

La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad

(Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)

CARLOS MARTINEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: Introducción.—I. Algunas cuestiones generales sobre la protección jurídica a menores e incapaces. 1. El punto de partida constitucional. A) El principio constitucional de protección a menores y disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. B) La plasmación civil de los principios constitucionales sobre protección de menores e incapaces. 2. La protección civil de menores e incapaces: planteamientos generales. A) La llamada «incapacidad natural» como fundamento de la protección jurídica a menores e incapaces. B) Breve apunte sobre las relaciones entre capacidad natural y capacidad de obrar. a) Planteamiento general. b) Alcance y factores de disociación de la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar. C. Posibilidades y límites de una consideración conjunta de la situación de menores e incapaces ante el Derecho civil.—II. La edad como criterio determinante del sometimiento a un régimen de protección.—III. Hacia un replanteamiento de la importancia y consecuencias del límite legal de la mayor edad. 1. La prolongación de los sistemas de protección tras la mayoría de edad. 2. La progresiva adecuación de los mecanismos de protección a la capacidad natural del menor. A) La adaptación de la situación jurídica del menor a su capacidad natural a través del establecimiento de edades legales intermedias. B) La adaptación de la situación del menor a su capacidad natural en caso de ausencia de edades legales de alcance general previas a la mayoría. a) La limitada capacidad de obrar del menor. b) El reconocimiento legal de capacidades especiales. c) La eficacia de los actos ordinarios realizados por el menor conforme a los usos y sus circunstancias. d) La capacidad general del menor ex artículo 162.2.1.º C.c. e) Conclusiones: algunas propuestas «de lege ferenda». 3. La emancipación como mecanismo institucional de flexibilización del sistema legal de la mayoría de edad. A. Sentido y función de la emancipación. B. La llamada emancipación por vida independiente.—IV. Las instituciones jurídico-civiles de protección de

menores en el Derecho español 1. Planteamiento. 2. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: el modelo institucional y el modelo funcional. A) El modelo institucional de protección de menores en nuestro Derecho civil. a) Patria potestad. b) La asistencia paterna. c) La tutela. d) La curatela. e) El defensor judicial. f) Visión de conjunto. B. El modelo funcional: las instituciones asistenciales de protección de menores en nuestro Derecho civil. a) La consideración de la situación de hecho del menor, como punto de partida. b) Los nuevos mecanismos asistenciales y de protección jurídico-civil de menores. c) La preferencia por los sistemas de protección de carácter familiar. d) Breve apunte crítico. 3. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: disfunciones y ensayo de construcción conjunta. A) Los problemas de ajuste y coordinación entre el modelo institucional de protección y el modelo funcional. B) Intento de reconstrucción conjunta del sistema jurídico-civil de protección de menores. Bibliografía.

INTRODUCCION

Se inserta el presente estudio en una obra colectiva de alcance más amplio, cuyo objeto general son los aspectos civiles de la asistencia y protección a menores e incapacitados. Dentro de él, se desarrolla a continuación, de acuerdo con el plan de dicha obra, la problemática referente al menor de edad como sujeto beneficiario de dichas asistencia y protección. El enfoque adoptado para la realización del trabajo puede ser calificado como predominantemente teológico, más que analítico. Se trata de, a partir de los preceptos constitucionales involucrados (destacadamente, el artículo 39 de la Constitución, pero también otros, según veremos), proceder a un intento de reelaboración unitaria de la materia en nuestro Derecho civil; reelaboración caracterizada por responder a una perspectiva metodológica no del todo usual en este campo, y que se traduce en el análisis «transversal» de las instituciones civiles afectadas, antes que en un estudio particular, *in complexu*, de cada una de ellas. Esto permitirá obtener una visión global de cuál es la situación general de la protección de menores en nuestro ordenamiento civil, con sus virtudes, defectos, carencias, etc.; y a la vez, servirá para ofrecer criterios de interpretación de las concretas instituciones, quizás diferentes de los habitualmente empleados en las respectivas sedes. De cuyas advertencias resultan, por lo menos, las siguientes peculiaridades de este trabajo: 1. Se trata de una aproximación necesariamente parcial, tanto respecto a la obra colectiva general en la que se enmarca (puesto que se trata ahora de afrontar el estudio únicamente de lo referente al menor como sujeto beneficiario de las instituciones de asistencia y protección), como a cada una de dichas instituciones de asistencia y protección), como a cada una de dichas instituciones, cuyo estudio se abordará sólo en lo atinente a quien está protegido por ellas. 2. Se trata también, al menos tal y como yo lo concibo, de un análisis fundamen-

talmente teórico, pero no carente de consecuencia prácticas importantes, derivadas sobre todo de la identificación de los criterios de política legislativa que laten bajo las concretas opciones positivas acogidas en nuestro Derecho.

A partir de ahí, cabrá proponer los parámetros de interpretación y aplicación más adecuados a dichos criterios, y señalar eventualmente las líneas de reforma para una regulación más coherente con los principios en que se fundamenta, más útil desde el punto de vista práctico, y dotada de la suficiente cohesión interna (que en ocasiones, según veremos, brilla por su ausencia).

El trabajo se iniciará con una breve consideración conjunta de la situación de los menores y la de los incapaces (en la terminología constitucional, «disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos»), en razón de los numerosos puntos en común que presenta el tratamiento jurídico de ambas categorías. De entre los cuales, por cierto, no es el menor la de conformar dichas dos categorías la más general de sujetos beneficiarios de las instituciones civiles de asistencia y protección, que son en buena parte comunes a menores e incapaces, en un paralelismo acentuado tras la reforma de 1983 (pero que se ha visto roto, según habrá ocasión de comprobar, por la inmediatez posterior de 1987). Conviene por ello resaltar tanto las razones de fondo de ese tratamiento conjunto, como los límites hasta los que razonablemente puede llegar.

I. ALGUNAS CUESTIONES GENERALES SOBRE LA PROTECCIÓN JURÍDICA A MENORES E INCAPACES

1. El punto de partida constitucional

A) *El principio constitucional de protección a menores y disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos*

En el Capítulo Tercero (*De los principios rectores de la política social y económica*) de su Título I (*De los derechos y deberes fundamentales*), recoge nuestra Constitución los principios de protección a los menores (con las matizaciones terminológicas a que enseguida aludiré) —art. 39 C.E.— y a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos —art. 49 C.E.—. De acuerdo con el primero, los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos; se establece, también, a cargo de los padres el deber de prestar «asistencia de todo orden a los hijos... durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»; y, por último, se dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Por otro lado, y conforme al art. 49 C.E., «los poderes

públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos». De cuyos preceptos se deriva el que cabría denominar *principio de protección de menores e incapaces*.

Desde la perspectiva que aquí interesa (los sujetos beneficiarios, ahora de la protección brindada constitucionalmente), la terminología empleada es, dentro de su amplitud, suficientemente clara en el art. 49 («disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos»), y permite su identificación con la más tradicional, desde el punto de vista del Derecho civil, de incapaces. Sin embargo, las cosas no son tan claras respecto al art. 39, que emplea sucesivamente, sin obedecer en apariencia a ningún criterio preestablecido, las expresiones «hijo» (art. 39.2 C.E.), «hijo menor» [=«durante su minoría de edad»] (art. 39.3 C.E.) y «niño» (art. 39.4) (1). El círculo de protegidos queda, de esta manera, considerablemente difuminado. Aunque no han faltado propuestas dirigidas a dar sentido propio a cada uno de los párrafos indicados del art. 39 (2), la verdad es que no se logra evitar, por un lado, una cierta superposición de situaciones (el niño, por definición, es menor; y niños y menores reúnen la cualidad de hijos); y por otro, que la protección que ofrece el precepto llegue a proyectarse mucho más allá de lo que parece querer decir (3). La

(1) La aparente desconexión terminológica entre los distintos párrafos del art. 39 había sido ya puesta de relieve por la doctrina: cfr. BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, RJN 4 (1987), p. 125; EGEA I FERNÁNDEZ, «La protección de menores a Catalunya. Els diferents regims de protecció», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), pp. 165 y s.; y LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos de derecho civil*, IV (Barcelona, Librería Bosch, 1989), pp. 38 y s. Curiosamente, callan sobre ello los diferentes comentarios de la Constitución: cfr. el de ESPÍN CÁNOVAS al art. 39 en *Comentarios a las Leyes Políticas* (dir. ALZAGA VILLAMIL), *Constitución Española*, t. IV (Madrid, EDERSA, 1984) —en adelante, *Comentarios Alzaga*—, pp. 17 y ss.; y el de GÁLVEZ en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, Madrid, Civitas, 1985) —en adelante, *Comentarios Garrido Falla*—, pp. 757 y ss.

(2) Así, por ejemplo, LACRUZ, *op. et loc. cit.*: «acaso el propósito del legislador, teniendo en cuenta que de la protección de los niños se preocupa el párrafo 4.º; que del cuidado de los hijos menores se ocupa el 3.º; y que en este 2.º se menciona a las madres (contempladas, evidentemente, en el ejercicio de su función materna), sería el de centrar la efectividad del precepto en el momento y consecuencias del nacimiento: en los derechos que surgen de la filiación».

(3) En este sentido, GARCÍA CANTERO ha puesto de relieve que el art. 39.2 CE «no distingue entre la situación de mayoría y minoría de edad» (*El nuevo régimen de la tutela*, RGLJ 1984 —octubre—, p. 469); y más gráficamente, LACRUZ ha escrito que «de momento, y mientras no se ponga a punto otro procedimiento de producción de seres humanos, hijos somos todos, incluso los octogenarios o bien aquéllos cuyos progenitores no son legalmente conocidos» (*op. cit.*, p. 39). Habría que concluir, entonces, que toda la población española, desde que nace hasta que muere, está bajo el amparo que le ofrece genéricamente el art. 39.2 CE.

ambigüedad (y las consiguientes dificultades de interpretación) sube de tono si se acude a conceptos referibles (al menos parcialmente) a situaciones como las contempladas en el art. 39 C.E.: por ejemplo, los de juventud e infancia (arts. 20.4 y 48 C.E.) (4).

Tampoco el recurso a los textos internacionales a que se refiere el art. 39.4 C.E. resuelve demasiado, por la presencia en ellos de la misma indefinición y ambigüedad denunciadas (5).

En mi opinión, y a efectos principalmente de este estudio, resulta más adecuado utilizar la expresión *menor* por varias razones: 1. Porque, desde el punto de vista del Derecho positivo, es la que mejor define al sujeto beneficiario de las medidas de protección, que contemplan a quien no ha llegado a la mayor edad; 2. Porque es la categoría más fácilmente delimitable, al depender de un dato objetivo y comprobable, como es el de la edad, y no de otros de contornos más difusos; 3. Porque es la expresión de más amplio alcance, que abarca tanto a los niños como a los hijos (éstos, en las fases en que más necesitados se encuentran de esa protección a la que los primeros obligados son sus padres);

(4) Alude a ello EGEA I FERNÁNDEZ, *op. et loc. cit.*

(5) Así lo demuestra un breve espigueo: 1) en ellos se habla de *niños*: cfr. la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de la ONU —20 de noviembre de 1959—; art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —19 de diciembre de 1966— (aunque en él se alude a las medidas de protección del niño «que su condición de menor requiere»); art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —19 de diciembre de 1966—; art. 6 del Convenio de la OIT sobre Trabajo de la Mujer y de los Menores —26 de junio de 1973—; arts. 7 y 17 de la Carta Social Europea —18 de octubre de 1961—; 2) se habla también de *adolescente*: art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; o art. 7 de la Carta Social Europea; 3) se habla también de *menor* (en ocasiones simultáneamente con el empleo de la expresión «niño»): cfr. X Convenio sobre Competencia de las Autoridades y la Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores —5 de octubre de 1961—, cuyo art. 12 se remite a las legislaciones nacionales para la determinación de quién debe ser considerado menor; art. 3 del Convenio de la OIT sobre Trabajo de la Mujer y de los Menores; art. 7.5 y 7.6 de la Carta Social Europea (que, además, alude a los «menores de 16 años»: art. 7.4, por ejemplo); el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores —25 de octubre de 1980—, que «dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años»; o el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores —20 de mayo de 1980— (que entiende por «menor» a una persona de edad inferior a los 16 años y sin derecho a fijar su residencia).

La misma ambigüedad e indefinición es resaltada por HABIB «La definition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection Internationale des Droits de l'enfant* (ed. TORRELLI, París, PUF, s.d., pero 1983), pp. 72 y s.

Puede contribuir a clarificar el panorama (también a efectos de este trabajo) la reciente Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño —20 de noviembre de 1989—, cuyo art. 1 dispone: «para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

4. En fin, porque cuenta ahora con el apoyo mencionado del art. 1 de la Convención de la O.N.U. sobre Derechos del Niño (6).

De acuerdo con esto, de aquí en adelante emplearé las expresiones comunmente aceptadas de *menores e incapaces* para referirme, respectivamente, a los supuestos contemplados en los arts. 39 y 49 C.E., a los efectos que para este trabajo nos interesan.

Por los demás, no son éstas las únicas reglas constitucionales que aquí importan; hay algunas otras que también deben ser tomadas en consideración. De entre ellas, destaca el art. 10 C.E. (7), especialmente en cuanto garantiza el libre desarrollo de la personalidad (y entonces, en relación también con el art. 27.2 C.E.): este es, a mi entender, el otro principio, junto con el ya citado de protección, en torno al que debe girar la regulación civil de estas cuestiones. Ambos principios (el de protección y el desarrollo de la personalidad) se complementan y, a la vez, se limitan mutuamente, determinando el equilibrio que debe encontrar dicha regulación civil, de forma que no caiga en una protección tan exacerbada que ahogue las posibilidades de desarrollo de la personalidad (lo que es especialmente importante en el caso de los menores), ni dé a éste tanta amplitud que acabe por establecer un régimen de protección marcadamente insuficiente (8).

Por lo demás, junto a los hasta ahora citados, cabe aludir también a los arts. 9.2 (9), 14 (10), 15, 41, 48 y 50, todos ellos de la Constitución, cuya importancia en relación con las líneas maestras que deben regir la situación de menores e incapaces hace que deban ser tomados en consideración repetidamente.

