

AUTONOMÍA PRIVADA DE LOS MENORES EN EL  
DERECHO DE FAMILIA

*PRIVATE AUTONOMY OF MINORS IN FAMILY LAW*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20 bis, junio 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 228-257*

Esther  
CAMARASA  
GIMENO

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de marzo de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 18 de abril de 2024

**RESUMEN:** La realidad social actual en la que los menores tienen gran presencia realizando cada vez mayor número de actos con consecuencias jurídicas, ha llevado a una serie de reconocimientos de sus derechos y modificaciones legislativas tanto en instrumentos internacionales como nacionales. En este artículo se analiza el impacto que han tenido esas novedades legislativas en la autonomía privada de los menores, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia. Asimismo, se pone de relieve la interrelación que existe entre los conceptos de capacidad de obrar, capacidad natural, madurez e interés superior del menor.

**PALABRAS CLAVE:** Capacidad de obrar; capacidad natural; menor maduro; autonomía del menor; interés superior del menor.

**ABSTRACT:** *The current social reality in which minors have a large presence, carrying out an increasing number of acts with legal consequences, has led to a series of recognitions of minors' rights and legislative modifications in both international and national and regional instruments. This article analyzes the impact that these legislative developments have had on the private autonomy of minors, especially in the field of Family Law. Likewise, the interrelation that exists between the concepts of capacity to act, natural capacity, maturity and best interest of the minor is highlighted.*

**KEY WORDS:** Capacity to act; natural ability; mature minor; autonomy of the minor; best interest of the minor.

**SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. AUTONOMÍA DEL MENOR Y SUS LÍMITES. CONFLICTO ENTRE AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN. I. Capacidad de obrar y capacidad natural. 2. Interés superior del menor. A) Concepto y naturaleza. B) Determinación de su contenido. C) Situaciones controvertidas. 3. Derechos de la personalidad y derechos patrimoniales. A) Esfera personal. a) Ámbito de los derechos de la personalidad. b) Ámbito del Derecho de familia B) Esfera patrimonial. III. AUTONOMÍA DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES. IV. CONCLUSIONES.**

---

## I. INTRODUCCIÓN.

La autonomía privada de los menores es un antiguo debate<sup>1</sup> que suscita interés en la actualidad debido a las cada vez más numerosas situaciones en las que intervienen los menores con consecuencias jurídicas, fruto del avance de los tiempos. De igual modo, no podemos sustraernos al hecho de que cada vez el período de la infancia se acorta y la adolescencia se adelanta, hablándose incluso de una preadolescencia en la que los menores demandan más libertad y autonomía.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a esta situación y en los últimos años han aumentado los campos en los que se permite que los menores de edad lleven a cabo actos jurídicamente válidos con la finalidad de ajustar la realidad jurídica a esta realidad social. En este sentido, en julio de 2015 se promulgaron la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LO 8/2015) y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (Ley 26/2015).

Con estas modificaciones se pretendía legislar para mejorar cuestiones tan importantes como el concepto del interés superior del menor, los derechos del menor a ser escuchado, el ingreso de menores en centro de protección específicos para menores con problemas de conducta, la trata de seres humanos y los menores víctimas de violencia de género, entre otros aspectos.

En este punto, se procede a analizar si estas últimas novedades legislativas han dado respuesta satisfactoria a la demanda social, especialmente en el ámbito del

---

<sup>1</sup> Baste recordar las posiciones encontradas entre LASARTE y DE CASTRO sobre el menor. Para el primero, el menor de edad era considerado total y absolutamente incapaz para realizar por sí mismo actos con eficacia jurídica. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Parte General y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 188. Por el contrario, para el segundo, “no existe norma alguna en el Código que establezca la incapacidad del menor”; por lo que, niega la “incapacidad general” del menor, argumentando que no corresponde con la realidad práctica, puesto que los menores se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico. DE CASTRO, F.: *Compendio de Derecho civil*, II. Derecho de la persona, VI. 1.º La persona y su estado civil, Ed.3º, Madrid, 1996, p. 193. Esta última posición es la que predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia.

Derecho de Familia, en el que cobra gran importancia la voluntad del menor. En los procedimientos de crisis matrimoniales se escucha a los menores con doce años y cuando tienen menos de doce años, se atenderá a su grado de madurez para ser oídos. Es aquí donde se plantean varias cuestiones: por un lado, si la opinión del menor vincula al juzgador y por otro, quien debe determinar el grado de madurez del menor y si existe algún procedimiento a tal fin.

La casuística sobre la autonomía privada del menor en Derecho de Familia es muy variada, sin embargo, esta autonomía privada que el ordenamiento reconoce a los menores parece quebrarse en la práctica bajo el argumento de la seguridad jurídica, creándose con ello límites, y con la introducción del concepto "interés superior del menor".

En este contexto, se plantean las cuestiones sobre si lo más conveniente es fomentar la autonomía del menor para que desarrolle su personalidad y si ésta se ha de llevar hasta las últimas consecuencias, es decir, si el menor puede defender su propio interés, o si, por otro lado, se le debe proteger debido a su vulnerable situación limitando su capacidad de obrar, es decir, que la protección la lleven a cabo terceras personas.

Asimismo, se observa cómo los conceptos sobre los que pivota la autonomía privada del menor, tales como la capacidad natural, madurez, responsabilidad e interés superior del menor se interrelacionan y, en ocasiones, se confunden, siendo interpretados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque no siempre de manera pacífica.

## **II. AUTONOMÍA DEL MENOR Y SUS LÍMITES. CONFLICTO ENTRE AUTONOMÍA Y PROTECCIÓN.**

Distintos instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño (1989), la Carta europea de los Derechos del Niño (1992) y el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, llevaron a cabo un reconocimiento de la situación jurídica de los menores y que en nuestro ordenamiento jurídico quedó plasmada en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM). Como consecuencia de estas normas, se admite con carácter general, tanto por la legislación como por la jurisprudencia, que el menor es sujeto de derecho y tiene capacidad de obrar, si bien limitada, paradójicamente, por la protección de sus intereses suscitando, de este modo, un conflicto entre autonomía y protección.

La importancia de estas normas radica en el hecho de que contienen los principios que delimitan la capacidad de los menores. Destaca el reconocimiento que hacen de su capacidad para ser titulares de derechos y para ejercerlos. Asimismo, en caso de que concurran varios intereses legítimos, imponen la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro. Además, ordenan la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores.

Sin embargo, el legislador, no ofrece una respuesta unitaria a la capacidad del menor, sino que aplica los principios generales a medida que se le van presentando las situaciones a que tiene que dar respuesta. Por ello, se puede afirmar que se trata de un tema controvertido que ha dado lugar a diversas opiniones e interpretaciones doctrinales y, en este sentido, para algún autor<sup>2</sup> este conflicto entre el reconocimiento de la autonomía de los menores y su protección debe resolverse según cada caso particular, incidiendo en el consentimiento informado del menor sobre la base de una debida información y formación.

## I. Capacidad de obrar y capacidad natural

El Código Civil distingue tres situaciones jurídicas que determinan la capacidad de obrar en atención a la edad: la minoría de edad, la emancipación y la mayoría de edad, que se establece en nuestro ordenamiento en los dieciocho años (arts. 12 CE y 315 CC) y supone la plena capacidad de obrar, salvo las excepciones establecidas en la ley (art. 322 CC).

