problemático, expresa RAMOS CHAPARRO<sup>52</sup>.

Resulta imprescindible para intentar entender bien este concepto, y además por la relación directa e íntima con el concepto de personalidad, que reviste un fundamento más moral que jurídico, comprender que la aplicación del término en cada campo necesita de una terminología adecuada. En relación al contenido del término capacidad, la noción de personalidad presenta al ser humano ante el Derecho como una existencia individual y unitaria pero también dinámica y evolutiva, cuya presencia como sujeto en las relaciones y los actos va a depender no sólo de su naturaleza última, sino, además de sus relaciones concretas en el ejercicio de la libertad psicológica o autogobierno, así lo ha defendido, a mi juicio muy acertadamente, DE LAMA AYMÁ<sup>53</sup>.

---

del individuo; y además en el ámbito patrimonial no solo están afectados los derechos de los interesados sino también los derechos de terceros lo que implica que para garantizar la seguridad económica debe saber con exactitud dicho tercero con quien tiene que contratar y como tiene que contratar (de ahí la representación legal del menor en el ámbito patrimonial)”.

<sup>51</sup> La formación-evolución que se espera del menor atañe muy directamente a su conciencia. Ésta, siendo el rasgo común y defensorio de la persona —estrechamente vinculado a su identidad—, no se nos da ya hecha sino que experimenta un proceso de formación descrito por la Psicología evolutiva, si bien se carece por completo del sentido de la propia identidad, se puede ir construyéndola porque se dispone del material suficiente para ello. Velar por este proceso es una exigencia de la protección del menor. En este sentido concuerdo con lo planteado por MARTÍ, J. M.: “La situación jurídica del menor y su formación”, en AA.VV.: *Evolución del Derecho de familia* (coord. por S. CATALÁ RUBIO). Cuenca (2006): Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios, p. 201.

<sup>52</sup> RAMOS CHAPARRO, E.: *La persona y su capacidad civil*. Madrid, (1995): Ed. Tecnos, p. 175.

<sup>53</sup> DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch, p. 45 y ss. “Las situaciones jurídicas abstractas son categorías jurídicas generales que engloban en su seno la figura del derecho subjetivo, el bien jurídico y el interés legítimo, entre otras, como manifestaciones de la personalidad y la dignidad del

LACRUZ expresa que la cualidad de persona, formalmente, no presupone la titularidad actual de derecho alguno, si bien toda persona física, aún recién nacida, además de los derechos de la personalidad, tendrá al menos una pretensión de alimentos frente a sus progenitores y otros parientes, o bien, subsidiariamente, un derecho similar frente al Estado. Lo que exige necesariamente la cualidad de persona es la aptitud genérica para ser titular de derechos. Para ello no es necesario que la persona física tenga uso de razón, ni menos voluntad e inteligencia plenamente desarrollada: es por su mera condición de ser humano por lo que el Derecho Natural y el positivo le consideran con capacidad para servir de soporte a derechos y obligaciones, lo cual no incluye el poder de gobernar la propia esfera jurídica, que puede tenerse en un grado mayor o menor, o del que se puede carecer<sup>54</sup>.

Como bien es sabido la capacidad jurídica estándar, es decir, la que in abstracto corresponde a toda persona, comprende, en hipótesis, la aptitud para ser, genéricamente, titular de derechos y deberes, el poder para ser parte en todos los actos o negocios, salvo aquellos que requieran una aptitud especial: poder que, faltándole capacidad de obrar, podrá ejercer en los negocios no personalísimos mediante su representante legal. Esto último en el caso de los menores es patente y notorio.