(6) Lo cual no quiere decir que las expresiones del art. 39 CE deban entenderse como referidas a los «menores». Es evidente, por ejemplo, que al referirse a los «hijos» en sus números 2 y 3, lo que quiere hacer el citado precepto constitucional es impedir la discriminación por razón de la filiación, y señalar a los padres como los primeros obligados a prestar asistencia al menor. Lo cual puede extenderse más allá de la minoría de edad (así, respecto a la filiación, cfr. los arts. 123, 132, 133 ó 137 Cc). Lo que ocurre es que, probablemente, vincular como hace el art. 39.2 CE la «protección integral» con vínculos de filiación no resulta del todo adecuado.

(7) Traído a colación por GORDILLO CAÑAS en relación con el tratamiento técnico de la capacidad jurídica y de obrar: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 14; y por GARCÍA CANTERO, en relación con las instituciones tutelares en general: *op. cit.*, p. 468, y «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela* (Madrid, RGLJ, 1986), p. 100.

(8) Subordinado a estos dos, por no ser de procedencia directamente constitucional, debe tenerse en cuenta también el principio de *seguridad jurídica*, que, como veremos, desempeña un papel importante a la hora de determinar el régimen jurídico de menores e incapaces.

(9) Lo hace también GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

(10) Citado por GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid, Civitas, 1985); y GORDILLO CAÑAS, *op. et loc. cit.*

B) *La plasmación civil de los principios constitucionales sobre protección de menores e incapaces*

La adaptación constitucional del Derecho civil, en punto a la protección de menores e incapaces, en el aspecto que aquí interesa, no precisa (ni excluye) intervenciones específicas del legislador para llevarla a cabo, tanto por tratarse de unos principios formulados muy genéricamente, como por abarcar su ámbito de aplicación materias bien alejadas del Derecho civil (11). Lo cual no quiere decir que los principios constitucionales antes mencionados sean civilmente inocuos, sino que la constitucionalización de esta parcela del Derecho civil puede producirse por vías distintas de la de una reforma legislativa dirigida a desarrollarlos (12).

Con todo, no han faltado en estos años reformas legislativas, como tampoco interpretaciones en la línea establecida por los principios constitucionales. Respecto a las primeras, cabe señalar, por ejemplo, la supresión del antiguo párrafo 2.º del art. 32 C.c., cuyo sentido se ha querido encontrar doctrinalmente en el principio constitucional de igualdad (13); o también, la reforma del Código civil en materia de incapacitación e instituciones tutelares por la ley de 24 de octubre de 1983, que si bien no es directamente desarrollo constitucional (14), sí puede ser indirectamente reconducida a los preceptos constitucionales que he citado más arriba (15). En cuanto a la adaptación constitucional por vía de la elaboración científica, la doctrina ha hecho hincapié en la

(11) Así, BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores... cit.*, p. 126, llega a decir que «el constituyente ha concebido la protección del menor desde unas ordenadas fundamentalmente administrativas». Sin llegar (formalmente) tan lejos, es especialmente significativo que los aspectos civiles brillen por su ausencia en los comentarios a los arts. 49 y 50 de la Constitución: *vid.*, por ejemplo, los de VIDA SORIA al art. 49 y SAGARDOY BENGOCHEA al art. 50, en los *Comentarios Alzaga, cit.*, pp. 363 y ss. y 375 y ss.; y los de GÁLVEZ a los mismos preceptos, en *Comentarios Garrido Falla, cit.*, pp. 837 y ss.

(12) Sobre lo cual, y para una aplicación concreta (la reforma de la incapacitación e instituciones tutelares), *vid.* las consideraciones de Díez-PICAZO, *Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela*, DJ, t. XI (enero/marzo 1984), p. 4.

(13) Cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 12; ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), *sub* art. 215 Cc, p. 220 (y nota 4, en la que recoge posiciones encontradas de Díez-PICAZO y BADOSA COLL sobre la oportunidad de esa supresión); y RODRÍGUEZ-INYESTO VALCARCE, *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona, Aranzadi, 1990), pp. 30 y s.

(14) Cfr. Díez-PICAZO, *op. et loc. cit.*; parecidamente, GARCÍA CANTERO «Los principios de la nueva normativa de la tutela» *cit.*, p. 98.

(15) Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. ult. cit.*; en línea cercana a ésta, ROCA TRÍAS refiere el vigente art. 215 Cc a las declaraciones constitucionales de protección contenidas en el art. 49 CE: cfr. su comentario al citado art. del Cc en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit., loc. cit.*

necesidad de replantear la construcción teórica y tratamiento técnico de la capacidad jurídica y de obrar a la luz de los principios constitucionales (16) ; derivando de éstos últimos, por ejemplo, consecuencia como la de que «sólo la necesidad de proteger a determinadas personas en virtud de sus circunstancias personales, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad y de situaciones de incapacitación» (Gete-Alonso) (17).

De manera que no se trata, para conseguir la concreción civil de los principios constitucionales, de introducir nuevas instituciones o mecanismos de protección a menores e incapaces; sino de insuflar en las instituciones y mecanismos existentes (alguno de ellos milenario: patria potestad, tutela...) criterios de interpretación y aplicación que, actuando desde dentro, acentúen su contenido personalístico, convirtiéndose en medios eficaces para lograr los objetivos constitucionalmente formulados.

Precisamente desde esta perspectiva, la consideración de los sujetos beneficiarios de la protección civil de que estamos hablando cobra especial relieve, puesto que ellos se constituyen en el *elemento teleológico* de las instituciones civiles de asistencia y protección, cuyo centro de gravedad bascula ahora en torno a ellos, y a su mayor protección. Lo que formalmente puede aparecer como un mero elemento subjetivo en la estructura interna de cada una de esas instituciones, se revela como el punto central de las mismas, vértice de su organización y fuente de su virtualidad; y, por tanto, como guía e hilo conductor de su interpretación y aplicación. Ideas estas que se hallarán presentes (y demostrarán su eficacia, más allá de su apariencia de bienintencionadas declaraciones de principios) a lo largo del trabajo (18) .

(16) Cfr. GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades... cit.*, p. 14; RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, p. 30.

(17) GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*; en la misma línea, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 42 y ss. De hecho, desaparecida la incapacitación por interdicción, y excluida la prodigalidad de entre las causas de incapacitación (cfr. art. 200 Cc: *infra* habrá ocasión de volver sobre la prodigalidad), ésa parece ser la situación en nuestro Derecho positivo, en el que las únicas limitaciones generales de la capacidad de obrar procederían de la minoría de edad y de las causas previstas en el art. 200 Cc: así, por ejemplo, GORDILLO CAÑAS, *op. cit.*, pp. 45 y ss.; y DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I (7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989), p. 238. Con todo, no falta quien considera que la prodigalidad también debe ser incluida entre esas limitaciones generales, con lo que las cosas no serían exáctamente como se indica en el texto. No es éste el momento oportuno para detenernos en ello: poco más adelante habrá ocasión de hacerlo brevemente.

(18) En favor de un enfoque finalístico-personalista de esta materia, PESCARA «Provedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci», en el *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO), t. 4-III (Torino, UTET, 1982), p. 695.

2. La protección civil de menores e incapaces: planteamientos generales

A) La llamada «incapacidad natural» como fundamento de la protección jurídica a menores e incapaces.

Está claro, de acuerdo con lo visto hasta ahora, que en una primera aproximación, los sujetos beneficiarios de la especial protección de que venimos tratando son los menores, por un lado, y los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (= incapaces) por otro. Parece oportuno preguntarse ahora acerca del por qué de esa protección, y a esos sujetos. A ello cabría responder, naturalmente haciendo una sucinta referencia a los principios constitucionales a que he aludido *sub* 1. Pero eso no pasaría de ser una respuesta aparente, por dos razones: 1. porque una respuesta semejante sólo serviría para formular otra pregunta ulterior: ¿por qué la Constitución recoge entre los principios rectores de la política social y económica los de protección a menores e incapaces —respectivamente—?; 2. porque las instituciones y mecanismos de que dispone nuestro ordenamiento civil para llevar a cabo dicha protección existen desde mucho antes de que fuera promulgada la Constitución de 1978: de hecho, el tratamiento de la situación jurídica de ambas categorías de personas es una de las ocupaciones (y preocupaciones) perennes del Derecho civil (19).

Yendo más al fondo, la razón de la protección jurídica otorgada a menores e incapaces radica en que a ambos (en mayor o menor grado, y con las matizaciones que se irán haciendo en sus respectivos momentos) les falta la aptitud natural (capacidad de conocer y querer, y disposición de conocimientos suficientes) para atender por sí mismos al cuidado de su persona y bienes; es decir, lo que habitualmente se denomina la *capacidad natural* de autogobierno (20).

(19) Cfr. DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, t. II (Madrid, 1952; reed. Madrid, Civitas, 1984), p. 42. Con todo, se ha dudado en la doctrina de si esas instituciones y mecanismos estaban dispuestos realmente al servicio de la protección de menores e incapaces; sobre lo cual, por todos, véanse las posturas contrapuestas de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 142 y ss., especialmente 169 y ss. (menor edad) y 298 y ss. (incapacitación por locura o imbecilidad); y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona* (Madrid, Montecorvo, 1976), *passim*.

(20) A esta capacidad natural de conocer y querer se refiere usualmente la doctrina, sobre todo —pero no sólo— en cuanto presupuesto de la capacidad de obrar: cfr., por todos, DE CASTRO, *op. cit.*, p. 48; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I-1.º (10 ed., Barcelona, Librería Bosch, 1985), p. 229; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona* (Madrid, Tecnos, 1986), pp. 24 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I-2.º (reimpr. de la 14 ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, Reus, 1987), p. 163; o DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *Elementos...* *cit.*, I-2.º (2.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1990), p. 12. También, fuera de nuestras fron-

Esta ausencia de capacidad natural postula, al menos, dos tipos de medidas jurídicas para la protección de quienes carecen de ella, que se presentan como el anverso y reverso de una sola respuesta jurídica global a su situación, complementándose mutuamente:

1. Medidas de lo que cabría denominar como *protección positiva*, a través de la previsión (y provisión) de instrumentos y mecanismos que atiendan al cuidado de la persona y bienes del menor o incapaz, en la estricta medida en que él no pueda hacerlo: es decir, que deleguen, en su beneficio o donde él no puede llegar, tanto, y principalmente, respecto al cuidado de su persona, como a la gestión de su patrimonio; a eso tienden las llamadas, en sentido amplio, instituciones de asistencia y guardar (patria potestad, tutela, curatela...) (21).

2. Y las que podrían ser consideradas como medidas de *protección negativa*, mediante las que se impide que la eventual actuación (o falta de actuación) del naturalmente incapaz, precisamente en cuanto se encuentra determinada por dicha incapacidad, pueda volverse en su contra; en palabras de Goubeaux, «los derechos subjetivos, que constituyen ventajas concedidas a su titular, corren el riesgo de producir el efecto inverso, en detrimento de los más débiles. Es preciso evitar que, por impotencia de la voluntad, algunas personas dejen en abandono sus derechos, así como es necesario impedir que otras comprometan su situación por decisiones insensatas» (22). A esta finalidad atiende la privación o limitación (según los casos y circunstancias), de la capacidad de obrar, que se presenta desde esta perspectiva —y en estos casos— como un dispositivo de protección de los afectados por ella (23).

teras: por todos, GOUBEAUX, *Les personnes*, en el «Traité de Droit civil» —dir. GHESTIN— (París, LGDJ, 1989), p. 435; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 1.^o (Padova, CEDAM, 1990), P. 137; o LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerliches Recht* (6. Aufl., München, Beck, 1983), p. 95. *Vid.*, sin embargo, las consideraciones de STANZIONE, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, (Camerino, Jovene, 1975), pp. 171 y ss.

(21) Cfr., por ejemplo, la caracterización general que hacen de las instituciones tutelares SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *El nuevo régimen de la familia*, III (Madrid, Civitas, 1984), p. 61; o ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV (4.^o ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989), p. 303. Sobre la patria potestad, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...* 5-II (9.^o ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1985), pp. 201 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Elementos...* IV-2.^o (3.^o ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989), pp. 215 y ss.; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 287; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* IV (5.^o ed., Madrid, Tecnos, 1989), pp. 285 y ss.

(22) GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 317.

(23) Cfr. GOUBEAUX, *op. et loc. cit.*; parecidamente, GORDILLO, *Capacidad, incapacidades...* *cit.*, p. 42; GITTER, en el *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 1 (2. Aufl., München, Beck, 1984), *sub* §§ 104 y ss., p. 691.

Naturalmente, ambos tipos de protección están directamente relacionados, de forma que puede decirse que constituye como la cara y cruz de una misma moneda; dos aspectos (dependientes de dos diversos enfoques) de un solo sistema general de protección. Es claro que si el menor o el incapacitado no pueden obrar *por sí solos* con eficacia jurídica, alguien tendrá que obrar por ellos; de la misma forma que si no pueden cuidar de sí mismos, alguien tendrá que cuidar de ellos. Con todo, la diferenciación propuesta entre el aspecto positivo y el negativo de esa protección, sirve también para acercarse al conjunto de medidas tuitivas de menores e incapaces desde dos puntos de vista complementarios, que permiten tener una visión global del sistema general, y de los ámbitos y características con las que se presta esta protección. Así, mientras el enfoque negativo desemboca naturalmente en la consideración de la capacidad de obrar *ad extra* del menor o incapaz, el enfoque positivo permite dar una atención preferente a los contenidos más personales de esa protección; es decir, a lo relativo al cuidado de la persona del menor o incapaz. Lo cual se podrá apreciar con claridad meridiana a lo largo de este estudio.

En relación con este segundo aspecto (negativo) de la protección del incapaz natural, me parece oportuno que nos detengamos brevemente ahora en algunas cuestiones relacionadas con la capacidad de obrar.