Por lo que respecta a la minoría de edad, el Código Civil no establece de manera general la capacidad de los menores de edad, es más, no existe una norma que establezca nítidamente quiénes se pueden considerar menores, aunque habiéndose establecido la mayoría de edad a los dieciocho años, la deducción lógica es que la minoría de edad se extiende desde el nacimiento hasta alcanzar esa mayoría de edad. Asimismo, en ese período de minoría de edad, el Código Civil distingue las situaciones del menor de edad no emancipado y emancipado, en este caso se habilita al menor “para regir su persona y bienes como si fuera mayor”, unas limitaciones a esa capacidad únicamente de carácter patrimonial en

2 Véase DE LA TORRE OLID, F.: “El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural” *Revista Derecho y Criminología*. 2011, pp. 101-113: “La tensión entre el paternalismo y la autonomía no exige una respuesta única, sino que esta debe venir dada en atención al caso concreto. Conviene favorecer la autonomía del menor, aunque eso sí desde la garantía de la información y la formación de éste y en un grado suficiente para emitir un consentimiento informado, es decir para que asuma las consecuencias jurídicas de sus actos. La posibilidad de optar en Derecho por la autonomía es siempre una solución aparentemente ventajosa en cuanto representa la madurez de la sociedad civil y, para los menores, una expresión de su libertad, pero puede no ser conveniente si deja en desamparo al menor en un mercado o lo aísla y le da la decisión soberana respecto a una cuestión que tendría que tratar y consensuar con otras personas. Dicho esto, esa autonomía, no puede otorgarse ni a cualquier precio (con gasto desmedido a costa del erario público) ni a costa de otros (cuando se prescinde de un consentimiento relevante como puede ser el de un padre o una pareja)”.

lo arts. 323 y 324 CC, y que son de interpretación restrictiva, por lo que, con respecto a su persona, puede afirmarse que el menor emancipado puede actuar con plena libertad. Asimismo, el TC en su sentencia de 7 de noviembre de 2005<sup>3</sup> reconoce un status jurídico distinto para los menores de edad, otorgándole mayor protección.

La capacidad del menor ha sido objeto de una evolución, desde su inicial negación hasta reconocer en nuestro derecho vigente que el menor 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. El menor es una persona potencialmente capaz, pero a la que el ordenamiento limita su capacidad para algunos actos en los que estima conveniente protegerle frente a su inexperiencia, así, se les va reconociendo una capacidad gradual y progresiva<sup>4</sup>.

En cuanto a la consideración de esos límites, en el art. 2.1 LOPJM, según la redacción de la LO 8/2015, se establece: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor”. El precepto mantiene el criterio de la interpretación restrictiva de los límites e introduce un nuevo criterio, el del interés superior del menor; en atención a la redacción del artículo (“en todo caso, siempre”)<sup>5</sup>, parece que la norma prioriza al nuevo criterio interpretativo, sin prescindir del criterio tradicional de que las normas limitativas de la capacidad de obrar se interpretarán restrictivamente.

La determinación de estos límites no está exenta de dificultad pues, como afirma JORDANO FRAGA<sup>6</sup>, se trata de compatibilizar dos exigencias que de algún modo están contrapuestas pero que responden a la misma necesidad de protección del menor; por de un lado, “el potenciamiento de su autónoma personalidad”, esto es, proteger la personalidad del menor desde él mismo; y, por otro, la “indiscutible necesidad de la existencia de poderes de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor”, lo cual implica la

3 STC 274/2005, de 7 de noviembre (RTC 2005, 274): “ (...) en este sentido, es de subrayar que la diferenciación mayoría-minoría de edad es, sin duda, en línea general, constitucionalmente legítima -aparece expresamente recogida en el art. 12 CE-, dando lugar a status jurídicos distintos, que, entre otras consecuencias, determinan una mayor protección de los menores, como la propia Constitución también reconoce -art. 39.3 y 4 CE. Estas previsiones constitucionales tienen, pues, virtualidad bastante para generar un trato favorable”.

4 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016, pp. 68 y ss.

5 STS 31 julio 2009 (Roj: STS 5817/2009): “ (...) se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto («se buscará siempre»)”.

6 JORDANO FRAGA, F.: “La capacidad general del menor”, en *RDPriv*, 1984, pp. 883-904.

protección de la personalidad del menor desde fuera. Algún autor también se ha referido a que las restricciones deben analizarse según el caso concreto<sup>7</sup>.

El Auto del TS de 10 de marzo de 2016<sup>8</sup> señala que las restricciones a la capacidad de obrar del menor pueden darse solo por dos justificaciones fundamentales, a saber: la falta de madurez de la persona para el ejercicio del derecho fundamental y la necesidad de protección de la persona menor de edad que la propia Constitución reconoce (art. 39.3 y 4), justificaciones ambas que no son uniformes y admiten modulaciones durante toda la minoría de edad, debiendo respetarse siempre el principio de proporcionalidad.

Un límite objetivo se encuentra en el criterio de la edad, puesto que el legislador ha establecido una escala de edades con carácter general donde se presume que cuando una persona llega a esa edad, normalmente se encuentra capacitado para realizar una serie de actos jurídicos. En este sentido, la LOPJM, para dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección alude a la adquisición gradual de la capacidad de obrar de los menores. Esto implica que, conforme van cumpliendo años, a los menores se les reconoce la posibilidad de realizar por sí ciertos actos o negocios de manera eficaz, tomando como referencia nuestro ordenamiento la edad de doce, catorce y dieciséis años<sup>9</sup>.

A diferencia del Código Civil, algunas normas autonómicas sí determinan una edad para reconocer la capacidad de obrar de los menores, los llamados púberes o grandes menores. En este punto se hace necesario mencionar, por su novedad, que en el derecho aragonés se establece una presunción “iuris tantum” de capacidad natural a partir de los catorce años, de tal manera que el papel de representación legal que ejercen los padres pasaría a convertirse en

7 Véase GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?”, *RGDPR*, enero 2023, núm. 59, p. 7.

8 ATS 10 marzo 2016 (Roj: ATS I790/2016): “Estas justificaciones no operan de modo uniforme durante toda la minoría de edad, puesto que tanto la madurez como la necesidad de protección no son homogéneas durante todo ese periodo, por lo que admiten modulaciones a lo largo del mismo, siendo más intensas las justificaciones a la restricción en el ejercicio de los derechos fundamentales cuanto menor es la edad de la persona. Además, la restricción o limitación que se imponga al ejercicio de un derecho fundamental por parte de un menor ha de respetar el principio de proporcionalidad, considerado tradicionalmente por la jurisprudencia constitucional como el “límite de los límites” de los derechos fundamentales y recogido hoy en el art. 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”.

9 Sirvan como ejemplo, sin ánimo de exhaustividad: El menor no emancipado, a partir de los doce años, puede reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por sí mismo, con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 C.C.); el menor mayor de catorce años puede otorgar testamento, siempre que no sea ológrafo (arts. 663 y 688 C.C.); el menor mayor de catorce años puede ser testigo en juicio bajo juramento (art. 365.2 LEC); los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo (art. 7.b Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores); la reciente Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI en su artículo 43 establece que los mayores de dieciséis años podrán cambiar su sexo ante el registro sin requisitos; art. 13 bis de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. “I. Las mujeres podrán interrumpir voluntariamente su embarazo a partir de los 16 años, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales”.

un complemento de capacidad para la plena validez de los actos que realizara el menor a partir de dicha edad. Al menor a partir de los catorce años se le tiene por capaz mientras una norma no establezca lo contrario. Se sitúa la adolescencia en los catorce años y establece esa edad para la realización de determinados actos con validez, se habla de capacidad de obrar ampliada.<sup>10</sup>

Por su parte, en Navarra, la Ley 50 de la Compilación de Derecho Civil foral o Fuero Nuevo de Navarra establece que los menores púberes (a partir de los catorce años) tendrán capacidad para los actos determinados en la Compilación y pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no contraigan obligaciones, aunque aquéllas contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

Así las cosas, nuestro Código Civil determina la capacidad de obrar de la persona en función de la edad, y no atendiendo a la aptitud concreta del individuo, aptitud de entender y querer, ello como consecuencia de la imposibilidad de analizar caso por caso la capacidad o el desarrollo de madurez que posee cada individuo, ya que para ello habría que realizar juicios subjetivos para determinar el grado de madurez<sup>11</sup> que constituye la capacidad natural.