Al concepto de capacidad jurídica suele contraponerse el de capacidad de obrar, que se refiere a un concreto acto o negocio, significa que una persona es capaz de celebrarlo por sí, que no precisa en lugar suyo la intervención del representante legal ni la cooperación de otra persona. La capacidad de obrar, siguiendo a LACRUZ, recién citado, no es igual en todas las personas, pero esta desigualdad no puede ser arbitraria. El Derecho atiende hoy, para reconocerla a la aptitud de cada uno para regir su persona y bienes; nula en el recién nacido, creciente con la edad hasta el pleno juicio, disminuida o anulada por las enfermedades mentales.

El objeto de esto es adaptar la capacidad de obrar (legal) a la situación concreta, es decir a la aptitud o capacidad para querer y entender de cada uno.

---

individuo. La personalidad como valor se manifiesta en una serie de bienes jurídicos de la personalidad, es decir, conceptos inherentes a la existencia humana que el ordenamiento jurídico considera merecedores de una protección cualificada. Por ello la tutela de los bienes jurídicos de la personalidad debe considerarse una cuestión de interés general pues la sociedad considera necesario que estos queden garantizados en su seno. El concepto de bien jurídico encuentra su origen en la doctrina penalista pues es la idea de protección del bien jurídico donde esta el fundamento de la sanción penal"; pero desde el derecho civil también se ha hecho uso de el "como un valor beneficioso, aprovechable y positivo de una realidad personal, social y material".

<sup>54</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*. Parte General, Volumen Segundo. Madrid (2000): Ed. Dykinson, 2ª edición, pp. 3 y 4.

ALBALADEJO<sup>55</sup> menciona que la capacidad jurídica la tiene todo hombre, comienza con su personalidad y acaba con ella. La capacidad jurídica que el Derecho español reconoce, consiste, general e indeterminadamente, en una capacidad abstracta y uniforme para todos.

Como todas las grandes construcciones jurídicas teóricas, la distinción clásica de la capacidad aparece aquejada de su crisis particular. Para una exposición de los principales ataques doctrinales que ha recibido, se podría hablar de dos “frentes” que representan motivaciones, planteamientos e incluso épocas diversas y sucesivas. El primero y más antiguo, formado sobre todo por autores alemanes, centra sus críticas en la figura de la capacidad jurídica, mientras el segundo, contemporáneo, localizado principalmente en la doctrina italiana, dirige las suyas contra la capacidad de obrar legal o abstracta, en palabra de DE CASTRO Y BRAVO<sup>56</sup>. En ambos, con fines contrarios, de una u otra forma, se impugna básicamente el criterio de la distinción tradicional, utilizando argumentos técnicos que intentan demostrar la inutilidad de las categorías resultantes del mismo, al menos, en sectores concretos de la normativa civil. Sin duda que tales posiciones han perturbado el planteamiento fácil del binomio clásico, demostrando su relatividad histórica como instrumento de la técnica jurídica. Se debe creer que la distinción clásica está llamada a superar su crisis y a sobrevivir largo tiempo en la doctrina, dado que su misma evolución la ha relativizado históricamente, poniéndola, cada vez más, al servicio de los principios derivados de la construcción realista de la persona, donde juegan un papel clave sus ámbitos físico, intelectual y afectivo. De todas maneras gran parte de las críticas que ha recibido han servido para perfeccionarla y ninguna hasta ahora ha proporcionado una alternativa técnica que sea capaz de reconstruir, enteramente desde otras bases, el régimen jurídico de la persona sujeto.

El régimen de la capacidad de obrar del menor está contenido fundamentalmente en el Código Civil, si bien de forma dispersa y con carácter fragmentario, y además es el sedimento de varios aportes legislativos, la más importante es la Ley 1/1996. Dicha Ley sorprendentemente no abordó la regulación de la capacidad de obrar del menor, salvo la previsión contenida en el párrafo 2º del art. 2. En efecto, aunque han proliferado las normas especiales, cuyo objeto son determinadas clases de actos jurídicos, para los cuales se reconoce capacidad de obrar al menor de cierta edad, siguiendo el criterio objetivo, o su suficiente madurez personal (acogiendo el criterio subjetivo), todavía la norma más general del mismo sigue siendo la

---

<sup>55</sup> ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil. Introducción y parte general*. Volumen 1. Barcelona (2006): Ed. J. M. Bosch Editor S.A., 12ª edición, p. 229.