B) *Breve apunte sobre las relaciones entre capacidad natural y capacidad de obrar*

a) Planteamiento general

La posibilidad de que quien es naturalmente capaz de atender a sus propias necesidades personales y patrimoniales, y de gobernar sus asuntos, pueda hacerlo mediante el reconocimiento de plena eficacia jurídica a su actuación, aparece actualmente como una consecuencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 C.E.). En este sentido, la atribución de capacidad de obrar [presupuesta la universalización de la capacidad jurídica, como «dimensión estática y necesaria de la personalidad» (24)], y con ella de la posibilidad jurídica de hacer frente a los propios asuntos a través de la propia actuación, se revela como «cauce ordinario del desarrollo de la personalidad», de manera que «allí donde tal capacidad de autogobierno se verifica, allí mismo debe reconocerse, y en esa misma medi-

(24) La afortunada expresión es de GORDILLO, *op. cit.*, p. 20.

da, la capacidad de obrar» (25). A partir de lo cual, la consideración de la capacidad natural como *substratum* o presupuesto de la capacidad de obrar puede ser defendida, para nuestro Derecho, en línea de principio (sin perjuicio de las matizaciones que enseguida habrá que hacer) (26).

Como corolario de esta relación entre capacidad natural y capacidad de obrar, y a la luz de los arts. 10, 39 y 49 C.E., se ha llegado a afirmar en la doctrina, como he señalado ya *supra*, que «la capacidad de obrar de las personas no es limitable en nuestro actual Derecho sino por cau-

(25) Las frases entrecomilladas son, nuevamente, de GORDILLO, *op. cit.*, p. 42. En parecida línea, se ha puesto de relieve en la doctrina alemana que si la participación en el tráfico jurídico es simultáneamente expresión del desarrollo de la personalidad, entonces la negación de la capacidad de obrar significa una limitación impuesta al desarrollo de la personalidad: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie* (Berlín, Dunker & Humblot, 1989), página 54.

(26) En ello está mayoritariamente de acuerdo la doctrina, tras las últimas reformas del Cc: cfr., GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, p. 12 (y *passim*); GORDILLO, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; ROCA TRÍAS, en su comentario al art. 215 (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*), p. 221; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 24 y s.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-2.º *cit.*, p. 163; LUNA SERRANO y RIVERO HERNÁNDEZ, *La tutela del deficiente mental*, ponencia presentada al «Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia», publicada por Tapia (Madrid 1987), p. 63; DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... I-2.º cit.*, p. 12; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 51.

Frente a esta opinión (si bien es verdad que trabajando a partir de unos datos de Derecho positivo muy diferentes, que avalaban en gran medida su postura: piénsese en la incapacidad de la mujer casada, o en la ya mencionada incapacitación por interdicción), DE CASTRO —*Derecho Civil de España*, II, *cit.*, pp. 49 y s.— entendió que «la doctrina jurídica ha sufrido uno de sus errores mayores de dirección al aceptar como axioma que la capacidad de obrar estaba determinada en el Derecho por la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer»; antes bien, para el egregio civilista «la economía de los textos legales muestra que la capacidad de obrar depende del estado civil y, en su caso, de la condición civil de las personas». La dependencia entre la capacidad de obrar y el estado civil es afirmada todavía, entre nosotros, por ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, I-1.º, *cit.*, p. 22. Como veremos, algo de razón hay en esta postura.

Lo que ocurre es que las últimas reformas han venido a afectar también a la propia consideración del estado civil, y muy especialmente a sus relaciones con la capacidad de obrar, acentuando la disociación entre ambos conceptos (sobre lo cual, *vid.*, por ejemplo, las ilustrativas páginas que a la cuestión dedica GORDILLO, *op. cit.*, pp. 48 y ss.). En este sentido, escribe DELGADO ECHEVERRÍA al caracterizar el contenido y efectos de los estados civiles: «algunos de estos estados civiles determinan la capacidad de obrar (como los derivados de la edad, o de la incapacitación); otros, por el contrario, no le afectan (como los que derivan del matrimonio o de la filiación); todos (además, en su caso, de afectar a la capacidad de obrar) definen la situación jurídica de la persona en la sociedad, y le atribuyen determinadas facultades o acciones (de estado)»; parecidamente, RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 51, donde propone un completo cuadro de correspondencias entre la capacidad natural, la capacidad de obrar y los estados civiles, llegando a conclusiones muy similares a las ahora indicadas.

sas que supongan la imposibilidad natural de actuar y decidir libre y responsablemente» (Gordillo) (27). Afirmación que, siendo correcta en lo esencial, precisa en mi opinión de algunas matizaciones (quizás referibles más que al pensamiento del autor a la radicalidad con la que aparece formulado).

En el caso de los incapaces las cosas son, claramente, así; en el de los menores, con algunas precisiones que habrá que hacer más abajo, puede afirmarse sin grandes dudas que también: ambas situaciones darían lugar, en correspondencia con los arts. 39 y 49 C.E., a supuestos de privación o limitación de la capacidad de obrar, con finalidad claramente tutiva del afectado por ellas. Pero nuestro ordenamiento conoce también un tercer mecanismo de limitación de la capacidad de obrar que, *prima facie* —también por inercia respecto de la situación anterior a la reforma de 1983— podría ser equiparable a los anteriores, aunque no estén del todo claros ni su fundamento último ni su alcance en nuestro Derecho (28) : me refiero a la prodigalidad.

Tras la reforma del Código civil operada por ley de 24 de octubre de 1983, de la regulación positiva de la prodigalidad en el Derecho español pueden obtenerse algunas conclusiones interesantes para nuestro propósito: 1. Que, en sí misma considerada, la prodigalidad no es causa de incapacitación (arts. 199 y 200 C.c.) (29), pero sí supone una clara limitación a la capacidad de obrar del declarado pródigo (art. 298 C.c.) (30); 2. Que la finalidad de esta institución no es la

(27) GORDILLO, *op. cit.*, p. 47.

(28) Cfr. las agudas observaciones de SALVADOR CODERCH, en el comentario a los artículos correspondientes en los *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, especialmente, pp. 723 y ss.; en la misma línea, DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... I-2.º, cit.*, p. 143.

(29) Así, expresamente, GETE-ALONSO, *La nueva normativa...*, p. 275; MONSERAT VALERO, *La prodigalidad*, RGLJ 259 (1985), pp. 898 y ss.; GORDILLO, *op. cit.*, página 43; DíEZ-PICAZO, en su comentario al art. 200, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, p. 180; OSSORIO SERRANO, *La prodigalidad* (Madrid, Montecorvo, 1987), pp. 109 y ss.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *La declaración de prodigalidad en Derecho Español*, RGLJ 262 (1987), pp. 873 y s.; DíEZ-PICAZO y GUILLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 270; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 146.

(30) Así, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 271; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, pp. 109 y ss.; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 873; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; o RODRÍGUEZ YNYESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 62. Algunos autores llegan más lejos: para LETE DEL RÍO se trataría de una «cuasi-incapacidad» (*Derecho de la persona, cit.*, p. 105); mientras que para ALBALADEJO llega a asimilarse a la incapacitación: «la prodigalidad de algún modo da lugar a una cierta clase de incapacitación, en cuanto es innegable que al declarado pródigo se le limita su capacidad normal, lo que no sólo puede llamarse incapacitación dando a esta palabra el sentido tanto de *reducción* como de *limitación* de la capacidad, sino que admitido que en verdad la incapacitación, rigurosamente hablando, puede consistir en *limitar* la capacidad del incapacitado sometiéndose a curatela (art. 210), es evidente que la prodigalidad da lugar a una situación tan de incapacitación como la que pesa sobre los incapacitados sometidos a curatela» (*Derecho Civil I-1.º, cit.*, p. 267).

protección del declarado pródigo (31), sino la de sus familiares más próximos (art. 294 C.c.) (32).

A partir de estos datos, puede afirmarse que en el caso de la prodigalidad parece claro que hay una limitación de la capacidad de obrar, que no responde a una efectiva incapacidad natural por parte del declarado pródigo (33), ni se dirige a protegerle (aunque indirectamente pueda tener efectos beneficiosos para él). Con todo, no me parece que esto altere fundamentalmente lo que ha quedado expuesto, ya que, en mi opinión, la prodigalidad, como limitación de la capacidad de obrar, no puede ser situada al mismo nivel que la incapacitación del enfermo mental o físico, o que la situación del menor de edad. Ello, por las siguientes consideraciones:

1. Por que se trata de una limitación de la capacidad de obrar restringida, cuantitativamente, a la esfera patrimonial, y que dentro de ésta afecta solamente a la realización de aquellos actos que expresamente determine la sentencia que la declare; de manera que el pródigo es perfectamente capaz para la realización de cualesquiera actos no patrimoniales, o para la de los patrimoniales no contemplados en la sentencia.

2. Porque se trata de una limitación de la capacidad de obrar de grado mínimo, cualitativamente, puesto que no impide al pródigo realizar los actos que exprese la sentencia *por sí mismo*, sino realizarlos *por sí sólo*: para poder llevarlos a cabo precisará la intervención del curador.

(31) A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno: cfr. las referencias de SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 725, nota 33. A ellas puede añadirse una nueva referencia, esta vez a Portugal, donde la inhabilitación del pródigo tiene como primera finalidad proteger sus propios intereses: cfr. PAÍS DE SOUSA y FRÍAS DE OLIVERA, *Da incapacidade jurídica dos menores, interditos e inabilitados* (Coimbra, Almedina, 1983), p. 269.

(32) Lo ha advertido, también, la doctrina: entre otros, ALBALADEJO, *op. cit.*, pp. 267 y 281; LETE DEL RÍO, en su comentario introductorio a los preceptos del Cc que regulan la prodigalidad, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO) —en adelante, *Comentarios Albaladejo*—, t. IV (2.ª ed., Madrid, EDESA, 1985), p. 451; MONTSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 884; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 724 ó 735; o RODRÍGUEZ-YNYESTO, *op. cit.*, p. 104.

(33) La prodigalidad, en sí misma considerada no supone necesariamente alteraciones psíquicas en el pródigo, aunque pueda ser, en algunos casos, síntoma de las mismas. Actualmente es clara la autonomía de la prodigalidad con respecto a las enfermedades psíquicas a que se refiere el art. 200: la limitación de la capacidad de obrar deriva simplemente de la conducta derrochadora del pródigo (y la concurrencia de los demás requisitos legales), y no de una eventual enfermedad mental que necesariamente explicaría esa conducta. Sobre lo cual, *vid.*, con mayor extensión, las consideraciones de MONTSERRAT VALERO, *op. cit.*, pp. 880 y ss.; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, pp. 725 y ss.; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, pp. 37 y ss.; o RODRÍGUEZ-YNYESTO, *op. cit.*, pp. 91 y ss.

3. Por último, hay que señalar que, siendo fundamento de la prodigalidad la defensa de los intereses de la familia más próxima del pródigo y no intereses futuros (como ocurría antes de la reforma de 1.983), sino actuales y de índole vital («...que reciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos...», dice el art. 294 C.c.) (34), al menos en relación con ascendientes y descendientes (35). la finalidad y fundamento de la institución del principio constitucional de protección a la familia.

De acuerdo con cuanto antecede, la limitación de capacidad que supone la prodigalidad, si bien no se basa en la ausencia de capacidad natural, sí es verdad que tiene una función de protección (no del pródigo, sino de su familia) que responde, al menos indirectamente, al mencionado principio constitucional. Y por otro lado, se trata de una limitación de la capacidad de obrar que, por su contenido y alcance, puede ser ella misma calificada como limitada o parcial —no, desde luego, general—, y proporcionada a los fines que mediante ella quieren lograrse. Por ambas razones no creo que pueda entenderse que hay aquí una vulneración injustificada y desproporcionada del principio de libre desarrollo de la personalidad.

Con todo, hay también que advertir que debido a ese mismo carácter limitado (*institucionalmente limitado*, quiero decir) (36) que caracteriza a la prodigalidad, no me parece que pueda ser considerada como un caso de privación o limitación general de la capacidad, en el sentido y grado en que lo son, institucionalmente, la incapacitación o la minoría de edad: ambas dos, en su grado máximo, pueden llegar a suponer la privación total de la capacidad de obrar, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal; lo cual nunca ocurre (ni puede ocurrir) con la prodigalidad.

(34) En la misma línea, SALVADOR CODERCH señala que con la prodigalidad «el Código no tutela intereses estamentales ni de clase, sino precisamente *intereses vitales*» (*op. cit.*, p. 735).

(35) Respecto al cónyuge, parece más probable la opinión que considera independiente su legitimación para pedir la declaración de prodigalidad, de la existencia del derecho de alimentos en sentido estricto (así, entre otros, GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 286 y s.; SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 736; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, p. 81; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. cit.*, p. 877; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, p. 256; en contra, sin embargo MONSERRAT VALERO, *op. cit.*, p. 893); aunque también sea habitual referirse, en relación con esta cuestión, a los deberes de ayuda, actuación en interés de la familia, socorro mutuo y levantamiento de las cargas del matrimonio (*vid.* las diferentes consideraciones que en torno a ello hacen, por ejemplo, SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 736; OSSORIO SERRANO, *op. cit.*, p. 82; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, *op. et loc. cit.*; o RODRÍGUEZ-YNNESTO, *op. cit.*, pp. 254 y ss.).

(36) Y en ello se diferencia, por ejemplo, de un supuesto de incapacitación en que la sentencia que la declare someta al incapacitado a una curatela de contenido tan limitado, para ese caso, como el que corresponde con carácter general a la curatela por prodigalidad.

Por tanto, una cosa es que, como principio, la capacidad de obrar dependa con carácter general de la capacidad natural, y otra muy distinta que todas las limitaciones de aquélla —es decir: *cualquier* limitación— deban proceder de un defecto de ésta: ello sólo ocurre en los dos supuesto de privación o limitación general de la capacidad de obrar de que vengo hablando (incapacitación y menor edad), pero no en otros casos de limitación de dicha capacidad, a los que, como he señalado, no conviene en sentido estricto la calificación de «general» (típicamente, la prodigalidad; pero no cuesta mucho recordar ahora la situación especial de concursados y quebrados...).

b) Alcance y factores de disociación de la correspondencia entre capacidad natural de obrar

Llevada a su extremo, la correspondencia entre la capacidad natural y la capacidad de obrar (que sería un mero reflejo jurídico de aquélla) obligaría a comprobar caso por caso la capacidad natural de las personas, para poder determinar así, también caso por caso, su concreta capacidad de obrar; lo cual es impracticable por que, evidentemente, paralizaría por completo la vida jurídica. Estos efectos perjudiciales se producirían, aunque en menor grado (pero con una eficacia perturbadora todavía considerable), si dicha necesidad de comprobación se limitara a aquellas personas frente a las que pueden surgir razonablemente dudas acerca de su capacidad natural por razón de su edad, de su desarrollo psicobiológico, de su formación, o de la presencia de alteraciones mentales (37). Por estas o parecidas consideraciones (que no aportan, desde luego, nada que no se supiera) «es práctica común en los ordenamientos jurídicos concretar el reconocimiento (limitación o condicionamiento) de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y generales para todas las personas, como son el haber alcanzado determinada edad, no padecer determinadas enfermedades (físicas o psíquicas) o defectos, o bien por otras causas que la ley establece» (Lette del Rio) (38).