En este orden de cosas, la capacidad natural puede definirse como la capacidad de comprensión y razonamiento necesario para comprender el alcance y repercusión del acto de que se trate y tomar una decisión razonable al respecto. Por tanto, se puede afirmar que un individuo tiene capacidad natural cuando tiene madurez suficiente como para comprender, no solo lo que hace, sino también las posibles consecuencias que tendrá su decisión.

No obstante, a pesar de establecer estas edades objetivas, el legislador no niega la posibilidad de determinar de manera subjetiva la madurez o capacidad natural del menor, en la línea del art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre 1989) que, a la hora de valorar la capacidad de decisión de un menor de edad, tiene más en cuenta, el criterio subjetivo de la madurez o capacidad natural, que el criterio objetivo de la edad. De este modo, en las últimas reformas legislativas sobre la materia se ha puesto de manifiesto una línea de política legislativa favorable al criterio subjetivo a la hora de determinar la madurez, como la redacción del art. 162 CC de la Ley 26/2015<sup>12</sup>.

10 Art 5.3 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas: “La representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”.

11 LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*, Dykinson, 2004, p. 42.

12 Además, nuestro legislador emplea el término “madurez” en otros preceptos como el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. También es un criterio que contempla la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y



Puede afirmarse que el criterio objetivo facilita la aplicación del Derecho y la seguridad jurídica y el criterio subjetivo prima la adaptación de la regla legal a las condiciones naturales de madurez del menor concreto<sup>13</sup>.

## 2. El interés superior del menor.

### A) Concepto y naturaleza.

El segundo de los criterios interpretativos de los límites a la capacidad de obrar de los menores que contempla el art. 2.1 LOPJM, según la redacción de la LO 8/2015, viene referido a que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

Para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica dicho artículo incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general (OG) n° 14 de 29 de mayo de 2014, del Comité de Naciones Unidas del Derecho, sobre "el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

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

La naturaleza del interés superior del niño se describe en el párrafo 5 de la citada OG: "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

---

documentación clínica. Sin embargo, en estas normas no se desvela quién ha de ser el que determine la existencia o grado de madurez del menor para prestar su consentimiento, cómo se determina o si ha de aplicarse algún criterio como el cronológico.

13 RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: "La capacidad de obrar y la responsabilidad de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, octubre 2016.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

Portanto, no se trata únicamente de un principio fundamental de interpretación, sino que también constituye una norma de procedimiento y un derecho sustantivo que se puede aplicar directamente e invocar ante los Tribunales, incluso por el propio menor.

De acuerdo con la OG nº. 14, el concepto de interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, que su contenido debe determinarse caso por caso, es flexible y adaptable. Asimismo, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto.

#### *B) Determinación de su contenido.*

El carácter de concepto jurídico indeterminado es indudable y no controvertido, sin embargo, el problema se presenta en el momento de determinar su contenido. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir. Por ello, una vez planteado un determinado conflicto que afecte al menor, en primer lugar, procederá concretar cuál será el bien del niño en ese caso.

Como señala el Tribunal Constitucional en las sentencias de 14 de diciembre de 2020 y 19 de abril de 2021<sup>14</sup>, entre otras, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, “ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio”.

Por su parte, la jurisprudencia también ha establecido una serie de criterios que buscan orientar la determinación del interés del menor y así, por todas, la STS 31 julio 2009<sup>15</sup> manifiesta que “según la doctrina científica podrían ser máximas de experiencia o criterios para la determinación en concreto del interés del menor las siguientes: a) Proveer, por el medio más idóneo, a las necesidades materiales básicas o vitales del menor (alojamiento, salud, alimentación...), y a las de tipo espiritual adecuadas a su edad y situación: las afectivas, educacionales, evitación de tensiones emocionales y problemas, b) Se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento. c) Mantenimiento, si es posible, del statu quo material y espiritual del menor e incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro: cambio de residencia y entorno personal, de colegio y compañeros, de amigos y parientes, de (sistema de) educación, o en la salud física o psíquica; y, frente a eso, se debe ponderar las ventajas, si las hay, de la continuidad de la situación anterior, sin modificar aquel entorno y statu quo. d) Consideración particular merecerán la edad, salud, sexo, personalidad, afectividad, creencias religiosas y formación espiritual y cultural (del menor y de su entorno, actual y potencial), ambiente y el condicionamiento de todo eso en el bienestar del menor e impacto en la decisión que deba adoptarse. e) Habrán de valorarse los riesgos que la situación actual y la subsiguiente a la decisión «en interés del menor» (si va a cambiar aquella) puedan acarrear a este; riesgos para su salud física o psíquica (en sentido amplio). f) Igualmente, las perspectivas personales, intelectuales y profesionales de futuro del menor (en particular, para el adolescente), a cuya expansión y mejora debe orientarse su bienestar e interés, actual y futuro”<sup>16</sup>.

14 STC 178/2020, de 14 de diciembre (RTC 2020, 178) y STC 81/2021, de 19 de abril (RTC 2021, 81).

15 STS 31 julio 2009, (Roj: STS 5817/2009).

16 Véase CARDONA LLORENS, J.: “El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención” [en línea], disponible en [https://www.artekko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0\\_3553\\_3.pdf](https://www.artekko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3553_3.pdf) [Consulta: 4 enero 2024] para quien la evaluación del interés superior del niño es “una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”.

### C) Situaciones controvertidas

En la práctica procesal se observa otra problemática, pues resulta paradójico cómo en ocasiones los fallos judiciales se decantan por la solución que, a criterio fundamentado el juzgador, más beneficie al menor de edad y, en ese sentido, se adopta una medida que va expresamente en contra de su voluntad. En puridad, esta decisión no podría considerarse efectuada en su interés.

También puede ser cuestionable el hecho de que una sentencia dictada en un procedimiento en primera instancia y con fundamento en ese interés superior del menor adopte decisiones contrarias a su voluntad después de haber sido escuchado y, cuando esa resolución se recurre, en segunda instancia se revoque esa sentencia precisamente por el “favor filii”. Por tanto, puede afirmarse que estos criterios para determinar el interés superior del menor no dejan de tener un componente subjetivo y siguen siendo demasiado generales.

Un ejemplo de lo anterior sería el Auto 14 de mayo 2019 de la Audiencia Provincial de Almería<sup>17</sup> que se pronunció ante el supuesto en el que un menor, mayor de dieciséis años, solicitó la emancipación judicialmente y, tras haber sido escuchado, en primera instancia le fue denegada, se recurrió la resolución y en segunda instancia le fue otorgada en atención a su madurez y al interés superior del menor.