<sup>56</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*. Madrid (1984): Ed. Civitas, pp. 40 a 44.

recogida en el artículo 1263.1º CC<sup>57</sup>.

Esta interpretación también explica que se hayan denominado capacidades especiales a las concretas posibilidades de actuar que las leyes reconocen a los menores, y aunque el artículo 1263 1º CC está en sede de contratos (actos patrimoniales), se ha considerado aplicable supletoriamente a todo tipo de actos jurídicos, pues en el Derecho privado español, al desconocerse legalmente la categoría de negocio jurídico, las insuficiencias normativas en el régimen legal de los actos jurídicos unilaterales se han colmado mediante la aplicación analógica de los criterios generales de los contratos, justificada *a fortiori* en el artículo 1090, en este punto me remito a los trabajos ya clásicos de CASTÁN TOBEÑAS y MANRESA Y NAVARRO<sup>58</sup>.

DE CASTRO Y BRAVO<sup>59</sup> era partidario de que al menor no se le podía considerar un incapaz absoluto en función de la edad, salvo las excepciones legales, más bien un protegido por el Derecho. Esto se justificaba expresando que el menor sólo es incapaz cuando carece de capacidad natural, lo que conlleva a la nulidad de sus actos, pero cuando goce de capacidad natural, el menor puede actuar, si bien sus actos son anulables por ser objeto de protección jurídica y estar sometido a patria potestad o tutela. Esta postura descansa, en último término, en la distinta técnica jurídica de tratamiento de los actos realizados por el menor, vale decir, si goza o no de capacidad natural suficiente. Y su único alcance práctico consiste en que, a falta de norma expresa, al menor con capacidad natural suficiente no le podrán impedir actuar, salvo sus representantes legales.

JORDANO FRAGA<sup>60</sup>, por su parte, ha manifestado que: “en este artículo (se

---

<sup>57</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO expresa que, en relación al art. 1263: “La norma comentada se refiere con valor fundamentalmente programático o de regla base, a la capacidad general de contratar, que no concurre en principio ni en los casos de minoría de edad sin emancipación ni en los de incapacitación legal. La posibilidad en el caso concreto habrá que considerarla según la regulación específica que puede aumentar este principio, aumentado o reduciendo las exigencias de capacidad (art. 1264). Aunque hay quien alude literalmente a que la norma se refiere a la incapacidad de consentir, en realidad tal como señala la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, se está aludiendo a la incapacidad para contratar, o de forma más amplia a la incapacidad de obrar... El hecho jurídico de la minoría de edad no hace que se considere inexistente, puesto que el artículo debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1301 y 1302, se tratará en principio de contratos no nulos sino que anulables...”, en la obra de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R y otros: *Comentarios al Código Civil*. Cizur Menor (2006): Ed. Thomson Aranzadi, pp. 1513 y 1514.

<sup>58</sup> Para la tesis tradicional, CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil español, común y foral*, I, 2º. Madrid (1984): Ed. Reus, 14ª edición, pp. 179 a 180; y MANRESA Y NAVARRO: *Comentarios al Código Civil español*, VIII. Madrid (1929): Ed. Reus, 4ª edición, pp. 584 a 585.

<sup>59</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F: *Derecho Civil de España*. Madrid (1984): Ed. Civitas, pp. 173 a 193.