(37) Exteriormente reconocibles, claro está; otra cosa convertiría la limitación en papel mojado.

(38) LETTE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 24. Como he dicho, no son planteamientos novedosos: cfr., por todos, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 149; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, cit., pp. 12 y ss. (con el enfoque crítico-ideológico que caracteriza esta obra); Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* I, cit., p. 252; o DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, pp. 12 y s. También, fuera de nuestras fronteras: cfr., por ejemplo, GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 321; o MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB* (4. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1990), p. 200.

Según esto, la capacidad de obrar de las personas deriva directamente, con carácter general, de la concurrencia de esos hechos o datos objetivos, a los que el ordenamiento la liga. Lo que también es verdad, en la actual situación de nuestro Derecho positivo, es que los hechos o datos a los que se vincula el reconocimiento de la capacidad de obrar abstracta y general, han sido fijados precisamente teniendo en cuenta que ellos permiten establecer razonablemente una presunción de existencia (o limitación, o inexistencia) de la capacidad natural. Lo cual quiere decir que, para la atribución de esa capacidad de obrar abstracto y general, se parte de una presunción legal de capacidad natural, que obra con base en datos externos objetivos y fácilmente reconocibles: la mayoría de edad (a partir de la cual el legislador presume que una persona ha llegado ya al desarrollo físico y mental, y al nivel de conocimientos y experiencia que le permite desenvolverse por sí sólo), y la ausencia de incapacitación (39).

Se puede decir que, en orden a la atribución de capacidad de obrar general, la correspondencia entre capacidad natural y capacidad de obrar es una correspondencia teórica —pero con fundamento real—, basada en presunciones legales, con alcance general, y que sitúa a la persona en una posición jurídica fácilmente identificable por quienes tienen que tratar con ella.

Este planteamiento supone la apertura de un brecha clara en la correspondencia real, concreta, entre la natural y la de obrar, que ha motivado introducción de algunas medidas de adecuación. Todo ello, en dos sentidos:

1. Primero, cuando el ordenamiento reconoce capacidad de obrar a quien naturalmente es incapaz o sólo limitadamente capaz: sería el caso, por ejemplo, del mayor de edad afectado por una enfermedad mental que le impide hacer frente a sus propios asuntos, pero que no ha sido incapacitado. A estos supuestos, en sus manifestaciones más graves de perturbación de las facultades mentales, atiende el Derecho

(39) Así, DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 13; y RODRÍGUEZ-YNNESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 58. Es en esta perspectiva en la que, como indicaba antes, tienen parte de razón DE CASTRO y ALBALADEJO (también para el Derecho civil vigente), cuando ligan la capacidad de obrar al estado civil, y no a la capacidad natural; lo que ocurre es que las cosas no suceden con la radicalidad con las que son planteadas por dichos autores. Efectivamente, la capacidad general de obrar de una persona no depende directamente de su capacidad natural, sino sólo indirectamente, y en un plano puramente abstracto o teórico; directamente, deriva de un estado civil (pero no de *cualquier* estado civil, como sabemos: la mayor o menor edad, y la incapacitación), que, éste sí, se funda en una presunción de capacidad o incapacidad natural derivada de las etapas del desarrollo de la personalidad (es el caso de la menor y la mayor edad), o en la constatación de esa incapacidad en un momento determinado (incapacitación) —o la ausencia de dicha constatación— que se presume continúa en tanto no se acredite la recuperación total o parcial de la capacidad natural.

mediante la exigencia de la efectiva de capacidad natural en el momento concreto de la realización del acto de que se trate; de manera que la carencia de dicha capacidad natural, aunque el sujeto sea formalmente capaz de obrar, afecta directamente a la validez y eficacia de sus actuaciones (40).

2. Segundo, cuando quien carece de capacidad general de obrar tiene capacidad natural suficiente, bien en general, bien para la realización de determinados actos. En este caso las soluciones que ofrece el ordenamiento son menos claras que en el anterior, pero no faltan dispositivos mediante los que se consigue aproximar la capacidad de obrar reconocida por el Derecho a la capacidad natural efectivamente presente en el sujeto. Baste citar, en relación con el menor, la posibilidad de emancipación (especialmente, desde este punto de vista, la llamada emancipación por vida independiente), o el progresivo reconocimiento —legal y, desde luego, doctrinal— de una limitada capacidad de obrar, en paralelo al desarrollo físico y psíquico del menor; y, en relación con los incapacitados, además de la flexibilización de la figura operada por la reforma de 1.983 en cuanto a sus causas, alcance y mecanismos protectores, las posibilidades de modificación y cesación de dicha situación, si el incapacitado recupera total o parcialmente su capacidad natural, o los casos en los que la capacidad de obrar para la realización de actos determinados aparece ligada a la capacidad natural (típicamente, el matrimonio —art. 56 C.c.— o el testamento —art. 665 C.c.—).

De acuerdo con esto, la capacidad natural, además de fundamentar el reconocimiento de la capacidad (o incapacidad) general de obrar, en la forma que se ha indicado, adquiere relevancia jurídica propia, precisamente en los casos más graves de disociación entre la capacidad de obrar general (=capacidad natural presumida legalmente) y la capacidad natural real de una persona determinada, como mecanismo corrector de las disfunciones que esa disociación podría producir (41).

(40) En el mismo sentido, ALBALADEJO señala que «para realizar válidamente un acto se precisa: 1.º Capacidad de obrar... 2.º Estar, además, en condiciones psíquicas de poder llevarlo a cabo» (*Derecho Civil I, cit.*, p. 230).

(41) Así, con particular energía (y un alcance general que no comparto, al menos en la formulación literal del autor) STANZIONE —*Capacità e minore età nella problematica della persona umana, cit.*, pp. 176 y s.— señala que la consideración autónoma de aquélla tiene sentido, desde el punto de vista jurídico, sólo en la medida en que esa consideración se proyecte sobre una situación opuesta de capacidad (o incapacidad) de obrar; en consecuencia «aparece claro que a la incapacidad natural compete una función negativa y subsidiaria, consistente en la exclusión de la validez o de la imputabilidad de un acto que, por el contrario, debería revestir precisamente esos caracteres. Pero no se puede negar, por otro lado, que la capacidad natural pro-

C) *Posibilidades y límites de una consideración conjunta de la situación de menores e incapaces ante el Derecho civil*

a) Hemos visto hasta ahora cómo entre la situación del menor y la del incapaz —que constituyen el elemento teleológico de las instituciones civiles de asistencia y protección— hay puntos de contacto importantes, que permiten una aproximación entre ellas, y justifican suficientemente el tratamiento conjunto que la doctrina hace —ocasionalmente, con brevedad y sin profundizar demasiado en ello— de ambas (42). Destacan, entre esos puntos de contacto, el fundamento de la protección que se les dispensa (que proporciona el componente teleológico de las instituciones y mecanismos de protección): la incapacidad natural de autogobierno; y junto a él, las líneas maestras del contenido de esa protección; la importancia del principio del respeto al libre desarrollo de la personalidad, como límite y modalizador de ese contenido, o la necesidad de tener en cuenta el principio de seguridad del tráfico para orientar, también, el mencionado contenido.

Esta proximidad entre las dos situaciones es todavía mayor si reparamos ahora, una vez analizado ya lo relativo a la que he denominado más arriba «protección negativa» (privación o limitación de la capacidad de obrar), en algunos aspectos del contenido positivo de dicha protección; es decir, referidos a los mecanismos de guarda, asistencia y representación de menores e incapaces.

Tras las reformas de 1981 y 1983, parece claro que se ha producido un más que notable acercamiento entre las figuras previstas para sustituir o complementar la incapacidad (o capacidad limitada), y, en su caso, atender al cuidado de la persona y bienes de los menores, y las dispuestas con las mismas finalidades respecto a los incapaces. Ello es así hasta el punto de que se ha podido hablar, con razón, de una cierta «fun-

voca, a su vez, la validez o imputabilidad de un acto con respecto al cual el estado, presumido legalmente, de incapacidad de su autor impediría —o todo lo más dejaría en suspenso— la producción de efectos, o bien evitaría la anudación de toda responsabilidad».

(42) Cfr., por ejemplo, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 42; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-II, cit., p. 165; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, cit., p. 238; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, I-2.º, cit., pp. 12 y s. Con mayor detalle, puesto que ese tratamiento conjunto es una de las tesis de su trabajo, CASANOVAS MUSSONS, *La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida*, RJC 1985, pp. 85 y ss. Fuera de nuestras fronteras, cfr. las referencias de PESCARA a la doctrina italiana («I provvedimenti...» cit., pp. 754 y ss.); WEIL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (5.ª ed., París Dalloz, 1983), pp. 727 y ss.; LARENZ, *Allgemeiner Teil...* cit., p. 95; GITTER, en el *Münchener Kommentar...* cit., sub §§ 6 (pp. 97 y ss.) y 104 y ss. (pp. 690 y ss.); MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, cit., pp. 199 y ss.; y HEINRICH, *Palandt BGB* (50 Aufl., München, Beck, 1991), sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.).

gibilidad institucional» de tales figuras (43). En efecto, la introducción en 1981 de la patria potestad prorrogada o rehabilitada como mecanismo apto para la representación y protección de determinados incapaces, permite extender el alcance de la patria potestad más allá de lo que hasta entonces aparecía como su ámbito natural de actuación, limitado a la minoría de edad del hijo *inpotestate*. A partir de ahí, resulta que el menor, dependiendo de sus circunstancias personales, podrá estar sometido, bien a la patria potestad, bien a la tutela; y, del mismo modo, el mayor incapacitado podría verse sometido, también en función de sus circunstancias personales, bien a la tutela (que incluye el caso de tutela prorrogada: art. 278 C.c.) (44), bien a la patria potestad prorrogada o rehabilitada. De esta forma —en palabras de Casanovas Mussons— «se confería a la institución protectora (patria potestad, tutela) un carácter accidental respecto a la causa de la incapacidad; permitió prescindir (a estos efectos generales, más allá del contenido concreto) del hecho de que la intensidad máxima venga determinada por la minoría de edad o por la incapacitación» (45).

Por otro lado, la introducción de la curatela en la reforma de 1983 tiene un efecto similar respecto al grado o intensidad mínima de la incapacitación (régimen de asistencia o complemento de la capacidad) (46), en la medida en que, dependiendo nuevamente de sus circunstancias personales, el menor emancipado puede ver complementada su capacidad mediante la asistencia de sus padres o de un curador (arts. 286 y 323 C.c.); y el mayor de edad sometido a curatela puede verse asistido, bien por sus padres (en función de curadores), o bien por personas diferentes de ellos (art. 291 C.c., en relación con el art. 234 C.c.).

Este acusado paralelismo (47) (e intercambiabilidad, en el sentido indicado) entre las instituciones de asistencia y guarda de menores e incapacitados, obedece a una clara aproximación también en cuanto a las respectivas estructuras básicas conforme a las que se organizan los estatutos jurídicos respectivos, en lo que se refiere a la afectación de la capacidad de obrar: en ambos supuestos se conocen situaciones de incapacidad máxima (vgr., la del recién nacido, o la del incapacitado plenamente), que determinan el sometimiento a un régimen de sustitución

(43) La significativa expresión es de CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, p. 96.

(44) Sobre las peculiaridades más notables de esa tutela prorrogada, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub art. 278, pp. 616 y ss.

(45) CASANOVAS MUSSONS, *op. et loc. cit.*

(46) Cfr. CASANOVAS MUSSONS, *op. et loc. cit.* Sobre la distinción entre regímenes de sustitución y regímenes de asistencia o complementación, *vid.* CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, pp. 89 y s.; y ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub art. 215, p. 225.

(47) Que resaltan también ROCA TRÍAS, *op. cit.*, sub arts. 216 y 217, p. 227; y GARCÍA CANTERO «Los principios de la nueva normativa de la tutela» *cit.*, p. 87.

ción (patria potestad o tutela); y situaciones de incapacidad mínima —o de limitación mínima de la capacidad de obrar, si se quiere— (vgr., la del menor emancipado, o la del incapacitado limitadamente), que determinan el sometimiento a un régimen de asistencia (asistencia paterna o curatela) (48). También en ambos casos se conocen grados intermedios de capacidad de obrar entre esas intensidad máxima y mínima, según tendremos ocasión de ver. Todo lo cual sirve para justificar la aproximación entre los respectivos tratamientos jurídicos de la situación de los menores y la de los incapacitados (49).

b) Frente a estas consideraciones, no han faltado quienes han señalado que no es correcto realizar un tratamiento unitario de la situación de menores e incapaces (50).

(48) Cfr., también, CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, p. 89; y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, sub art. 215, p. 225.

(49) Parecidas ideas en CASANOVAS MUSSONS, *op. cit.*, pp. 91 y ss., donde intenta la construcción unitaria del estatuto jurídico de la capacidad limitada.

La aproximación entre la situación de los menores y la de los incapacitados no se produce únicamente en nuestro Derecho. Cfr., por ejemplo, las referencias de PESCARA («I provvedimenti...» *cit.*, pp. 754 y ss.) a los argumentos con los que se justifica en la doctrina italiana la remisión que hace el art. 424 del *Codice*, en sede de interdicción e inhabilitación, a las reglas reguladoras de la protección de menores; o, respecto al Derecho francés, las consideraciones de WEIL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, *cit.*, pp. 727 y ss.