La jurisprudencia menor ha ido dando contenido a este concepto y resolviendo en atención al interés superior del menor, también identificado como “favor filii” o “favor minoris” y en este sentido la SAP Madrid 10 julio 2008<sup>18</sup> en un asunto sobre la separación de un menor de su familia biológica, manifestó: “El principio del «favor minoris», consagrado solemnemente en el art. 39 CE y sancionado en Convenios Internacionales suscritos por España, constituye la piedra angular sobre la que se asienta no solo las medidas que legalmente pueden adoptarse en relación con los menores que se encuentren en situaciones de desamparo sino que además conforma el principio fundamental que ha de presidir las resoluciones que procedan de los Tribunales de Justicia, de ahí que se tenga que examinar

17 AAP Almería 14 mayo 2019 (Roj: AAP AL 1251/2019): ante el caso de un menor de diecisiete años que quería conseguir la emancipación, sus padres estaban divorciados, él residía con su progenitora materna y su progenitor paterno no respetaba sus decisiones, ni en el ámbito personal, ni en el ámbito académico. En su Fundamento de Derecho Tercero estableció: “Bajo estas pruebas diferidas a la alzada mediante el soporte videográfico y conforme a la normativa vigente contenida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, contando con 17 años, viviendo los progenitores separados, constando una petición del menor con esa edad y con una madurez suficiente para formular la petición, consciente de sus consecuencias, formulada y ratificada en sede judicial y acreditado que, además de la concurrencia de los requisitos objetivos de la emancipación, concurren causas que entorpecen el libre desarrollo de su personalidad y libertad por parte de uno de los progenitores ejercientes de la patria potestad, asiste razón el menor recurrente asistido de su madre en que, no solo concurren todos los requisitos legales para la misma, sino que la emancipación resulta necesaria, conveniente y beneficiosa al superior interés del menor y a su voluntad consciente, parámetro primordial de la presente”.

18 SAP Madrid 10 julio 2008 (Roj: SAP M 11795/2008).

minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, para llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para los menores, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas con los principios informadores de las últimas reformas legales, tanto en el Código Civil como en la legislación autonómica, entre los que destaca el principio de prioridad de la propia familia, lo que comporta que el interés del niño pase, en primer término, por el derecho a ser educado por sus padres naturales, lo que exige a las autoridades judiciales la previa comprobación de si se ha producido o intentado la integración de aquél en su propia familia, siempre que redunde en su interés (...)”.

Otro supuesto en el que los tribunales acuden al interés superior del menor para resolver el litigio es el de separación de hermanos en el que la regla general siempre es la no separación y cuya excepción estará en el beneficio del interés de los menores. Así las cosas, resulta interesante cómo los tribunales argumentan en contra de esta separación de acuerdo con el art. 92.10 CC y, por el contrario, argumentan a favor de la separación de los hermanos como excepción a la norma y atendiendo al interés superior. La doctrina del TS queda sentada en la sentencia de 25 enero de 2015<sup>19</sup> que adoptó la decisión de separar a cuatro hermanos que vivían en diferentes ciudades y los mayores tenían ya su vida hecha, además de la mala relación de uno de ellos con su madre, por lo que se estimó que el mejor interés de los menores era vivir separados. En el mismo sentido se pronunció el Auto del TS 28 octubre 2020<sup>20</sup>, que justifica la separación de menores, se preguntó tanto a los hijos como a los progenitores, que mostraron su acuerdo en tomar esta medida y, de este modo, el hijo mayor viviría con la madre y los dos pequeños con el padre. La jurisprudencia menor se había pronunciado previamente respecto a la idoneidad de la separación de los hermanos en atención al interés superior del menor; entre otras, la SAP Madrid 24 noviembre 2006<sup>21</sup> y la SAP Zamora 20 julio 2006<sup>22</sup>.

19 STS 25 enero 2015 (Roj: STS 3890/2015): “La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos. Sin embargo, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de “mal menor”, es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos”.

20 ATS 28 octubre 2020 (Roj: ATS 9688/2020).

21 SAP Madrid 24 noviembre 2006 (JUR 2007/75676) Declara que: “bajo la inspiración del prioritario principio del favor filii, consagrado en los artículos 39 de la Constitución, 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996, y desarrollado, en supuestos como el que nos ocupa, por el artículo 159 del Código Civil, llegamos a la convicción de que, en la actual coyuntura y teniendo en cuenta igualmente los antecedentes descritos, la alternativa paterna se ofrece más acorde a las necesidades de Alberto, especialmente en el ámbito afectivo, aunque ello conlleve el inconveniente de la ruptura de la relación cotidiana del mismo con su hermana, lo que, no se olvide, no condiciona ineludiblemente la decisión judicial pues, a tenor de lo prevenido en el artículo 92 del Código Civil, el mantenimiento de la unidad fraterna es recomendado, pero no impuesto, a los Tribunales en la decisión de conflictos como el que nos ocupa”.

22 SAP Zamora 20 julio 2006 (JUR 2007/205333) Señala que “si bien es cierto que el artículo 92.4, no impide legalmente que la resolución judicial acuerde la separación de los hermanos, pues en todo caso debe

Cabe tener en cuenta que no en todos los casos ha de atenderse al interés superior del menor pues, cuando se trate de derechos personalísimos, deben ser ejercitados por el menor sin necesidad de representación legal de conformidad con el art. 162. 1º CC, a excepción de que exista un conflicto de intereses, supuesto en el que sí se debería resolver en atención al interés superior<sup>23</sup>.

Además, el interés superior no puede ser en general superior, prevalente o exclusivo y así lo declara la STC 20 septiembre 2012<sup>24</sup>, según la cual “el interés superior de los menores no puede llevar a entender que sea “no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales”.

En definitiva, a pesar de los intentos por dar una definición y un contenido al concepto no es una cuestión pacífica y, como señala GARCÍA RUBIO<sup>25</sup> “toda vez que tanto la doctrina como la jurisprudencia, a pesar de su reiterada utilización, las más de las veces parecen dar vueltas sobre una idea intuitiva, que en muchas ocasiones sirve para justificar la solución que parece “justa” en el caso concreto, en lugar de mostrar su exacto valor jurídico”.

### **3. Derechos de la personalidad y derechos patrimoniales.**

En el Código Civil se observa un tratamiento distinto respecto de la autonomía del menor según se trate de sus derechos de la personalidad o sus derechos patrimoniales. Por este motivo se considera interesante distinguir entre la esfera personal del menor y la esfera patrimonial al objeto de analizar el contenido de la autonomía en cada una.

#### *A) Esfera personal.*

Su fundamento se encuentra en el art. 162 CC, que ha sido modificado por la Ley 26/2015 con dos cambios principales: por un lado, se suprime esos otros actos que de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez podían realizar por sí

---

prevaler el principio del beneficio de los menores, por lo que si es más beneficioso para los hermanos que estén separados así debe fijarse en la correspondiente resolución judicial, no es menos cierto que la norma legal, cuando dice que debe procurarse la no separación de los hermanos, lo que nos está indicando es que, salvo que mantenerlos unidos sea perjudicial para alguno de ellos, la norma general es que debe evitarse la separación”.

23 Véase GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “La regla del menor”, cit., p. 13: “Si se reconoce autonomía en la toma de algunas decisiones del niño o joven, esas decisiones en relación con sus derechos personalísimos son suyas y no necesariamente deben estar guiadas por el principio del “interés superior del menor”, porque aquí no opera al ser este un principio del procedimiento que debe guiar la actuación de terceros. En este caso, el Niño actúa directamente ejerciendo sus derechos. La cuestión, como hemos indicado desde el inicio de estas reflexiones es decidir cuándo se les reconoce esa autonomía para decidir y ello dependerá de la clase de derecho o facultad que se quiere ejercer, además de otros criterios que pueden ser evaluados a posteriori para otorgar validez a la decisión, cuando esta se discute por terceros (padres/tutores/administración/Juez)”.