<sup>60</sup> Vid. JORDANO FRAGA, F: “La capacidad general del menor”, *Revista de Derecho Privado*

refiere al art. 162.1) se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente la capacidad general del menor dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales”. Si esto fuera así, tal precepto aportaría fundamento legal bastante para reconocer al menor una capacidad de obrar general acorde con su capacidad natural, lo que implicaría superar definitivamente las insuficiencias señaladas del régimen legal del menor. Sobre la base de esta interpretación, el mismo autor, defiende que el menor, atendiendo a sus crecientes condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad u otros, por ejemplo patrimoniales, cuya trascendencia social sea acorde con la madurez alcanzada. Se logra con ello la flexibilización definitiva del régimen jurídico de la capacidad de obrar del menor, pues se le reconoce un ámbito de tal capacidad, delimitada cuan océano y enriquecida por la afluencia de dos ríos, el primero, compuesto por las aguas que detallan las condiciones de madurez del menor o, lo que es igual, su capacidad natural; y el segundo, conformado por la trascendencia socio-jurídica del acto de que se trate, salvo disposición legal expresa que establezca otra cosa. Sin embargo, tal interpretación del art. 162.1º ofrece dificultades que parecen difíciles de responder. Daría lugar, aparentemente, a la consagración total del criterio subjetivo para determinar la capacidad de obrar del menor, lo que no se compadece con el límite legal de los dieciocho años de edad, ni con la existencia de otras normas relativas a las potestades tuitivas a las que está sometido el menor, que acogen el criterio objetivo (art. 164.2.3º). Sostengo que lo anterior es aparente, debido a que en la materia estudiada no se puede hablar, de manera absoluta y concisa de posiciones objetivas o subjetivas, sino que a mi juicio, es la reflexión ecléctica la que impera.

Aparte de esta explicación fallida, se pueden barajar distintas explicaciones para dar cobertura jurídica a los contratos que el menor realiza en la vida corriente, desde la compra de golosinas, a la adquisición de zapatillas o pequeños artefactos electrónicos, que no parece puedan ser impugnados. Por ejemplo puede existir una autorización tácita del guardador; o producirse una renuncia tácita de la impugnación; o en realidad, el menor está cumpliendo una obligación de los padres, o los actos son impugnables según las circunstancias del menor por estar amparados por los usos sociales, con base en un fundamento consuetudinario. En general, todas las explicaciones presentan dificultades, en los casos de autorización o renuncia tácita, no es fácil determinar cuando se producen<sup>61</sup>.

---

(enero-diciembre 1984), Tomo LXVIII, p. 892.

<sup>61</sup> El poder de representación que indica el art. 162.1 CC nace directamente de la Ley, que tales representantes serán el padre y la madre salvo que alguno de ellos esté privado de su ejercicio, en tal caso sólo aquel que la ejerce es quien goza de tal representación.

Paulatinamente, se abre una vía para reconocer al menor más amplias posibilidades de actuación de las que se derivan expresamente de las normas legales. ¿Qué consecuencias se deducen de ello? En primer lugar, bastante inseguridad jurídica, porque la pluralidad de medios de integración del Derecho recogidos en los citados artículos del Código Civil y la proliferación de las normas especiales de capacidad del menor en aquellos medios en que pueda apoyarse, dejarán al juzgador una gran capacidad de decisión, y en gran medida la determinación concreta de la capacidad de obrar del menor se deja al arbitrio judicial. Además, dada la primacía en el Derecho español de las normas de protección del menor, es previsible que lo que haga el menor más allá de los casos previstos, se juzgará plenamente eficaz si le beneficia e ineficaz si le perjudica.

En conclusión, de conformidad con los principios constitucionales sobre la materia y aquellos otros principios que puedan inducirse del conjunto de normas especiales sobre la capacidad de obrar de los menores, no deja de ser insatisfactoria la caracterización general de todo el sistema por las dudas que se suscita, dada la falta de criterios claros y flexibles, lo que lo deja completamente abierto<sup>62</sup>.

#### V. EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN EL MENOR, ESPECIAL ÉNFASIS EN LA LIBERTAD DE CONCIENCIA Y EN SU EDUCACIÓN.