En el Derecho alemán los datos normativos apuntan también en esta dirección. Por ejemplo, el § 104 BGB considera incapaces negociales, además de al menor de 7 años, al incapacitado por enfermedad mental, y a quien se encuentra en un estado no transitorio de perturbación patológica de la actividad mental, que impida la libre determinación de su voluntad; mientras que gozan de capacidad negocial limitada el menor de edad mayor de 7 años (§ 107 BGB), y también los incapacitados por debilidad mental, prodigalidad, alcoholismo o toxicomanía (§ 114). Sobre lo cual, *vid.* LARENZ, *Allgemeiner Teil*, *cit.*, pp. 95 y ss.; GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, sub §§ 6 (pp. 97 y ss.) y 104 y ss. (pp. 690 y ss.); MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, *cit.*, pp. 199 y ss.; y HEINRICH, *Palandt BGB*, *cit.*, sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.). En relación con ello, conviene advertir que a partir del 1 de enero de 1992 la regulación alemana de la incapacitación se verá fuertemente afectada por la entrada en vigor de la denominada «Ley de Asistencia» (*Betreuungsgesetz*) de 12 de septiembre de 1990: dan noticia de ella PALANDT, *op. cit.*, p. 10 y, con información sobre su contenido más relevante, STOLL y WEINREICH, *Evolución del Derecho privado alemán en los años 1987-1989* (trad. SANTOS BRIZ), RDP 1991, pp. 496 y ss.

(50) Entre nosotros, sin ulteriores precisiones, ROCA TRÍAS (*op. cit.*, pp. 224 y ss.), para quien de dicho empeño derivan dificultades de operatividad. En Italia, pueden verse también las reflexiones de PESCARA (*op. cit.*, pp. 754 y ss.), motivadas fundamentalmente por la ya aludida remisión que efectúa el art. 424 del *Codice* a las reglas de protección de menores, que resultan (según señala el citado autor) inadecuadas para dar solución a las peculiaridades de la situación de los incapaces, lo que acaba resolviéndose en lagunas e inconvenientes prácticos de naturaleza muy variada; naturalmente, la ausencia en nuestro Derecho de una norma como la italiana hace que alguna de las razones allí expuestas sean para nosotros de escasa utilidad.

En relación con ello, Goubeaux parte de la idea de que «el problema legislativo planteado por los mayores necesitados de un estatuto protector es muy diferente del que plantean los menores» (51). A continuación, desgrana las siguientes diferencias: 1. La universalidad de la situación del menor, como etapa por la que pasa todo ser humano, frente al carácter minoritario de las situaciones de incapacidad natural en mayores de edad. 2. La homogeneidad, en general, de las etapas y grados del desarrollo humano, frente a la diversidad de las anomalías psíquicas. 3. La temporalidad del estado del menor, que tiende por su propia naturaleza hacia la obtención de la plena capacidad, frente a la persistencia que caracteriza a muchas enfermedades mentales (52). De donde concluye este autor que «el punto de contacto entre las dos categorías es de técnica jurídica: ciertos aspectos de la incapacidad de obrar pueden constituir un método de protección de los intereses de los mayores y, en esta medida, cabe encontrar mecanismos análogos a los que se utilizan respecto a los menores. Pero es claro que la utilización común de algunos medios no sirve para crear una identidad artificial entre cuestiones que son diferentes» (53).

c) Las apreciaciones de Goubeaux, que en sí mismas son acertadas, ponen de relieve los límites necesarios a la aproximación y (en su caso) tratamiento conjunto de la situación de los menores y la de los incapacitados. Es verdad, por un lado, que esa aproximación y tratamiento conjunto, hasta el límite de lo posible y razonable, puede resultar fructífero, y ayudar a entender mejor y más profundamente las líneas de la regulación jurídica de cada una de esas dos categorías de personas (y pienso que las páginas que anteceden pueden servir como botón de muestra), más allá del puro componente técnico a que se refiere Goubeaux. Pero es también verdad que las diferencias sustantivas entre la situación (y por tanto, las necesidades) de los menores, y la de los incapaces, en la línea marcada por el citado civilista francés, son claras y postulan un contenido específico, diferente, para los mecanismos de protección atinentes a cada una de dichas dos categorías; de esta forma se podrán evitar las disfunciones, lagunas, dificultades, falta de operatividad, etc., que la doctrina ha achacado a un tratamiento conjunto que no atienda particularizadamente a esas peculiaridades. Forzar esos límites creando una superestructura conceptual para homogeneizar el tratamiento de ambas situaciones, haría perder en los dos casos la flexibilidad imprescindible para conseguir el equilibrio óptimo entre los principios fundamentales involucrados en esta regulación: el de protección a menores e

(51) GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 435.

(52) Cfr. GOUBEAUX, *op. cit.*, pp. 435 y s.

(53) GOUBEAUX, *op. cit.*, p. 436.

incapaces, el de respecto al libre desarrollo de su personalidad, y el de seguridad jurídica y del tráfico.

Buena muestra de ello puede ser, en nuestro Derecho positivo, la presencia de un conjunto de medidas destinadas específicamente a la protección del menor (y más concretamente, como veremos, del menor no emancipado), en razón de sus más urgentes necesidades de atención y cuidados, que no son extensibles a los incapacitados. Me refiero, básicamente, a la tutela automática *ex art 172.1 C.C.*, a la guarda administrativa *ex art. 172.2 C.C.*, y al acogimiento familiar (54): todas ellas diseñan un ámbito jurídico de protección de menores, que no encuentra correspondencia en relación con los incapacitados.

II. LA EDAD COMO CRITERIO DETERMINANTE DEL SOMETIMIENTO A UN REGIMEN DE PROTECCION

Es un dato empíricamente comprobable por cualquiera que el hombre, en el momento de su nacimiento, necesita para sobrevivir atención y cuidados inmediatos; y también la lentitud de su ulterior desarrollo físico y psíquico, hasta llegar a la madurez psicobiológica. Durante este largo período precisa también que le sean prestados cuidados y atenciones. En palabras de Goode (55), «como muchos otros animales, el hombre está desvalido al nacer, y sin cuidados moriría rápidamente. Sin embargo, a diferencia de la mayoría, el hombre tampoco puede cuidarse por sí mismo durante varios años. Esta característica está enlazada con otras varias para formar un complejo que sitúa aparte al hombre:

1. El hombre madura más tarde que cualquier otro animal.
2. No tiene instinto para simplificar su ajuste al medio.
3. Posee el cerebro más complejo entre todos los animales» (56).

A estas o similares consideraciones alude Moritz cuando se refiere al «origen antropológico del pensamiento de necesidad de protección del niño» (57).

(54) A las que cabría añadir la adopción, en su contenido —hoy fundamental— de protección a menores en desamparo.

(55) Citado por LACRUZ BERDEJO, en LACRUZ *et al.*, *Elementos...* IV-1.º (Barcelona, Librería Bosch, 1989), pp. 12 y s.

(56) Parecidamente, desde la perspectiva psicobiológica, SEVA DÍAZ «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», en *El régimen jurídico de la adopción* (Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1989), p. 29.

(57) MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 43; aunque sería más correcto hablar de origen antropológico de la *necesidad* de protección, puesto que se trata de una realidad, y no de una corriente doctrinal o filosófica.

A este desarrollo psicobiológico, consistente en la consolidación suficiente (58) de sus facultades intelectivas y volitivas, hay que añadir un ulterior componente de esa capacidad natural de autogobierno, consistente en un aprendizaje de carácter general, cuyo objeto es precisamente el autogobierno. Efectivamente, una vez que la inteligencia y la voluntad han llegado a un grado suficiente de madurez psicobiológica, le falta todavía al menor para poder desenvolverse por sí solo la *experiencia* necesaria para hacerlo (59). De manera que en una primera fase, el menor es protegido básicamente por la falta (o limitada presencia) de las facultades intelectivas y volitivas; y en una segunda fase, considerablemente más cercana a la mayoría de edad, la protección deriva de la inexperiencia del menor en el manejo de esas facultades de las que ya dispone, en relación con su propio autogobierno (60).

Estas consideraciones me parecen relevantes, porque sirven para ponderar, en relación con el principio de libre desarrollo de la personalidad, la adecuación de los mecanismos de protección a las necesidades reales del menor, en relación con el fundamento de esa protección que se le ofrece. Por ejemplo, respecto a la conveniencia de dotar al menor de un medio de protección que le permita simultáneamente obtener la experiencia que le hace falta en la última etapa de su desarrollo antes de la mayoría de edad (61).

El momento concreto en que se alcanza, efectivamente, esa capacidad natural de autogobierno, es diferente para cada persona; como tam-

(58) Hay que advertir que, desde el punto de vista jurídico, no interesa tanto el desarrollo óptimo de esas facultades (que puede llegar a no conseguirse, sin impedir a una persona mantener una vida de relación normal), sino un desarrollo mínimo, por debajo del cual lo que procede es ya la incapacitación.

(59) Con todo, es precisamente esa madurez de las facultades de conocer y querer la que debe tenerse en cuenta primeramente, por que ellas constituyen el instrumento con el que el hombre (*cualquier* hombre) puede enfrentarse también a situaciones para las que nunca fue educado.

(60) Lo alude GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 319.

(61) Frente la vinculación de la capacidad de obrar a la capacidad natural, tal y como ha quedado diseñada, otros autores hacen hincapié en la madurez social (cfr. las referencias de STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 275 y ss.: allí mismo indica el autor las aporías de esa dirección doctrinal) o en el aprendizaje social —profesional— (R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, cit., pp. 12 y s.). La postura no me convence. Ligar la capacidad de obrar (como propone R. BERCOVITZ) a la función que se va a desarrollar en la sociedad, y por tanto a la finalización del específico aprendizaje dirigido a poder llevarla a cabo, conduce fácilmente, al menos en el plano teórico, a una cierta estamentalización de la sociedad, en la que la capacidad de obrar de cada uno depende de su situación (actual o prevista) laboral. Por último (para no extenderme demasiado), una toma de postura semejante podría acarrear consecuencias prácticas no deseables: por ejemplo, ¿habría que incapacitar o limitar la capacidad de quien, preparado para desarrollar una función, se encuentra de pronto en unas circunstancias que sobrepasan la función para la que se preparó (piénsese en el típico caso de herencia cuantiosa e inesperada, de administración compleja)?

bién es distinto el proceso concreto que ha seguido hasta llegar a esa madurez (aunque entre todos los hombres se dé un acusado paralelismo, más acentuado a medida que las circunstancias culturales, sociales, económicas, etc. son más próximas).

Evidentemente, el Derecho podría optar por atender a las circunstancias personales de cada individuo, para determinar cuándo ha llegado a la madurez, o cuál es el grado de madurez al que ha llegado (62). Pero esta es una solución impracticable por las dificultades de comprobación que plantea (63), más en un modelo de sociedad cuyo entramado de relaciones económicas, políticas, sociales, etc. es tan complejo como el actual. De ahí que el Derecho —al menos en nuestro ámbito cultural y jurídico— tienda a adoptar un criterio externo, fácilmente comprobable, que permite una considerable simplificación del funcionamiento de la vida jurídica, como es el de ligar a la edad del sujeto tanto la capacidad de obrar como, en general, el sometimiento a un régimen especial de protección. La razón de obrar así es clara: en palabras de Goubeaux (64), «el paso de una cualidad, la aptitud para conducir razonablemente sus asuntos, a una cantidad, un número determinado de años transcurridos desde el nacimiento, ignora ciertamente algunos matices, pero es una aproximación la mayor parte de las veces suficiente, y su simplicidad le confiere una incontestable superioridad práctica». De ahí que la solución legal sea considerada, también por la doctrina, preferible por sus innegables ventajas prácticas (65).

Antes de seguir, y precisamente para poder hacerlo con más provecho, creo conveniente detenernos muy brevemente en ese dato elegido

Es sabido, ya en otra perspectiva, que históricamente se ha atendido a otras «idoneidades» o «capacidades» para fijar edades jurídicamente relevantes: vgr., la pubertad, o la capacidad de portar armas: cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età...* cit., p. 274; o R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 16 y ss.

(62) Por ejemplo, ese era el criterio defendido en Roma por los sabinianos, para determinar cuándo una persona había alcanzado la pubertad; pero, por consideraciones prácticas, acabó imponiéndose la opinión de los proculeyanos, y fijándose un límite legal mínimo (14 años para los hombres, y 12 para las mujeres): cfr. D'ORS, *Derecho Privado Romano* (6.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1986), p. 350; DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 150 (quien señala que el Derecho musulmán sigue todavía ese criterio); STANZIONE, *op. cit.*, p. 271.

(63) STANZIONE (*op. cit.*, p. 273) llega a decir que «la única vía que se puede indicar —pero que en la práctica no es transitable— para salir del dilema consiste en someter a *test* al sujeto, a fin de comprobar si ha llegado o no a la madurez exigida».

(64) GOUBEAUX, *Les personnes*, cit., p. 321.

(65) Cfr., por ejemplo, ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º*, cit., p. 243; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 52; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* I, cit., p. 252; y DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos...* 1-2.º, cit., p. 100. En relación con ello, denuncian DíEZ-PICAZO y GULLÓN que estas consideraciones se están olvidando en las recientes reformas del Código Civil «que se inclinan por una dependencia entre capacidad y aptitud concreta de la persona que se trate, prescindiendo del dato objetivo de la edad. Tal orientación parece peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad

por el legislador como determinante de la capacidad de obrar, y de la situación legal de protegido (66): el de la edad. Puede ser definida, con Delgado Echeverría, como «el tiempo que lleva viviendo (una persona) desde su nacimiento hasta el momento que se computa. Como se ve — sigue el citado autor—, resulta de una combinación de dos ideas muy elementales: la de *vida* y la de *duración*» (67). Si la segunda de las referencias temporales que se toman para el cálculo de la edad es, por definición, variable (dependerá precisamente del momento en el que la edad se quiera computar), el término inicial goza de fijeza legal: en nuestro Derecho, se cuenta desde el momento del nacimiento —no, por tanto, desde el de la concepción— (68), y se incluye en el cómputo, completo, el día del nacimiento [art. 315 C.c., referido a la mayor edad, pero referible, según la mejor doctrina (69), a cualquier supuesto de cómputo de la edad (70)].

La elección realizada por el legislador encierra una vinculación entre edad y capacidad natural —presumida ésta a partir de aquella— que

real, que se traducirá en el reconocimiento de capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo» (p. 252; similares consideraciones, en LETE DEL RÍO, *op. et loc. cit.*): más adelante habrá ocasión de volver sobre ello.