24 STC 160/2012, de 20 de septiembre (RTC 2012, 160).

25 GARCÍA RUBIO, M.P.: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 13, agosto 2020, pp. 14-49.

los menores; y, por otro lado, se introduce la posibilidad de intervención parental en los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el menor no tenga la madurez suficiente, en aras de cumplir el mandato constitucional del art 39.3 CE, que prevé una obligación a los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En esta esfera se encuentran los derechos de la personalidad y el derecho de familia y no se exige normalmente la representación de los padres para la realización de la mayoría de los actos:

a) *Ámbito de los derechos de la personalidad.*

La representación legal es excepcional y la capacidad del menor es la regla general, siempre que una disposición legal no disponga lo contrario. La vigente redacción del art. 162 CC excluye de la representación legal de los padres aquellos “actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. En virtud de estos derechos se reconocen a toda persona las facultades de goce y protección de su dignidad: vida, integridad física, honor, intimidad, imagen, nombre, etc. Para el ejercicio de estos derechos no se exige la plena capacidad de obrar, resultando suficiente la capacidad natural de autogobierno, siempre que la misma guarde proporción, en cada caso, con el acto a celebrar. El padre o el tutor sólo podrán impedir, en su caso, el ejercicio de las facultades que razonablemente puedan suponer un perjuicio al menor, pues ello entra en la esfera de su derecho-deber de la patria potestad (art. 154 CC).

Con la actual redacción de este precepto se fomenta la autonomía del menor en aquellos actos relativos a su esfera personal, es decir, se promueve que el menor tome sus propias decisiones siempre que sus condiciones de madurez lo permitan. Se otorgan mayores capacidades y oportunidades al menor a medida que se acerca a la mayoría de edad, aun cuando este criterio pudiera ir en contra de la seguridad jurídica.

En esta esfera de actuación destacan los denominados derechos personalísimos, estrechamente ligados al ámbito íntimo y privado y sobre los que el menor maduro tiene capacidad para decidir; entre otros, sobre los siguientes extremos:

- En cuanto a la protección de datos, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) establece que cuando se recogen datos personales de menores que se basan en el consentimiento, por ejemplo para utilizar una red social o para una cuenta de descarga de contenidos, es preciso obtener primero la autorización parental y establece que con dieciséis años se puede prestar consentimiento para las herramientas de la sociedad de información aunque permite que los estados

reduzcan dicha edad a trece años<sup>26</sup>. En España se ha rebajado a los catorce con carácter general, no solo a esos efectos, conforme al art. 7.1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD-GDD). Ello implica, un reconocimiento de capacidad de obrar para dichos actos. Además, esta ley contiene otros preceptos proteccionistas con los menores<sup>27</sup>.

- Por lo que respecta a la intimidad y la imagen de los menores, se encuentra protegida en varias normas desde el art. 18 CE, el art. 39.4 de la carta Europea de los Derechos del Niño, el art. 4.1 LOPJM, art. 7.5 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y art. 3, n) Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En particular el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, establece que “el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil” y cuando no reúna las condiciones de madurez el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, padres o tutores. Son numerosos los supuestos cotidianos en los que se pueden producir intromisiones ilegítimas en el derecho a la imagen de los menores propiciados por el uso de las nuevas tecnologías y en ocasiones se produce una

---

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Su art. 8 prevé que los menores de edad puedan prestar consentimiento para el tratamiento de sus datos siempre que tengan una edad de 16 años, que los EE.MM. podrán rebajar hasta los 13 años.

27 Art. 3.3, sobre datos de las personas fallecidas cuando se trata de un menor, art. 12 en cuanto al ejercicio de los derechos por los titulares de la patria potestad en nombre y representación del menor de 14 años art. 28.2.e) en cuanto a las obligaciones de responsable y encargado cuando el tratamiento sea de menores de edad, art. 34 que regula la obligación de designar un DPO por parte de las federaciones deportivas cuando traten datos de menores de edad y art. 76.2.f) establece como criterio de la graduación de las sanciones cuando se afecte a los derechos de los menores. En cuanto a la garantía de los derechos digitales el art. 84, sobre la protección de los menores en Internet y el art. 92 sobre la protección de datos de los menores en Internet.



colisión con el derecho a la información (STC 25 junio 2009<sup>28</sup>, STS 19 julio 2000<sup>29</sup> y STS 13 enero 2022<sup>30</sup>).

En el caso de que el consentimiento a la intromisión aparezca inserto en un contrato, el menor con suficiente capacidad natural deberá prestar dicho consentimiento, y además en la celebración del contrato deberán intervenir sus padres o tutor puesto que el art. 3 Ley Orgánica 1/1982 no altera las reglas generales sobre capacidad para contratar del art. 1263 CC.

- En el ámbito sanitario si el paciente menor de edad no es capaz, intelectual ni emocionalmente, de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo prestará el representante legal, después de haber escuchado su opinión, la capacidad para consentir no viene determinada por la mayoría de edad sino por la madurez, que será valorada por el facultativo en cada caso. Tratándose de menores emancipados o con dieciséis años cumplidos, capaces de comprender el alcance de la intervención, no cabe prestar el consentimiento por representación, con arreglo al art. 9.4, párrafo primero Ley 41/2002, de 14 de noviembre. No obstante, en situaciones de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del menor, el consentimiento prestado por

- 
- 28 STC 25 junio 2009 (RTC 2009, 158). Se pronunció sobre la publicación en un reportaje divulgativo en un periódico de una fotografía de unos menores discapacitados sin el consentimiento de los padres. En la Sentencia se recuerda que, “conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la citada Ley Orgánica 1/1982, así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, la publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales, previa información al Ministerio Fiscal. Seguidamente se procede a ponderar el conflicto entre el derecho a la información y el derecho a la propia imagen. Asimismo, es indiscutible que el interés social o la finalidad loable que pudiera tener el reportaje son cuestiones que carecen de trascendencia para considerar la publicación no consentida de la fotografía del menor como un atentado a su derecho a la propia imagen, y que resulta igualmente irrelevante en este caso la invocación por la recurrente de la doctrina constitucional referida al concepto de información veraz. Ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor “viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (SSTC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6; y 127/2003, de 30 de junio, FJ 7)”.
- 29 STS 19 julio 2000 (Roj: STS 6041/2000): el TS consideró suficiente el consentimiento otorgado por un menor que tenía 16 años y que participó en un programa de tv. el ts afirmó, sin embargo, que el menor había expresado su consentimiento de forma clara e inequívoca, porque participar voluntariamente en un concurso no tiene otro significado, y sostuvo que la edad de 16 años es en los tiempos actuales suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica, en particular si se tiene en cuenta que el menor tenía novia y participó con ella.
- 30 STS 13 enero 2022 (Roj: STS 97/2022). Se pronunció ante la publicación en la página de “el mundo.es” de la fotografía de un menor, que encabeza la noticia del “internamiento terapéutico para el menor que acuchilló a 5 compañeros”. El TS determinó: “Con arreglo a estas circunstancias, no cabe atribuir prevalencia a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen del menor, por más que la información sea veraz, tenga relevancia pública y la participación en el acontecimiento noticiable del menor fuera principal o protagonista. En la sentencia 818/2013, de 17 de diciembre, dijimos, en relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: (i) Que, en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LPDH (art. 3) se refuerzan en la LPJM (art. 4)”.

los representantes legales deberá atender siempre al mayor beneficio para la vida o salud del menor.

Sin embargo, algunas intervenciones corporales no pueden en ningún caso ser autorizadas por los padres, puesto que la ley, atendiendo a su trascendencia o irreversibilidad, exige para practicarlas la mayoría de edad y plena capacidad de obrar en el sujeto afectado<sup>31</sup>.

En particular el ámbito sanitario ha suscitado el interés de gran parte de la doctrina habida cuenta la importancia y repercusión de las decisiones que adopte el menor o sus representantes, tales como casos de negativa a tratamientos, aborto de menores, eutanasia, ensayos clínicos, drogodependencia, transexualidad o padecimiento del VIH/SIDA<sup>32</sup>.