Sin duda el derecho más radical, en cuanto a su raíz y fuente de todos los demás, es el derecho de libertad de conciencia, cuya expresión primera es justamente el derecho de libertad de conciencia y, secuencialmente, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Es un derecho predicable no sólo de los menores de edad, pero que cobra especial importancia en relación con ellos, y no es fácil deslindar su contenido ni dibujar sus contornos o límites, lo ha entendido y desarrollado de tal manera ASENSIO SÁNCHEZ<sup>63</sup>. Aquí tiene su fundamento la especial protección jurídica que el ordenamiento

---

<sup>62</sup> Asimismo, cuando el conflicto se suscita entre la voluntad del menor al que se le reconoce suficiente capacidad de juicio y discernimiento y la de sus padres, la voluntad del menor debe prevalecer sobre cualquier otra medida cuando nos movamos dentro del ámbito de aplicación de artículo 162.2.1 CC, siempre que dicha voluntad se manifieste en beneficio de su interés. Del mismo modo en beneficio del menor debe ser interpretada la intervención del Ministerio Fiscal y, en su caso del Juez, en los supuestos en los que el consentimiento debe ser prestado por sus representantes, en aras no sólo a contemplar su falta de capacidad natural, sino también como mecanismo de control ante una posible manipulación de la voluntad de la persona del menor.

<sup>63</sup> Cfr. ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Ed. Tecnos; ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos.

español, incluido por cierto el autonómico<sup>64</sup>, dispensa a la juventud o a la infancia cuando las tipifica como límites del ejercicio de las libertades de información y expresión a pesar de su consideración como garantías institucionales (art. 20.4 C.E.) como límite de la posibilidad de secreto sumarial o de vista oral en los procesos penales.

En relación al derecho a la libre formación de conciencia y la patria potestad en la toma de decisiones por los padres (art. 154), o en su caso por el juez (art. 159), sobre los hijos no emancipados, el Código Civil se refiere al “beneficio de los hijos” como criterio inspirador, añadiéndose en el primer caso “de acuerdo con su personalidad”. No parece ninguna opinión antojadiza entender que esa expresión alude a lo que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (art. 3.1) y la Ley Orgánica de Protección de los Derechos del Menor de 1996 llaman “interés superior del niño”, que debe prevalecer sobre cualquier otro interés legítimo (art. 2). Tampoco parece necesario violentar esas expresiones para entender que ese interés del menor, de acuerdo con su personalidad, comprende la libertad emergente, germinal y en proceso de formación del niño y, por tanto, su derecho a la libre formación de su conciencia. Es decir, el interés del menor deber ser puesto en relación con el art. 10.1 de la Constitución, es decir, con el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Si se analiza el art. 16 CE, puede afirmarse que los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencia y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común).

Ahora bien, el principio del libre desarrollo de la personalidad debe ser objeto de una reflexión en el mismo sentido, este principio no es un derecho, no tiene un titular, pero si implica una condición *sine qua non*, un prisma esencial para la interpretación de los derechos fundamentales. El libre desarrollo de la personalidad implica la libertad de conciencia del menor sujeta a su interés fundamental, puede ser restringida por quien tiene la patria potestad o la tutela, siempre y cuando dicha restricción sea conteste al interés

---

<sup>64</sup> Art 5.1 Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011: “El menor de edad tiene derecho a su desarrollo y a una formación conforme a su personalidad”.

mencionado, no al suyo propio<sup>65</sup>.

Visto desde otro ángulo, en vez de restricciones debe de mencionarse libertad de creencia y proselitismo. Frente a tales prerrogativas de los padres, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o máxime cuando la de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior de los menores de edad” (arts 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)<sup>66</sup>.

En relación del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos y el derecho a la libre formación de conciencia este derecho aparece reconocido en el art. 27.3 de la Constitución<sup>67</sup>. De acuerdo con el art. 10.2 de la misma y su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el art. 26.3 DUDH, si bien ambos derechos son bastantes similares no deben confundirse<sup>68</sup>.