(66) El tema es tratado habitualmente en relación con la capacidad de obrar, pero puede ser referido también al estatuto de protección jurídico-civil en general, en la medida en que tanto el reconocimiento jurídico de capacidad de obrar a una persona, como el sometimiento o no a un régimen de asistencia o guarda legal, dependen ahora, por la finalidad protectora que ambos revisten, de su capacidad o incapacidad natural. Lo cual, como es sabido, históricamente no siempre ha sido así: hasta fechas bien recientes, si hacemos cuenta de la más que bimilenaria historia del Derecho Civil, el sometimiento a la patria potestad era por completo independiente de la capacidad natural, o de la edad, del sometido a ella, que podía morir ya septuagenario sin haber llegado a ser *sui iuris* (en realidad, tampoco la patria potestad era, como es ahora, una institución fundamentalmente tuitiva), y por tanto, sin haber adquirido plena y autónoma capacidad de obrar. En nuestro país, la vinculación de la obtención de la plena capacidad de obrar y simultánea salida de la patria potestad a la edad de la mayoría no tuvo lugar hasta el período codificador (y más concretamente, hasta la ley del Matrimonio Civil, de 1870): cfr. sobre ello, y sobre la situación anterior, DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, pp. 151 y ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 14 y s., y 18 y s.; y GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 13 y ss.

(67) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. cit.* Es un concepto, por lo demás, que goza de amplio consenso doctrinal, ya que las diferencias son únicamente de formulación: cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, p. 149; R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 9; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 52; o CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 174.

(68) Que no deja de ser otra posibilidad existente: cfr. R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 10.

(69) Cfr. DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 153 y ss.; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 54; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 253.

(70) Tampoco faltan aquí otras posibilidades, discutidas en nuestro Derecho hasta que una intervención legislativa en 1943 zanjó la cuestión en el sentido indicado en el texto: cfr. sobre todo ello las exposiciones de DE CASTRO, *op. cit.*, p. 152; R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 9; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 53; o CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 177.

no tiene por qué corresponderse con la situación real de quien ha alcanzado esa edad. Con todo, no se trata de una elección arbitraria, sino que viene abonada por la existencia de una cierta adecuación conceptual entre ambas, así como por un juicio del legislador que justifica esa presunción, en el sentido que sigue:

1. Como acabo de señalar, la adquisición de la capacidad natural es fruto de un proceso vital que se desarrolla en el tiempo. La edad, por su parte, puede ser considerada, desde este punto de vista, como la expresión numérica del desarrollo temporal de una persona (71) (es decir, el tiempo de duración de su vida hasta un momento determinado). El paralelismo entre ambas realidades —desarrollo en el tiempo de la capacidad natural de una persona, y desarrollo también en el tiempo de la vida de una persona— permite emplear una (la edad) como instrumento para determinar la otra (la capacidad natural), dando así fijeza (artificial, pero necesaria) a algo que es por su propia naturaleza dinámico (72). Es decir, que para medir una realidad dinámica y no mensurable, se utiliza otra, que discurre paralelamente, pero es —esta vez sí— mensurable (73).

2. De todas formas, las consideraciones que anteceden servirán de poco si no cupiera establecer una relación entre la edad y la capacidad natural, que justificara las presunciones legales. Y es que la edad (o edades: luego hablaremos de ello) de que se trate, está dispuesta por el legislador a partir de la consideración (*id quod plerumque accidit*) de que una persona normal, en condiciones normales, a dicha edad ha adquirido ya la capacidad natural bastante para llevar a cabo la actuación o actuaciones a que el legislador le autoriza —o, si se trata de la edad de la mayoría, para reconocerle con carácter general la capacidad de obrar—.

Pero que presumir la capacidad natural a partir de la edad sea razonable, no debe hacernos olvidar el hecho de que, por medio de este sistema, se sustituye (utilizando las acertadas expresiones de Goubeaux) (74) una realidad cualitativa (la efectiva adquisición de capacidad natural) por otra meramente cuantitativa (el paso del tiempo, a

(71) Parecidamente, STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, p. 262, quien califica la edad de una persona como la «expresión numérica de un estadio de su desarrollo físico-psíquico»: como veremos más adelante, hay en esta caracterización un elemento no del todo convincente.

(72) Pero en esto la edad también se revela como adecuada, ya que el paralelismo se mantiene: también la edad es, por su propia naturaleza, esencialmente dinámica, en cuanto, en último extremo (se pueden calcular hasta los segundos...) siempre está cambiando. Hace hincapié en el carácter dinámico de la edad, STANZIONE, *op. cit.*, p. 261.

(73) Reflexiones parcialmente similares en STANZIONE, *op. cit.*, pp. 262 y ss.

(74) Que, por otro lado, este autor toma de ROUBIER: cfr. STANZIONE, *op. cit.*, p. 262, nota 354.

contar desde un momento determinado). En este sentido, es claro que la edad no mide más que eso: el paso del tiempo en relación a la vida; y no, como parece pretender Stanzione (75), el desarrollo físico y psíquico de esa misma persona, con respecto al que sólo puede servir como punto de referencia aproximativo, con base en *id quod plerumque accidit*, según he indicado. De ahí resulta que, como escribe De Castro, «la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona» (76).

La elección de la edad como criterio a partir del que se presume la capacidad natural de autogobierno (con sus consecuencias respecto a la capacidad de obrar y la extinción de los mecanismos de asistencia o guarda legal) puede plasmarse de diferentes formas. En palabras, nuevamente, de De Castro (77) «se advierte una pluralidad de sistemas respecto al número y significado de las edades tenidas en cuenta. Pueden señalarse, como sus extremos, de un lado, la admisión de una sola edad como divisoria de la vida de la persona y como única o casi única edad tenida en cuenta, y de otra parte, el de señalar para cada acto una edad especial, teniendo en cuenta sus características especiales de peligrosidad o de exigencia de particulares condiciones; el primero tiene la ventaja de la sencillez y de evitar complicaciones respecto a la validez de los actos; el segundo, puede llegar a resultados más equitativos. Entre ambos, se ha generalizado otro sistema: el de señalar una edad básica (mayoría de edad), que determina la diferencia de estado de la persona, y junto a ella se tienen en cuenta una serie de edades de significado más restringido, que señalan la capacidad jurídica especial para cada uno de los distintos actos».

En la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno (incluido el nuestro) se ha optado por este último sistema —con matizaciones, a las que aludiré más adelante, y diferencias notables de unos a otros— (78). En él se aúnan las ventajas de la fijeza, seguridad y sencillez derivadas del establecimiento de una edad general para la atribu-

(75) Cfr. STANZIONE, *op. et loc. cit.*

(76) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 149.

(77) DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 150 y s.

(78) Así, mientras en los países del ámbito latino la edad de la mayoría se presenta como la única relevante con carácter general, los del ámbito germánico conocen, junto a ella (que sigue conservando su preeminencia, al determinar la plena capacidad) otras edades intermedias: así, en Alemania, la de los 7 años, a partir de la cual el menor (que lo sigue siendo) tiene capacidad negocial limitada (§ 106 BGB); o, con mayor complejidad, en Austria, donde junto a la edad de 7 años —determinante de la situación de *Unmündigkeit*—, aparece la de 14 años, que determina la *Minderjährigkeit von Mündigen*: cfr. § 21 ABGB. En el ordenamiento español, el Derecho Civil aragonés presenta una situación similar, ya que, como es sabido, el menor de edad mayor de 14 años «puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes» (art. 5 Comp. Ar., sobre el cual, en general, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compila-*

ción de plena capacidad de obrar y la extinción de los mecanismos positivos de protección, con la posibilidad de introducir flexibilizaciones en esa regla para determinados actos, respecto a los cuales el legislador considere necesaria una mayor capacidad, o admisible otra menor. Tanto en España (por mandato constitucional —art. 12 CE—, y disposición legal —art. 315 C.c.—), como en los países de nuestro entorno más cercano (Francia —art. 388 del *Code*—, Italia —art. 2 del *Codice*, Alemania —§ 2 BGB—, Portugal —art. 122 del Código Civil— o Gran Bretaña —*Family Law Reform Act* de 25 de mayo de 1969—, por citar algunos) (79), ese límite general se encuentra situado en los 18 años, cuyo cumplimiento determina la adquisición de plena capacidad de obrar (80), y la cesación de cualquier mecanismo de representación, asistencia, o guarda en general, a que el hasta entonces menor estuviera sometido (81). A esta, acompañan otras edades fijadas por el legislador para la adquisición de capacidades de obrar especiales (algunas de las cuales, como he indicado antes, pueden revestir alcance considerable) (82).

Como ya he dicho más arriba, este sistema es entre nosotros relativamente reciente, ya que cabe situar su adopción en la etapa de nuestra codificación civil —más concretamente, en la Ley del Matrimonio Civil de 1870—, siendo consagrado después por el Código civil. Hasta ese momento, el Derecho español no conoció una única y verdadera mayoría de edad, cuyas consecuencias fueran tanto el reconocimiento

ción del Derecho Civil de Aragón (dir. LACRUZ BERDEJO), t. I —Zaragoza, 1988—, sub art. 5, pp. 325 y ss.); no creo que pueda asimilarse a éstos, sin embargo, el caso del Fuero Nuevo de Navarra, conforme a cuya Ley 50 «los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de 14 años de uno y otro sexo»: cfr. DE PABLO CONTRERAS, en DE PABLO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil Navarro*, t. I (Pamplona, EUNSA, 1990), pp. 328 y ss.

(79) Sobre la cuestión, en general, con más información sobre otros ordenamientos europeos (hasta la fecha del trabajo, claro está) *vid.* MENEGAZZI MUNARI, «L'abassamento della "maggiore età" nelle piú recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa», en CRISTOFARO y BELVEDERE (dir.), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 645 y ss.

(80) Salvo, naturalmente, previa incapacitación del menor: art. 201 Cc.

(81) Esto hace que la edad determinante de la mayoría adquiera un valor general, cualitativa y cuantitativamente, del que carecen las demás edades legales. Así, DE CASTRO afirma que «la mayoría de edad adquiere el valor sustantivo de ser una edad creadora y la única que crea, por sí sola, el estado en que goza de la plenitud de la capacidad» (*op. cit.*, p. 156).

(82) De ahí la habitualidad de la formulación de escalas legales de edades por parte de los autores: por ejemplo, la ya obsoleta de DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; o la más actualizada, pero incompleta, de CASTÁN TOBEÑAS-DE LOS MOZOS, *Derecho Civil Español... 1-II, cit.*, pp. 178 y ss. Fuera de nuestras fronteras, como un modelo de exhaustividad, *vid.* la propuesta, para el Derecho alemán, por GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, pp. 94 y ss.

de la plena capacidad de obrar, como la extinción de las instituciones de guarda y representación (lo que afectó fundamentalmente a la patria potestad) (83).

La generalización, en nuestro ámbito jurídico más cercano, de los 18 años como frontera legal de la mayoría de edad, producida alrededor de la década de los años 70 (84), se ha presentado doctrinalmente, a la vez como un fenómeno de necesaria adaptación de la regla legal a las circunstancias sociológicas, y como una exigencia de coherencia interna del ordenamiento (85):

1) Desde el primer punto de vista, escriben Weill y Terré (86): «en el plano de los hechos, se ha subrayado que “es una evidencia que la edad de la madurez biológica de las jóvenes generaciones ha descendido, sobre todo desde hace un cuarto de siglo” (87). Puede identificarse en este fenómeno la influencia de un modo de vida más fácil, de una mejor alimentación, de una modificación profunda de la psicología.

(83) Para la situación anterior, y la evolución que desembocó en el sistema actual, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 156 y ss.; R BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 14 y ss.; o GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 13 y ss. En los territorios forales, la situación era muy similar: *vid.*, por ejemplo, respecto a Aragón, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compilación... cit.*, sub art. 4, pp. 303 y ss.; y respecto a Navarra, DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro, cit.*, pp. 319 y ss.; y SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXVI, vol. 1.º (Madrid, EDESA, 1990), sub Ley 50, pp. 122 y ss.

(84) Así, en Gran Bretaña por la citada *Family Law Reform Act* de 25 de julio de 1969; en Francia por Ley de 5 de julio de 1974; en Alemania, por Ley de 31 de julio de 1974; en Italia, por Ley de 8 de marzo de 1975; y, por fin, entre nosotros, por el Real Decreto-ley de 16 de noviembre de 1978 (para Navarra, Real Decreto-ley de 5 de diciembre de 1978). En el ámbito europeo, es también habitual la referencia a la Resolución 29/72, de 19 de septiembre, del Consejo de Europa, sobre la reducción de la edad de la plena capacidad jurídica, en la que recomienda adelantar la edad de la mayoría precisamente a los 18 años; sobre la cual, *vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, *La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*, RDP 1973, pp. 3 y ss.

(85) Conviene advertir, en este punto, que la reducción de la edad legal de la mayoría no es una constante histórica (como parece querer STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, p. 272), sino que ha presentado oscilaciones muy marcadas a lo largo de la Historia, como bien señala R. BERCOVITZ, *op. cit.*, p. 16 [*vid.*, también, el análisis histórico, con profusión de datos, de STOLJAR, en *International Encyclopedia of comparative law*, vol. IV (*Persons and family*), Capítulo —fascículo— 7 (*Children, Parents and Guardians*, 1973), pp. 33 y ss.]. En realidad, esta disminución viene produciéndose con un cierto carácter de regularidad desde la etapa de la Codificación, precisamente porque, en general, ésta asumió un límite legal de edad considerablemente elevado (idéntico o muy cercano a los 25 años: por ejemplo, en el caso español, los 23 años).

(86) WEILL y TERRÉ, *Droit civil... cit.*, pp. 734 y ss.; en pp. 733 y s., una breve exposición del hasta cierto punto tormentoso proceso de elaboración de la Ley de Reducción de la Mayoría de Edad en Francia; y en pp. 735 y ss., algunos de los argumentos esgrimidos contra dicha reducción.

(87) El dato temporal de esta afirmación, entrecomillada en el texto citado, debe referirse a 1974, fecha en que fue realizada.