- Otro campo en el que también tiene relevancia el consentimiento del menor es el de su ingreso en asociaciones "ordinarias" y así el art. 3, letra b) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (LODA) establece que cuando el menor tiene más de catorce años será necesario, además de su consentimiento, el consentimiento escrito de sus representantes legales. Sin embargo, en el caso de asociaciones infantiles y juveniles, de acuerdo con el art. 7.2 LOPJM, los menores pueden crearlas y adherirse libremente a ellas sin necesidad de intervención de sus representantes legales. La diferencia entre ambas se encuentra en el hecho de que al ingresar en una asociación pueden derivar responsabilidades de naturaleza patrimonial.

- Además, el menor maduro también podrá decidir sobre sus opciones religiosas y políticas, las publicaciones de sus trabajos, obras intelectuales o fotografías.

En estos casos de los derechos de la personalidad, de acuerdo con SANTOS MORÓN<sup>33</sup>, "una vez se concluye que el menor tiene suficiente capacidad natural no cabe, «a posteriori» negar eficacia a su decisión".

31 Por ejemplo, el caso de la donación de gametos (art. 5.6 Ley 14/2006), de órganos para trasplantes (de donante vivo) (RD 1723/2012); la cirugía transexual y la esterilización (art. 156 CP).

32 Véase ALVENTOSA DEL RIO, J.: "Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N° 10 bis, junio 2019, pp. 514-547. NEVADO CATALÁN, V.: "El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida", *ADC*, tomo LXX, 2017, fasc. IV, pp. 1543-1573. DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, feb. 2018, pp. 213-229.

33 SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *AFDUAM*, 15, 2011, pp. 63-93.

b) *Ámbito del Derecho de familia:*

El Derecho de Familia se encuentra en constante cambio y desarrollo con numerosas novedades jurisprudenciales y doctrinales<sup>34</sup>, siendo el modelo de familia actual diferente al concepto que tenía el legislador del Código Civil. En ese contexto, de acuerdo con el citado art. 2 LOPJM, en caso de concurrencia de intereses debe primar el interés superior del menor, lo cual implica que el foco de atención se ha desplazado del “pater familias” al menor.

En este ámbito familiar cabría preguntarse qué decisiones puede adoptar el menor sin intervención de sus representantes legales, padres o tutores. Se pueden distinguir tres edades en las que los menores tienen reconocida capacidad de obrar suficiente por el ordenamiento jurídico según el acto de que se trate:

- El menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser adoptado, mientras que el menor de doce años con suficiente juicio debe ser oído (art. 177 CC). Asimismo, para el acogimiento familiar, el menor mayor de doce años debe prestar su consentimiento para ser acogido. Puede reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por sí mismo, con aprobación judicial y audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 CC).

- El menor mayor de catorce años, es capaz de testar a excepción del testamento ológrafo (arts. 663 y 688 CC).

- El menor mayor de dieciséis años debe prestar su consentimiento para ser emancipado por quienes ejercen la patria potestad y también, con esa edad, puede solicitar, en los términos previstos legalmente, la emancipación por concesión judicial y el beneficio de la mayor edad si está sometido a tutela (arts. 317, 320 y 321 CC). El menor podrá pactar en capitulaciones matrimoniales un régimen de separación o el de participación, de acuerdo con el art. 1329 CC. Y hacer donaciones por razón de matrimonio en capitulaciones o fuera de ellas con autorización de sus padres o tutor (art. 1328 CC).

*B) Esfera patrimonial*

La regla general contenida en el art. 1263 CC a lo largo de los años ha sido la de limitar la capacidad del menor y exigir la representación de sus padres para la realización de la mayoría de actos. Sin embargo, el tema no era pacífico<sup>35</sup>, por tal razón el precepto se modificó por la Ley 26/2015 quedando del siguiente modo:

34 Es habitual el hecho de encontrar familias reconstituidas, familias de progenitores del mismo sexo, padres o madres que deciden serlo en solitario, mediante la adopción, la inseminación artificial o la gestación subrogada.

35 Porque en la práctica los menores celebran contratos (como contratos de transporte, compra de entradas para el cine, comida, libros, ropa...) que podrían ser anulables de conformidad con el art. 1300 CC.

“Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales” todo ello sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer según el art. 1264 CC.

De este modo, en la esfera patrimonial el menor maduro puede realizar de forma cotidiana y válida contratos corrientes y no demasiado onerosos como desde adquirir bienes de consumo tales como comida, libros, tecnología como acceder a los transportes públicos y a lugares de recreo y ocio. Sin embargo, no puede adquirir aquello que se considere excepcional o suponga una carga económica relevante.

Con esta redacción se trata de ajustar la realidad jurídica a la realidad social y, a su vez, se aclara la situación de la capacidad de obrar en materia de contratos para los menores de edad. No obstante, se introduce un nuevo criterio alternativo al de la edad, como es el de “los usos sociales”. De acuerdo con el mismo, parece que el criterio de la madurez decae puesto que ante el supuesto de que un menor mayor de catorce años celebre un negocio jurídico, que cualquier menor de tal edad también podría consentir en atención a la realidad social, en ese caso no será necesario analizar su madurez, sino que ese negocio jurídico, por los usos sociales sería válido<sup>36</sup>.

Por tanto, se puede apreciar las diferencias de las dos redacciones, puesto que el vigente artículo ya no considera que los menores no tienen capacidad de obrar respecto de cualquier tipo de contratos, sino que entiende que para cierto tipo de contratos los menores son perfectamente capaces y constituye un ejemplo de cómo ha evolucionado nuestro ordenamiento respecto a la capacidad de los menores, y respecto los criterios de determinación de la capacidad de obrar.

Asimismo, el art. 162 en su apartado tercero señala que se exceptúa de la representación legal los bienes que están excluidos de la administración de los padres. Entre ellos, se encuentra los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos por el menor mayor de dieciséis años con el rendimiento de su propio trabajo o industria, conforme al art. 164.3 del CC.

La regla general contenida en el art. 164 CC es que los progenitores deben encargarse de la administración de los bienes de sus hijos, si bien, en el apartado

<sup>36</sup> RUIZ DE HUIDOBRO, J. M.: “La capacidad de obrar de los menores”, en AA.VV. *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, cit., sostiene que: “se deduce que se reconoce al menor un ámbito de capacidad contractual en la vida diaria, delimitado por dos coordenadas: de un lado, la edad del menor como indicador de la capacidad natural correlativa y, de otro, por los usos sociales...”.

tercero establece como excepción “Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella”.

Por tal razón, los menores que trabajen podrán administrar libremente sus bienes, únicamente los actos de administración ordinaria, ya que los que excedan de ella, necesitará el consentimiento de sus padres. Por tanto, el legislador entiende que un menor que trabaja posee una condición de madurez suficiente para poder decidir sobre sus bienes, sin necesidad de que sus padres tengan que suplir su voluntad.

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

### III. LA AUTONOMÍA DEL MENOR EN LAS CRISIS FAMILIARES.

Los procedimientos judiciales es otro de los ámbitos en los que se atiende a la madurez del menor, a su capacidad natural y tratando de que el menor pueda desarrollar plenamente su libertad en ejercicio del derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10 CE. Es en el Derecho de familia y especialmente cuando se producen crisis familiares cuando la opinión del menor es relevante para las decisiones que le afectan y son numerosos los supuestos en que los menores tienen ocasión de dar su consentimiento o de expresar su opinión en ejercicio de esa autonomía privada.

En este contexto cobra importancia el derecho del menor a ser oído y escuchado, tanto en procedimientos administrativos como judiciales, el cual ha sido reconocido en varios textos normativos y declaraciones internacionales<sup>37</sup>, así como por el Tribunal Constitucional<sup>38</sup>, aunque no de manera absoluta sino basándose en la conveniencia y madurez de cada caso concreto.