¿Cómo se puede armonizar el derecho que se reconoce a los padres con el derecho de los hijos a la libre formación de la conciencia? Debe acentuarse la afirmación de que los padres no son propietarios o dueños de la conciencia de sus hijos, y siguiendo con esto, es no menos evidente que no pueden representarles en el ejercicio de ese derecho, de acuerdo con el CC, otra cosa es que sean los primeros garantes del libre desarrollo de su personalidad. La contradicción sólo puede salvarse teniendo en cuenta lo que a este propósito dicen la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley

---

<sup>65</sup> STC, Pleno, 215/1994, 14 julio 1994 (RTC 1994, 215); STC, Sala 1ª, 260/1994, 3 octubre 1994 (RTC 1994, 260); STC, Pleno, núm. 60/1995 17 marzo 1995 (RTC 1995, 60)

<sup>66</sup> Vid. STC, Sala segunda, núm. 141/2000 de 29 mayo 2000 (RTC 2000, 141); STC, Pleno, núm. 154/2002 de 18 julio 2002 (RTC 2002, 154); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 1ª, de 11 febrero 2009 (RJ 2009, 1877); STS, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 4ª, 22 febrero 2011 (RJ 2011, 1260). Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*, Tomo II, Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad. Cizur Menor (2007): Ed. Thomson Civitas, 3ª edición, pp. 55 y 56.

<sup>67</sup> Vid. CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la Religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y Libertades*, Universidad Complutense de Madrid (2002), núm. 2, páginas 157 a 219. CUBILLAS RECIO, M.: “La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos”, en *Laicidad y Libertades*, Universidad Complutense de Madrid (2002), pp. 157 a 219.

<sup>68</sup> Cfr. STC, Pleno, núm. 5/1981 de 13 febrero 1981 (RTC 1981, 5); Cfr. STC, Pleno, núm. 10/1983, 21 febrero 1983 (RTC 1983, 10).

Orgánica de Protección de los Derechos del Menor. En la primera, los Estados firmantes se comprometen a respetar los derechos y deberes de los padres de impartir al menor una educación “en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos” (art. 5), y más adelante, utiliza para referirse a esos mismos derechos y deberes los términos “guiar al niño en el ejercicio de su derecho” (art. 14.2). En la segunda se tipifica como de cooperación y no de sustitución el deber de los padres de facilitar que el menor ejerza el derecho de libertad ideológica, de conciencia y religión (art. 6.3)<sup>69</sup>.

Frente a la formación en valores y libre formación de la conciencia, la educación siempre debe estar encaminada al libre desarrollo de la personalidad, pero también a inculcar en el menor el respeto de los derechos fundamentales de los demás, el respeto a sus padres y a su propia identidad cultural, así como deben prepararle para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz y tolerancia, igualdad de sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, y personas de origen indígena, tal cual lo manifiesta el art. 29.1, a ello debe añadirse lo estipulado por la CE en su art 27.2 “el respeto a los principios democráticos de convivencia”. Estos valores obligatoriamente deben formar parte de la educación, todos ellos son las semillas básicas donde se desarrolla su personalidad, más las creencias religiosas que sus propios progenitores quieran inculcar en ellos, siempre y cuando no contradigan el interés superior del menor.

La Constitución española considera posible la transmisión de valores religiosos, exceptuados, en todo caso, los contradictorios con los mandatos imperativos que mandan o prohíben algo de la ética mínima común constitucionalizada. ¿Es compatible con el derecho a la libre formación de la conciencia la transmisión confesional de valores religiosos en edades en que el niño carece de capacidad de discernimiento suficiente para valorar las diferentes alternativas?, ¿no entraña esa transmisión confesional un riesgo o, incluso, un peligro seguro de condicionamiento de esa libertad?, ¿no implica necesariamente una desprotección y un desprecio de esa libertad? Sobre estas interrogantes cabe plantearse de que si bien los padres no tienen un derecho sobre sus hijos si tiene el derecho y el deber de educarles en el ámbito religioso y moral de la manera que esté de acuerdo y en armonía con sus propias convicciones.