Gracias a la prolongación de la escolaridad así como a la abundancia de las informaciones de que disponen a través de los medios audiovisuales, los jóvenes son aptos para aprehender la vida a una edad más precoz que anteriormente. La necesidad de una protección eficaz de los jóvenes por medio de las medidas particulares pierde importancia, si se toman en cuenta las disposiciones que tienden a proteger cada vez más a la población de cualquier edad en el terreno económico y social. En fin, la reducción de la edad de la mayoría debería permitir el desarrollo en los jóvenes de un sentimiento de responsabilidad» (88).

2) Con mayor frecuencia, se acude sin embargo a la exigencia de coherencia interna del ordenamiento, conforme a la cual el señalamiento de la frontera legal de la mayoría de edad en los 18 años no haría sino extender al ámbito civil lo que ya era así (en cuanto a capacidades, pero también en cuanto a obligaciones) en otras ramas del Derecho (Derecho penal, laboral...); y, lo que es más, homogeneizar el estatuto de la persona de 18 años, que si por una parte tenía la consideración de menor de edad a efectos civiles, era por otro lado considerado plenamente capaz en ámbitos de actuación y responsabilidad particularmente relevantes. En palabras de R. Bercovitz «existe un número importante de preceptos legales en los que nuestro ordenamiento viene a reconocer plena capacidad o plena responsabilidad a menores de 18 años (89) con respecto a sectores de la realidad social importantes. Con lo que resulta que son considerados mayores para aquellas circunstancias en que un menor debería verse especialmente protegido y, sin embargo, siguen siendo considerados como menores por nuestro

(88) Con todo, el argumento sociológico podría quedar afectado por algunas situaciones de hecho que se prodigan actualmente, como la de la permanencia de los hijos mayores de edad en el hogar familiar, en tanto finalizan su formación profesional o académica, o encuentran su primer (o posterior...) empleo; lo que es, en palabras de DELGADO ECHEVERRÍA (*Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 1984*, CCJC 7 —1985—, p. 2.130) «expresión de una adolescencia social y culturalmente cada vez más larga, al menos en las clases medias y altas de los países económicamente desarrollados. El acceso a los estudios superiores —sigue el autor citado— de una proporción creciente de ciudadanos plantea el problema de su financiación cuando los alumnos resultan ser mayores de edad sin medios propios de fortuna. Crece la distancia temporal entre la capacidad de obrar (y la responsabilidad por los propios actos), que el Derecho fija en atención, preferentemente, al desarrollo intelectual y, como término cada vez más lejano, la independencia o autonomía económica»; una constatación similar respecto de Italia, en RESCIGNO, *I minori tra famiglia e società*, RDFP 1982, p. 282. Más adelante habrá ocasión de retomar la cuestión.

(89) Entiendo que, puesto que escribe cuando la mayoría de edad se alcanzaba en España a los 21 años, R. BERCOVITZ se refiere con esta expresión no a quienes tienen menos de 18 años, sino a menores *que tienen* 18 años: las argumentaciones que siguen, en su trabajo, así lo confirman.

Código civil» (90); y cita, a continuación, la legislación laboral, la penal, el servicio militar, etc. (91).

No creo que pueda decirse, con seguridad, cual es la edad concreta en que debería fijarse la mayoría: la Historia, o incluso un examen de las diferentes condiciones en que actualmente viven (y maduran) los niños convencen de que es algo contingente, que depende en gran parte de las circunstancias sociales, económicas, culturales, etc., en un momento y lugar determinado (92). En todo caso, hay que contar hoy en día con el dato legal de los 18 años, parece que suficientemente asentado en nuestra cultura legal (93): es significativo el ya mencionado art. 1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, conforme al cual «se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años».

Resta por examinar, sin embargo, la eficacia real de esa edad, desde el punto de vista de la situación y capacidad de la persona; y en sus dos sentidos: la de quien todavía no ha cumplido los 18 años, y la de quien ya los ha pasado. A ello se dedicará el siguiente apartado.

III. HACIA UN REPLANTEAMIENTO DE LA IMPORTANCIA Y CONSECUENCIAS DEL LIMITE LEGAL DE LA MAYOR EDAD

Es evidente en nuestro ordenamiento (como en la mayoría de los de su entorno), que dentro de lo que cabe llamar la «escala legal de edades», la de los 18 años (o, si se quiere en una formulación más abstracta, la edad legal de la mayoría) es, con diferencia, la más significativa, por su trascendencia cualitativa y cuantitativa en la situación legal de las personas. En efecto, ella supone el reconocimiento —al

(90) R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 21 y s.

(91) Cfr. R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 22 y s. Conviene advertir que la argumentación de este autor se desarrolla, como ya he indicado, en el marco de una situación en que la mayoría de edad no llega hasta los 21 años, pero en la que ya se veía cercana la reducción (que el propio R. BERCOVITZ augura como próxima: p. 23). Argumentos similares se ofrecen, por ejemplo, respecto a Francia (cfr. WEILL y TERRÉ, pp. 736 y s.) o Alemania (GITTER, en el *Münchener Kommentar...*, *cit. sub* § 2, pp. 93 y s.).

(92) *Vid.*, por ejemplo, las consideraciones, desde el punto de vista sociológico, de HABIB «La définition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection internationale des Droits de l'enfant* (ed. M. Torrelli, París, PUF, s.d. pero 1983), pp. 76 y s.; en cuanto a la Historia, me remito a las referencias de R. BERCOVITZ y STOLJAR recogidas en la precedente nota 85.

(93) Aunque no carece de aspectos discutibles: cfr. lo expuesto, por ejemplo, por GITTER, *op. cit.*, p. 94 (sobre lo que volveremos en seguida).

menos a nivel formal— general e ilimitado, desde el punto de vista jurídico, de la capacidad de autogobierno. Sin embargo, precisamente por reunir la adquisición de la capacidad natural los caracteres propios de una evolución progresiva (en un proceso que, como sabemos, es distinto en cada persona, aunque paralelo en sus líneas maestras), la consideración de ese límite como determinante de una separación drástica entre dos situaciones jurídicas radicalmente distintas, sería excesivamente distorsionadora de esa correspondencia edad-capacidad natural de que venimos hablando (94). La fijación de un límite legal de edad para la obtención de la mayoría de edad, no puede suponer, en una consideración realista de las cosas, la asociación de una alteración tan radical de la situación jurídica de una persona a un instante de razón (una especie de momento «mágico»), que, en la vida real, apenas si supone variación alguna en la capacidad natural de esa persona.

Precisamente lo que de ficticio tiene la asociación de una realidad cualitativa (la adquisición de la capacidad natural) a otra cuantitativa (el cumplimiento de una edad prefijada), hace que, aunque formalmente las cosas puedan parecer así de tajantes, en la realidad práctica (pero también en la jurídica) el corte es mucho menos pronunciado, y el paso de la situación de protegido a la de plenamente autónomo se produce con mayor suavidad y en un espacio de tiempo más prolongado (95).

Lo cual sucede no solo a través del reconocimiento al menor de una esfera de actuación jurídica progresivamente más amplia —cuya máxima expresión, institucionalmente, la constituye la emancipación—, a medida que va acrecentando y consolidando su capacidad natural; sino en cuanto siguen perviviendo tras la mayoría de edad algunos mecanismos de protección específicos, dirigidos tanto a solucionar los eventuales problemas de inserción social de quien acaba de cumplir los 18 años, como a permitirle finalizar su formación profesional adecuadamente.

Ello supone que, ni desde el punto de vista de los hechos (al menos, habitualmente), ni desde el del Derecho, el paso de la menor a la mayor edad constituye un corte tan tajante como en una primera aproximación pudiera parecer, puesto que a ambos lados de la frontera legal existen dispositivos que lo suavizan y le dan un contenido hasta cierto punto progresivo. Pero sin hacerle perder su importancia fundamental, que

(94) Pero es la que parece ofrecer DE CASTRO, cuando habla de «la división radical de la vida del hombre en dos estados, cuyas fronteras se cruzan al pasar esa edad que hace mayor» (*Derecho civil de España, cit.*, p. 156).

(95) En el mismo sentido, GOUBEAUX, *Les personnes, cit.*, p. 324; similares consideraciones en NEIRINCK, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* (París, LGDJ, 1984), p. 235.

hace que ésa sea, según he indicado, la edad cualitativa y cuantitativa-mente más importante de entre las que el ordenamiento recoge.

1. La prolongación de los sistemas de protección tras la mayoría de edad

El cumplimiento de los 18 años supone la adquisición de la mayoría de edad legal; pero no necesariamente que quien los ha cumplido haya llegado a la madurez socio-psicológica requerida para ocuparse de sus propios asuntos e insertarse así adecuadamente en la vida social (96); ni tampoco que disponga de la autonomía económica que le permita hacerlo, o de la formación profesional que le capacite para acceder a esa autonomía económica (y tampoco de los medios para financiar la adquisición de esa formación, claro está) (97). A cuyas situaciones no atiende, por cierto, nuestra Constitución, cuyo art. 39 prevé la asistencia por parte de los padres a los hijos mayores de edad «en los casos en que legalmente proceda» (98).

Para dar solución a estos problemas, algunos ordenamientos han dispuesto sistemas especiales de protección en favor de quien acaba de entrar en la mayoría de edad, orientados a solucionar las dificultades de inserción social con que puedan tropezarse (99).

(96) Cfr. NEIRINCK, *op. cit.*, p. 248; o GITTER, en el *Münchener Kommentar... cit.*, sub § 2 BGB, p. 94.

(97) Cfr. STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 297 y s.; NEIRINCK, *op. cit.*, pp. 248 y s.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario... cit.*, pp. 2.129 y s.

(98) Alude a ello DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 2.131; y, apuntando la diferencia de nuestro texto constitucional con el italiano, en su comentario al art. 142 Cc, en *Comentarios a las reformas del derecho de Familia*, vol. II (Madrid, Tecnos, 1984), p. 1.031, nota 12.

(99) Es el caso de Francia, donde conforme al art. 1 del Decreto de 18 de febrero de 1975 (7 meses posterior a la reducción de la edad legal de la mayoría a los 18 años) «hasta la edad de 21 años, toda persona mayor o menor emancipada que pruebe graves dificultades de inserción social, tiene la facultad de demandar al juez de menores (*juge d'enfants*) la prolongación o la organización de una acción de protección judicial» (cfr., sobre ello, NEIRINCK, *op. cit.*, pp. 248 y s.; y la sucinta referencia de GOUBEUX, *op. cit.*, p. 324). Se establece un sistema de protección de carácter judicial y contenido educativo, que no constituye propiamente una continuación de los preexistentes (patria potestad, tutela), pero sí hacer surgir una suerte de *tertium genus* entre el menor de edad y el mayor de edad (el «mayor protegido»), que se extiende hasta los 21 años, como tope máximo.

Por otro lado, en Alemania es cuestión debatida la de la posibilidad de una reactivación de la potestad paterna, respecto al mayor de edad con derecho a alimentos, al amparo del llamado «derecho de determinación» (*Bestimmungsrecht*) que compete a los padres en virtud del § 1.612.2 BGB: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, pp. 47 y ss. (y con más detalle, sobre el § 1.612, pp. 512 y ss.).

El dispositivo más extendido de esa modalización del régimen de la mayor edad está constituido para hacer frente al problema de quienes habiéndola alcanzado, carecen de autonomía económica (viven con su familia, y no tienen patrimonio propio) y de la formación profesional necesaria para conseguirla (están todavía realizando sus estudios, principalmente superiores) (100). Con dicha finalidad, es habitual en los países de nuestro entorno establecer a cargo de los padres, legal o jurisprudencialmente, una obligación de mantenimiento que se extiende hasta el final de los estudios, o de la formación profesional de que se trate (101).

Nuestro Código Civil, en relación con ello, prevé expresamente que «los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad, y aún después, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable» (art. 142.2; *vid.* también, art. 143.2). Propiamente, en los casos en que esa obligación incumbe a los padres (102), se trata de una prolongación de sus obligaciones respecto a los hijos por el mero hecho de la filiación, más allá de la existencia o no de la patria potestad (que en este caso, por hipótesis, se ha extinguido) (103). A lo que entiendo, se contempla aquí el caso de un menor que, en el curso normal de su proceso educativo, alcanza la mayoría de edad, sin tener —lógicamente— medios económicos para financiar la finalización de ese proceso, y acceder por tanto a su capacitación profesional: a remediar su situación, permitiéndole continuar esa formación profesional, se dirige el art. 142.2 Cc aludido. Se puede hablar, entonces, de un mayor protegido, pero protegido en dependencia directa con su situación anterior de minoría, durante la que no ha podido (en virtud de la organización del sistema educativo) finalizar su formación, ni tampoco, por tanto, obtener autonomía económica (104). De ahí que quepa afirmar que el mayor de edad así protegido

(100) Piénsese que en España, con el actual modelo escolar, el acceso a la Universidad tiene lugar a partir de los 17/18 años de edad, de manera que prácticamente toda la enseñanza superior se desarrolla siendo los estudiantes mayores de edad —y sin recursos económicos propios—; panorama que se prolongará en el más inmediato futuro: *cfr.* art. 17.b), de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). Lo resalta, también, P. BELTRÁN DE HEREDIA, en su comentario al art. 142, *Comentarios Albaladejo*, t. III, vol. 2.º (Madrid, EDERSA, 1982), p. 30.

(101) *Cfr.*, las referencias de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, *cit.*, pp. 1.030 y s.

(102) Que será lo habitual en el caso que estamos examinando, aunque el precepto no les afecte sólo a ellos, sino a todos los obligados a dar alimentos, incluidos los hermanos (art. 143.2): *cfr.* DELGADO ECHEVERRÍA, *op. últ. cit.*, pp. 1.031 y 1.035.

(103) Lo apunta DELGADO ECHEVERRÍA, *op. últ. cit.*, p. 1.031.

(104) En lo que se diferencia de la protección ofrecida, con carácter general, por la figura de los alimentos. Nótese que la vinculación entre la minoría, el proceso educativo y la mayoría de edad resulta directamente del art. 142.2; y que la previsión de que dentro de

no es *cualquier* mayor de edad, sino sólo el *inmediatamente próximo a la minoría*; se trata de un sistema de protección *específico*, dentro de una institución de alcance conocidamente más amplio.