37 Véase el art. 12 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 1989: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

38 STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 141) En su fundamento jurídico quinto reconoce que “el derecho del menor a ser “oído y escuchado” es norma de orden público, indisponible y, por tanto, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

En la normativa nacional encontramos su regulación en distintas normas: la LOPJM en su art. 9<sup>39</sup> y el art. 11 de la LO 8/2021 de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia<sup>40</sup>, establecen que, sin límite de edad, el hijo debe ser oído en los asuntos que le puedan afectar, siempre que tuviera suficiente madurez.

Por su parte el art. 92.2 CC establece que “El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.” Y en el apartado 6: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

- 39 Art. 9 LOPJM: “Derecho a ser oído y escuchado. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.
- 40 Dice este artículo: “1. Los poderes públicos garantizarán que las niñas, niños y adolescentes sean oídos y escuchados con todas las garantías y sin límite de edad, asegurando, en todo caso, que este proceso sea universalmente accesible en todos los procedimientos administrativos, judiciales o de otra índole relacionados con la acreditación de la violencia y la reparación de las víctimas. El derecho a ser oídos de los niños, niñas y adolescentes solo podrá restringirse, de manera motivada, cuando sea contrario a su interés superior. 2. Se asegurará la adecuada preparación y especialización de profesionales, metodologías y espacios para garantizar que la obtención del testimonio de las víctimas menores de edad sea realizada con rigor, tacto y respeto. Se prestará especial atención a la formación profesional, las metodologías y la adaptación del entorno para la escucha a las víctimas en edad temprana. 3. Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración”.

Esta norma se complementa con el art. 770. 4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) que tras la modificación realizada por la LO 8/2021, establece que “podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad”.

De la conjunción de estas normas se desprende que los menores de doce años podrán ser oídos cuando tengan suficiente juicio, madurez.

En este contexto se plantean varias cuestiones: en primer lugar, resulta interesante conocer hasta qué punto la opinión y voluntad del menor será vinculante y si existen límites. En segundo lugar, como se ha visto al tratar el consentimiento del menor en el ámbito sanitario, nuevamente se suscita la cuestión sobre quién determina el grado de madurez del menor; si se debe acudir a informes psicológicos o psicosociales, si lo determina el juzgador o el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la primera cuestión, se puede afirmar que la opinión del menor es relevante para las decisiones que le afectan y son numerosos los supuestos en el ámbito de las crisis familiares en que los menores tienen ocasión de dar su consentimiento o de expresar su opinión en ejercicio de esa autonomía privada, tales como los relativos al régimen de guarda y custodia, cambios de centro escolar, cambios de domicilio, actividades extraescolares o viajes. Sin embargo, en la práctica procesal su opinión no siempre es recabada o no se recoge en el fallo de las sentencias que viene fundamentado en el “favor filii” o interés superior del menor.

La relevancia constitucional de este derecho de los menores a ser oídos y escuchados está recogida en diversas resoluciones del Tribunal Constitucional, en las que se declara vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de los menores consagrado en el art. 24 CE en supuestos de procesos judiciales en que no habían sido oídos o explorados por el órgano judicial en la adopción de medidas que afectaban a su esfera personal<sup>41</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencias como la de 2 de febrero de 2022<sup>42</sup> o de 27 de julio de 2021<sup>43</sup>, reiterando la doctrina de

41 STC 221/2002, de 25 de noviembre, (RTC 2002, 221); en el mismo sentido, STC 61/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 61) y STC 152/2005, de 6 junio (RTC 2005, 152).

42 STS 2 febrero 2022 (Roj: STS 356/2022): En este caso el tribunal de instancia había omitido la práctica de la exploración y también hizo lo propio la Audiencia, el Tribunal Supremo consideró vulnerado el derecho del menor a ser oído y por tanto el derecho a la tutela judicial efectiva. Estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, anulando la sentencia y retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a su dictado, para que antes de resolver sobre la guarda y custodia pudiese ser oído el menor.

43 STS 27 julio 2021 (Roj: STS 3299/2021): “(...) En el caso, ni se ha oído a los menores ni se ha resuelto de forma motivada sobre su audiencia y aunque es cierto que ninguna de las partes solicitó la misma, ni en primera ni en segunda instancia, eso no implicaba que no hubiera que acordarla de oficio o motivar su

la sala al disponer que la exploración del menor solo cabe denegarla de forma motivada bien por no resultar necesaria al carecer de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés.

Sin embargo, el hecho de que el derecho del menor a ser oído sea relevante no implica que la voluntad o deseo del menor se tenga que imponer y vincule al juez en su decisión. Así las cosas, el juzgador no viene obligado por la norma a resolver de acuerdo con los deseos del menor, sino que atenderá a su interés superior.

Los supuestos de determinación del régimen de guarda y custodia son los más controvertidos y en ellos el juez deberá atender a una serie de criterios de acuerdo con la doctrina jurisprudencial establecida en la STS 29 abril 2013<sup>44</sup>, tales como: la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, si bien, la resolución no tiene por qué ser acorde a la voluntad de los menores, sino solo a que su opinión sea valorada.

Continúa esta sentencia de manera novedosa al afirmar que las normas no definen qué debe entenderse por “interés del menor” y, a su vez, dar una recomendación: “Es decir, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”.

Como en todo asunto en que esté implicado un menor, se resolverá teniendo en cuenta su interés superior y la jurisprudencia del TS reitera que, partiendo de la base de la consideración de la custodia compartida como regla general, su no aplicación obligará a la acreditación de la protección del “favor filii” para el

---

descarte...Debió motivarse por qué no procedía llevar la cabo, bien por no resultar necesaria al carecer los menores de la suficiente madurez, bien por no resultar conveniente, precisamente, en su propio interés”.

44 STS 29 abril 2013 (Roj: STS 2246/2013).



supuesto de no establecerla<sup>45</sup>, recordándonos la inversión de la carga de la prueba que ya se fijó, por ejemplo, en las SSTS 29 noviembre 2013<sup>46</sup> y 12 diciembre 2013<sup>47</sup>.

Para GONZÁLEZ AGUDELO el interés superior del menor “es una garantía procesal que asegura su derecho al debido proceso, cuando nos encontramos ya en este terreno, pero el reconocimiento de su dignidad y sus derechos de libertad, deberían asegurar la autonomía del Niño en la toma de decisiones en estadios previos a la intervención judicial, cuando tenga madurez para hacerlo. En este caso, la determinación de los elementos objetivos que permiten resolver sobre la capacidad de decisión de este (“madurez”) en el ámbito que se discute, es una cuestión previa, que tiene que ver con otros derechos diferentes al derecho a ser oído y al debido proceso. Puede afirmarse que el “interés superior del menor” se constituye en un límite en la toma de decisiones jurídicas por un tercero respecto al Niño, pues, ninguna debe adoptarse a costa de sus derechos”<sup>48</sup>.

Por otro lado, se plantea la cuestión sobre quién debe aportar la prueba sobre la “madurez”, si el propio menor sobre su capacidad o quienes se la niegan. La exigencia al menor que demuestre la madurez suficiente para adoptar la decisión supondría una inversión en la carga de la prueba en el ejercicio de sus derechos, si bien, en el seno de un procedimiento, la decisión final del juez estará sometida a un juicio de valor sobre si el menor posee esas competencias para adoptar la decisión por sí mismo y para esto puede valerse de los informes periciales previstos la ley. No obstante, siendo un elemento importante para configurar la valoración del tribunal, el dictamen pericial sobre la “madurez,” no es, ni puede serlo, el único elemento a tomar en consideración en esta decisión, y así lo ha recogido claramente, entre otras, la STS 8 noviembre 2012<sup>49</sup>.