Por lo que respecta al art. 27.2 de la Constitución, hay que resaltar que el

---

<sup>69</sup> Cfr. SERRANO POSTIGO, C.: “Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español”, en *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico en Homenaje al profesor Maldonado*, Universidad Complutense de Madrid (1983), p. 818.

Legislador constituyente ha querido ser beligerante en materia educativa. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR<sup>70</sup>, ha sostenido por la naturaleza del proceso educativo, por las personas a las que básicamente está destinado y por su condición de instrumento decisivo en la formación de la personalidad, no sólo se ha querido la educación en libertad, sino también la educación para la libertad<sup>71</sup>. Consciente de que todo proceso educativo implica transmisión de valores y de pautas de comportamiento<sup>72</sup>, ha establecido que la finalidad de la educación será el pleno desarrollo de la personalidad<sup>73</sup>. De todas maneras el apartado 2 del precepto constitucional enlaza directamente con el art. 26 de la Declaración Universal: “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

Quizás sea momento de afirmar que el derecho a la educación aparece íntimamente unido a la institución de la patria potestad, al ser las funciones educativas inherentes a la misma, ex art. 154.1 CC.

Volviendo a las interrogantes antes mencionadas, al plantearse la cuestión, de naturaleza bastante controvertida, de si los progenitores pueden imponer a los hijos su modelo educacional o, si, por el contrario la imposición de un determinado modelo educacional a los hijos lesionaría el derecho de éstos a la libre formación de su conciencia, de su personalidad. La respuesta es que, en este sentido y teniendo en consideración los aspectos más importantes que, en relación con la patria potestad como función hay que abordar, es preciso resaltar que el contenido del derecho de los progenitores viene mediatizado, necesariamente y de forma contundente, por su naturaleza de derecho-deber, en cuanto derecho se ejerce siempre frente al Estado, nunca frente a los hijos, y fundamentalmente consiste en poder exigir a la Administración, por un lado, la puesta en funcionamiento de medios necesarios para la satisfacción del derecho a la educación, y por otra parte, que los hijos no reciban una educación contraria a las convicciones de los

---

<sup>70</sup> Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los informadores*. Madrid (1990): Ed. Tecnos.

<sup>71</sup> Cfr. GARCÍA CARRASCO, J.: “Bases sociales y antropológicas de la educación intercultural”, en *Educación intercultural en la perspectiva de la Europa unida. X Congreso Nacional de Pedagogía*, Salamanca (1992).

<sup>72</sup> CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, en *Revista Iberoamericana de Educación* (1995), núm. 7, pp. 41 a 63.

<sup>73</sup> Cfr. GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid (2002): Ed. Civitas; GONZÁLEZ MORENO, B.: *Estado de cultura, Derechos culturales, y Libertad religiosa*. Madrid (2003): Ed. Civitas.

padres. El derecho, asimismo, se extendería a la elección por parte de los progenitores de la enseñanza moral y religiosa que estimaren de acuerdo, pero asimismo tal derecho tendrá un importante límite. Efectivamente, los límites propiamente intrínsecos vendrían determinados por el hecho de que la educación elegida por los padres sea en interés del menor permitiendo su desarrollo como persona, vale decir, que faciliten el libre desarrollo de su personalidad, dentro del ámbito propio de los principios y valores constitucionales, respetando su dignidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y Derechos fundamentales*. Madrid (2003): Ed. Tecnos.

ALONSO PÉREZ, M.: “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras”, *Revista Actualidad Civil* (1997), núm. 1.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A.: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*. Madrid (2006): Ed. Tecnos.