45 La STS 29 noviembre 2023 (Roj: STS 5307/2023) resuelve en contra de la custodia compartida en atención al interés superior del menor: “Pues bien, en este caso, la sala considera que el mejor interés de Casiano queda salvaguardado con la situación de custodia exclusiva de la madre. Así lo entendió el juzgado y confirmó la sentencia recurrida, y es interesado por el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, con criterio que vamos a asumir por su razonabilidad y adecuación a los parámetros que esta sala ha mantenido a la hora de valorar el interés del menor en orden a la adopción del sistema de guarda y custodia”.

46 STS 29 noviembre 2013 (Roj: STS 5641/2013): “Las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor (STS 22 de julio 2011), como sucede en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, a causa de la continua exposición del niño al enfrentamiento. Y es el caso que, la genérica afirmación «no tienen buenas relaciones», no ampara por sí misma una medida contraria a este régimen, cuando no se precisa de qué manera dichas relaciones pueden resultar contrarias al interés de las menores”.

47 STS 12 diciembre 2013, (Roj: STS 5824/2013).

48 GONZÁLEZ AGUDELO, G.: “La regla del menor”, cit., p. 13.

49 STS 8 noviembre 2012 (Roj: STS 7931/2012): “El perito no puede usurpar la función de valoración de la prueba que corresponde al Juez. Este no puede convertirse en un mero espectador o convalidador de las apreciaciones de los peritos, especialmente en un área como es la evaluación de declaraciones de menores en que existen unos cánones de examen que pertenecen al bagaje común de las máximas de experiencia, por más que según viene subrayando la literatura especializada si se confía esa valoración a la pura intuición es grande el riesgo de errores. (...) Pero es una prueba que aportará probabilidades y no seguridades. Para

En cuanto a la segunda cuestión sobre quién y cómo se determina el grado de madurez del menor, la doctrina pone de relieve la laguna que existe con relación a protocolos evaluadores de madurez del menor, aun cuando se han elaborado algunos procedimientos para efectuar dicha evaluación<sup>50</sup>.

Para un sector de la doctrina, parece que la valoración de las condiciones de madurez de los menores la deben realizar los padres o tutores, que son los responsables de los actos de los hijos o de los menores tutelados, y, en su defecto, el juez<sup>51</sup>.

Por otro lado, el ordenamiento también ofrece unos criterios al objeto de dar una respuesta y así la LO 8/2015, en el art. 9.2, con relación al derecho a ser oído establece que la madurez habrá de valorarse teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso, y que se tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

La dificultad para determinar ese grado de madurez radica en el hecho de que no todos los menores se desarrollan o evolucionan de la misma manera, así como la valoración de la madurez o capacidad para tomar decisiones, ya que, como se ha expuesto, no existen directrices claras ni suficientes procedimientos validados. Se trata pues de un concepto completamente subjetivo que deberá determinarse caso por caso en función de las circunstancias del sujeto y la naturaleza del acto.

#### IV. CONCLUSIONES

La situación jurídica de los menores, el reconocimiento y protección de sus derechos y libertades y, por ende, de su autonomía privada, es un tema que preocupa y ocupa a la doctrina y a los tribunales, a la vista de las numerosas publicaciones y pronunciamientos judiciales existentes en los que intervienen los menores.

Las reformas legislativas han supuesto un avance, adecuándose el Derecho a la realidad social a la vez que constituye un ejemplo de cómo ha evolucionado

---

llegar a la certeza es necesario manejar otros criterios no estrictamente científicos que han de ser tomados en consideración en la tarea de enjuiciamiento" (F.J. 2º)".

50 AA.VV.: *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía., Sevilla, 2011 [en línea], disponible en: <https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4926&tipo=documento>, contemplan una serie de instrumentos como Escala de Autoestima; Escala de Autoeficacia Generalizada; Escala para la Evaluación de la Tolerancia a la Frustración; Escala para la Evaluación de la Planificación y toma de Decisiones; Escala para la Evaluación de la Expresión, Manejo y Reconocimiento de Emociones; Escala de Apego a Iguales; Escala para la Evaluación de las Habilidades Sociales; Escala de Valores para Adolescentes, etc.

51 Díez-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 185.

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

No obstante, a pesar de la proliferación de normas, resoluciones judiciales y doctrina, la realidad que se percibe es de un excesivo número de conceptos jurídicos indeterminados. Esto, inevitablemente, lleva a una gran casuística y, en definitiva, a la subjetividad. Todo lo cual conlleva cierta inseguridad entrando en contradicción con la protección que se pretende otorgar al menor.

Por otro lado, el conflicto entre autonomía y protección es difícil de superar. Un exceso de tutela sería concebido como poco idónea para potenciar el crecimiento personal del menor; pero, sin embargo, la inexistencia de tutela a determinada edad podría crear situaciones arriesgadas para la persona y patrimonio del menor; que no deja de ser un sujeto de Derecho especialmente vulnerable en algunos ámbitos.

El tratamiento jurídico del menor maduro es muestra de la evolución del Derecho hacia criterios más flexibles y una mayor garantía de la libertad y los derechos de los menores de edad, se ajusta el ejercicio de su representación en atención al interés superior del menor, y de este modo se trata de favorecer el desarrollo de su personalidad e identidad, teniendo en cuenta sus deseos, preferencias y opiniones.

Lo cierto es que nos enfrentamos a nuevos retos, los menores cada vez están más presentes en la sociedad, reclaman su espacio y sus derechos. Sin embargo, ante las nuevas realidades como el entorno digital, los menores son claramente vulnerables, debiendo alternar su autonomía progresiva con la protección por parte de sus representantes, padres y tutores y, nuevamente, surge la dicotomía entre protección y autonomía.

## BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Instrumentos para la evaluación de la salud mental y el desarrollo positivo adolescente y los activos que lo promueven*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011 [en línea], disponible en (<https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=4926&tipo=documento> )

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 10 bis, junio 2019, pp. 514-547.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho Civil: Derecho privado y de la persona*, editorial Bercal, 6ª edición, Madrid, 2016, pp. 68 y ss.

CARDONA LLORENS, J.: "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda medida que le concierna a los XXV años de la Convención", [en línea], disponible en [https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0\\_3553\\_3.pdf](https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/I/0_3553_3.pdf)

DE CASTRO, F.: *Compendio de Derecho civil*, II. Derecho de la persona, VI. 1.º La persona y su estado civil, Ed.3º, Madrid, 1996.

DE LA TORRE OLID, F.: "El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural" *Revista Derecho y Criminología*. 2011, pp.101-113

DEL CAMPO ÁLVAREZ, B.: "El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro: especial referencia a la STC 154/2002", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8, febrero. 2018.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* nº 13, agosto 2020, pp. 14-49.

GONZÁLEZ AGUDELO, G.: "La regla del menor maduro. ¿Quién, cuándo y cómo se debe decidir sobre la madurez de un niño o joven?", *Revista general de Derecho procesal (RGDPR)* núm. 59, enero 2023.

JORDANO FRAGA, F.: "La capacidad general del menor", en *Revista de Derecho privado (RDPriv)*, 1984, pp. 883-904.

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

LÓPEZ SAN LUIS, R.: *La capacidad contractual del menor*. Ed. Dykinson, 2004.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "La capacidad de obrar y la responsabilidad de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (Coord. *idem*), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 158-183.

NEVADO CATALÁN, V.: "El interés superior del menor maduro en situación de grave riesgo: entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida", *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, tomo LXX, 2017, fasc. IV, pp. 1543-1573.

NIETO ALONSO, A.: "Capacidad del menor de edad en el orden patrimonial civil y alcance de la intervención de sus representantes legales", *Revista de Derecho Civil (RDC)*, vol. III, núm. 3 (julio-septiembre, 2016) Estudios, pp. 1-47.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M.: "La capacidad de obrar de los menores", en AA.VV. *Tratado del Menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 158-183.

SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 15, 2011, pp. 63-93.