CARBONELL BENITO, G.: “El interés del menor: criterios para su concreción y defensa a través de las figuras del Defensor del Menor y del Ministerio Fiscal”, en AA.VV.: *La protección del menor* (dirigido por A. VALLÉS). Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch.

CORTINA, A.: “La educación del hombre y del ciudadano”, en *Revista Iberoamericana de Educación* (1995), núm. 7.

DE LAMA AYMÁ, A.: *La Protección de los Derechos de la Personalidad del Menor de edad*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch.

DE TORRES PEREA, J. M.: *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva Multidisciplinar*. Madrid (2009): Ediciones Iustel.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., en LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil. Parte General, I, vol. 2º, Personas*. Madrid (2004): Ed. Dykinson.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Madrid (2002): Ed. Tecnos.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: *El secreto profesional de los*

*informadores*. Madrid (1990): Ed. Tecnos.

GONZÁLEZ PILLADO, E. y GRANDE SERRA, P.: *Aspectos procesales civiles de la protección del menor*. Valencia (2006): Ed. Tirant lo Blanch, Monografías núm. 321.

GUILLÓ JIMÉNEZ, J.: “La participación del menor en la sociedad”, en AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: Nuevas perspectivas jurídicas* (coord. por M<sup>a</sup>. P. POUS DE LA FLOR). Madrid (2009), Exlibris Ediciones, SL.

HABERMAS, J.: *Conocimiento e interés*. Madrid (1989): Ed. Taurus; *Facticidad y validez*. Madrid (1998): Ed. Trotta.

HERNÁNDEZ GALILEA, J. M. y otros: *El Sistema español de Justicia Juvenil*. Madrid (2002): Ed. Dykinson.

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho Civil*, Parte General, Volumen Segundo. Madrid (2000): Ed. Dykinson, 2<sup>a</sup> edición.

LAUROBA LACASA, E.: “Los planes de parentalidad en el Libro segundo del Código civil de Cataluña”, *Revista Jurídica de Cataluña* (2012), núm. 4.

LINACERO DE LA FUENTE, M<sup>a</sup>.: *Protección jurídica del menor*. Madrid (2001): Ed. Montecorvo.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la Libertad de conciencia*, Tomo II, Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad. Cizur Menor (2007): Ed. Thomson Civitas, 3<sup>a</sup> edición.

MARTÍ, J. M.: “La situación jurídica del menor y su formación”, en AA.VV.: *Evolución del Derecho de familia* (coord. por S. CATALÁ RUBIO). Cuenca (2006): Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Colección Estudios.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil, tomo I, Parte General y Derecho de la Persona*. Madrid (2003): Ed. Colex.

PRESNO LINERA, M. A.: *El Derecho Europeo de Familia*. Cizur Menor (2008): Ed. Thomson Aranzadi.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El interés de menor*. Madrid (2007): Ed. Dykinson.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: “Capacidad natural e interés del menor maduro como fundamentos del libre ejercicio de los derechos de la personalidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Semblanzas, Derecho Civil, Parte General. Madrid (2003): Ed. Thomson

Civitas.

TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup>. D.: *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad (Estudio de la capacidad en el matrimonio civil. Problemática jurídica de la persona transexualizada)*. Barcelona (2000): Ed. Cedecs.

TORRES PEREA, J. M.: “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, *Revista Anuario de Derecho Civil* (abril 2006), núm. LIX-2.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. en AA.VV. (editado por A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ; V. MONTÉS PENADÉS; E. ROCA I TRÍAS): *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona*. Valencia (2003): Ed. Tirant lo Blanch.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L.: *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*. Valencia (2009): Ed. Tirant lo Blanch, Monografías núm. 619.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Las reivindicaciones de los movimientos internacionales de infancia y adolescencia en el vigésimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en AA.VV.: *La protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales* (dirigido por: F. ADELCOA LUZÁRRAGA, y J. FORNER DELAYGUA), Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Colegio de Notarios de Catalunya. Barcelona (2010): Ed. Marcial Pons.