Pero cabe llegar más lejos: no sólo es un mayor protegido, sino hasta cierto punto dependiente. En efecto, el art. 149 Cc dispone que «el obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos» (105). En el caso de que estamos hablando —al que puede entenderse que hace referencia el actual art. 93.2 Cc, introducido por la Ley de 11 de octubre de 1990—, este precepto se traduce en la convivencia del ya mayor de edad con sus padres, en el domicilio familiar (106); y entonces, la dependencia económica por un lado, y la (limitada) dependencia personal derivada de esa convivencia hacen que, *de facto* (pero con repercusiones jurídicas claras) (107), esté en una situación de limitación de la capacidad. Limitación que, desde el punto de vista jurídico, es muy tenue, sobre todo si se la compara con la del menor, puesto que aquí no hay representación ni asistencia legal; pero, en la práctica muy presente en numerosos e importantes ámbitos de la vida. Cabe concluir que, en esa consideración realista de las cosas con la que estoy intentando esta aproximación, tiene más relevancia a efectos de real autogobierno, la obtención de una autonomía económica efectiva que la simple llegada a la mayoría de edad (108).

También aquí, aunque sin el alcance que en Francia, puede hablarse de una situación especial del mayor de edad próximo a la minoría, determinada por la necesidad de finalizar su formación profesional, que supone a la vez un dispositivo dirigido a proporcionarle los medios para ello, y, paralelamente, una (formalmente leve) limitación en las posibi-

los alimentos se incluyan también los gastos de educación tienen un cierto carácter excepcional, puesto que no es el contenido normal de la obligación alimentaria (art. 142.2, en relación con el 142.1).

(105) Sobre el cual, cfr. COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia* (Madrid, Montecorvo, 1990), pp. 162 y ss.

(106) Salvo si, por razones de estudios vive fuera de él (vgr. estudia en una ciudad diferente). Pero esto sólo atenúa la dependencia, no la hace desaparecer.

(107) Por ejemplo, con relación a la elección de domicilio, pero también en general todas las derivadas de la dirección de la vida familiar que corresponde a los padres, a cuyas decisiones en este ámbito está sometido el mayor alimentista convivente —si no, la convivencia resultaría imposible—; pero no en razón de la ya desaparecida patria potestad, sino de la dirección de la vida familiar a que he aludido.

(108) Como veremos, la autonomía económica, entendida como capacidad de subvenir a las propias necesidades a través del desarrollo de una actividad económica autónoma, desempeña también un papel de relevancia en los últimos estadios de la situación del menor: me refiero a la emancipación por vida independiente (art. 319 Cc), y a la administración por el menor (aún no emancipado) y no por sus padres, de los bienes que «el hijo mayor de dieciséis años hubiere adquirido con su trabajo o industria» (art. 164.3 Cc).

lidades de autogobierno. Con la advertencia de que no se trata de un escalón de paso obligado para todos los mayores próximos a la minoría —una etapa intermedia de tránsito necesario para todos los que sales de la menor edad—, sino de un sistema de protección a quien efectivamente lo necesite (a diferencia de lo que ocurre antes de llegar a la mayor edad, donde tanto la limitación de capacidad como la representación o asistencia legal tienen carácter general para todos los menores). Lo que demuestra más a las claras que se trata de un mecanismo *específico de adaptación* a la mayor edad, previsto para su empleo sólo respecto a quienes realmente lo precisan.

De manera que, también entre nosotros, parece claro que en esta vertiente de la edad legal de la mayoría, la cesación de las medidas de protección y la entrada en el autogobierno efectivo y pleno puede producirse, si es necesario, más paulatinamente que lo que una aproximación puramente formal podría dar a entender (109).

2. La progresiva adecuación de los mecanismos de protección a la capacidad natural del menor

Cuanto acabamos de ver que se puede defender razonablemente con respecto a la situación de quien he denominado «mayor protegido», por su proximidad con la minoría de edad, me parece todavía más claro cuando nos referimos al menor próximo a la mayoría; pero también, en general, respecto a toda la situación jurídica del menor. En este caso es aún más evidente el carácter progresivo y escalonado de la salida de la menor edad, y entrada en la mayor edad (siempre, insisto, en torno al decisivo punto de inflexión que constituye la edad legalmente determinada). Y es que aquí se ve con mayor limpidez la conveniencia (*rectius*, necesidad) de que esto sea así, en razón de la correspondencia entre la capacidad natural y la capacidad de obrar a que me he referido repetidamente. Si, en una consideración abstracta y estática, desde el punto de vista de la mayoría de edad, la fijación de un límite legal es razonable (la presunción de que quien ha llegado a ella normalmente habrá adquirido ya la suficiente capacidad natural), no lo

(109) En el Derecho alemán MORITZ, dentro de un replanteamiento general de las edades jurídicamente relevantes en ese ordenamiento (al que nos referiremos nuevamente *infra*), ha intentado la creación de una figura intermedia entre el menor y el mayor de edad, designada como *Heranwachsende*, distinta de la de la mayoría de edad, de contenido flexible —ligado también (pero no sólo) a la prestación de alimentos a estudiantes—, que no está unida necesariamente a limitaciones en la capacidad (el término que emplea el autor es *Mündigkeit*), cuya frontera inferior se situaría en los 18 años, y la superior en los 27: cfr., para esta caracterización general, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, pp. 45 y ss.

es tanto en una perspectiva dinámica, centrada en la situación del menor (110). Sobre todo si lo que se pretende es reconducir la situación jurídica de los menores a un *status* de contenido único e invariable, cuya única eventual flexibilización (además del reconocimiento de algunas capacidades de obrar especiales) sería la procedente de la emancipación. Pero el tratamiento que dé el Derecho a un recién nacido, y a un menor que ya ha cumplido 17 años no puede ser el mismo, precisamente porque la capacidad natural de este último se encuentra mucho más próxima a la de quien ya ha cumplido 18 (de quien, sin embargo, le separa la barrera legal de la mayoría de edad), que a la de aquel recién nacido (con quien le une, sin embargo, su idéntica consideración de menores). Las necesidades a que hay que atender, las posibilidades de actuación personal consciente, el alcance y contenido de la protección que en cada uno de esos casos se precisa, son radicalmente distintos; y aquí entra en juego, entonces, junto al principio constitucional de protección, y para modalizar su contenido, el de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Como veremos a continuación, estas consideraciones (que son de puro sentido común), han sido acogidas, mediante diferentes expedientes, en nuestro Derecho. También aquí la consideración de lo que ocurre en los principales ordenamientos de nuestro entorno proporciona datos de interés.

A) *La adaptación de la situación jurídica del menor a su capacidad natural a través del establecimiento de edades legales intermedias*

Para atender a esta realidad evidente, algunos ordenamientos han optado por establecer algunas edades intermedias, de alcance más gene-

(110) En ese sentido, no creo que pueda hablarse de una presunción negativa, correspondiente a la que he indicado en el texto, según la cual habría que entender que ningún menor de edad tendría suficiente capacidad natural, por no haber llegado a los 18 años. Que a partir de esa edad se pueda razonablemente considerar que todos han adquirido capacidad natural, no debe querer decir que antes de ella nadie la haya adquirido; la presunción que fundamenta el límite legal de la mayoría de edad opera sólo en el primero de los sentidos, pero no en este segundo.

En parecida línea —aunque llegando todavía más lejos, con doctrina no siempre compartible según veremos *infra*—, la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 señala que «si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni (*sic*) con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

ral, y con repercusiones directas sobre el contenido y alcance de los dispositivos de protección (es decir, la limitación de la capacidad de obrar y el sometimiento a una institución de guarda legal). Entre nosotros, como es sabido, tal es el sistema a que responde el Derecho aragonés. Conforme al art. 5 de su Compilación «el menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables» (111). Se trata de un régimen que procede directamente del Derecho histórico aragonés (112), y que no tiene paralelismo en nuestro Derecho. No lo es, según he apuntado ya más arriba, la ley 50.2 del Fuero Nuevo de Navarra, pese a su dicción literal: «los menores de edad que sean púberes tendrán capacidad para los actos determinados en esta Compilación. Se consideran púberes los mayores de 14 años de uno y otro sexo». Como observa De Pablo «preciso es reconocer, sin embargo, que pese a que la Ley 50 del Fuero Nuevo configura la pubertad como un estadió determinante de una ampliación general de la capacidad de obrar de los menores, son escasos los actos que los púberes menores de edad pueden realizar por sí solos» (113).

Ese mismo sistema es seguido, fuera de nuestras fronteras, por algunos ordenamientos de tipo germánico. Así, el Derecho alemán distingue entre los menores de 7 años, que carecen de capacidad negocial (§ 104 BGB), y los mayores de 7 años pero menores de 18, que tienen capacidad negocial limitada, en los términos de los §§ 107 y ss. (§ 106

(111) La posición jurídica del menor aragonés mayor de 14 años queda completada con los arts. 9, 10, 11, 12 y 14 Comp. Ar., fundamentalmente. Sobre el art. 5 y su interpretación, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en los *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, pp. 325 y ss.; en ese mismo volumen, pueden verse también los comentarios de DELGADO ECHEVERRÍA a los demás preceptos aragoneses citados más arriba. Además, *vid.* MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXIII, vol. 1.º (Madrid, EDERSA, 1986), *sub* arts. 5 y ss. Comp. Ar., pp. 69 y ss.

(112) Cfr. la exposición detallada de antecedentes en SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *op. cit.*, pp. 331 y ss. Allí, califican estos autores la situación del mayor de 14 años, para el Derecho histórico, como de «mayores con imperfecta capacidad, o mayores en aprendizaje vigilado».

(113) DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro, cit.*, p. 329; a continuación, recoge el autor algunos de esos actos que pueden realizar por sí solos los mayores de 14 años. A lo señalado en el texto se puede añadir que la disposición del Fuero Nuevo es hasta cierto punto innecesaria, puesto que, evidentemente, no añade nada nuevo a las capacidades concretas que el propio texto compilado pueda reconocer a los mayores de dicha edad, que serían igualmente válidas en ausencia de dicho precepto; y, por otro lado, no adiciona a dichas capacidades ninguna otra distinta que le dé un significado ampliatorio autónomo. Se trata, a lo que entiendo, más de una pura declaración de principio que de una verdadera ampliación de la capacidad del mayor de 14 años.

BGB) (114); el sistema se complementa con las previsiones del § 110, que considera eficaz el contrato celebrado por un menor sin la asistencia legalmente prevista, cuando el menor ejecuta la prestación convenida con medios que le han sido confiados específicamente para ese fin o, en general, para su libre disposición, por su representante legal o con su consentimiento (el llamado «dinero de bolsillo» —*Taschengeld*—) (115). Por su parte, el Derecho austriaco conoce una situación algo más complicada, por la presencia de un grado más de edad, y la diferenciación entre menores capaces (*mündigen*) e incapaces (*unmündigen*) (116); así, se distingue entre infancia, hasta los 7 años; menores incapaces, entre 7 y 14 años; y menores capaces, entre 14 y 18 años.

Las gradaciones vistas hasta ahora responden, con mayor o menor fidelidad, a una diferenciación que es tradicional en esta materia, entre infancia (hasta los 7 años, aproximadamente), pre-pubertad (hasta los 12 ó 14 años, aproximadamente), y pubertad (hasta la mayoría de edad) (117).

(114) Esa es la escala legal de edades que resulta directamente del BGB, y más habitualmente recogida por la doctrina: cfr. LARENZ, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 95; MEDICUS, *Allgemeiner Teil*, p. 200; o EICHLER, *System des Personenrecht* (Berlín, Duncker & Humblot, 1989), p. 41; HEINRICHS, en *Palandt BGB*, cit., p. 10, añade la edad de 16 años, determinante de algunas (importantes) capacidades especiales (limitada testamentifacción activa, posibilidad de dispensa de edad para contraer matrimonio); una exhaustiva escala legal de edades en GITTER, *Münchener Kommentar... cit.*, pp. 94 y ss.

Recientemente MORITZ ha propuesto una gradación de edades de alcance general diferente, distinguiendo —*de lege lata*— entre infancia, hasta los 14 años (y dentro de ellos, un grupo especial de mayores de 7 años), y juventud, entre los 14 y los 18 años —grupo al que seguiría el ya mencionado de los *Heranwachsende*—: cfr. *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 50, y en pp. anteriores la justificación más detallada; en relación con ello, propone *de lege ferenda* la edad de 15 años como determinante de un grado de capacidad parcial (*Teil-mündigkeitstufe*): pp. 321 y ss.

(115) Sobre lo cual, *vid.* LARENZ, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; MEDICUS, *op. cit.*, pp. 213 y ss.; GITTER, *op. cit.*, pp. 746 y ss.; MORITZ, *op. cit.*, pp. 303 y ss.; o HEINRICHS, *Palandt BGB*, cit., p. 76.

(116) Cfr. EICHLER, *op. cit.*, p. 43.

(117) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español... I-II*, cit., p. 179. HABIB propone una gradación similar, pero a partir de otros datos («La definición de l'enfant... cit., p. 67): «utilizando, por ejemplo, el criterio del medio en el que vive el niño, aquél al que debe adaptarse pero también el que es responsable de su desarrollo, se distinguen fácilmente tres subcategorías importantes: los niños que dependen completamente de la familia para todas sus necesidades y que todavía no han sido escolarizados (desde la concepción hasta los 6 u 8 años); los que dependen para su desarrollo a la vez de la familia y del colegio, en el marco de la escolaridad obligatoria (de 6 u 8 años a 12 ó 16 años); los adolescentes, último estadio antes de la integración completa en el mundo de los adultos, cuyo medio se ha ampliado, por consiguiente a todas las demás instituciones estáticas». Como se ve, esta clasificación: a) es excesivamente amplia en los términos inicial o final de alguno de sus grados; b) depende de criterios

La fijación de límites de edad intermedios, que sirvan para delimitar legalmente distintas etapas (con su correspondiente reflejo jurídico) en la situación del menor, presenta la ventaja de una mayor adecuación, también desde el punto de vista legal-formal, a lo que es el proceso real de efectiva adquisición de la capacidad natural, y, en general, de desarrollo físico y psíquico y adquisición de experiencias de la persona. De esta manera, a las etapas más señaladas (traducidas en edades concretas, por consideración al principio de seguridad jurídica) del desarrollo real corresponde el reconocimiento jurídico de nuevos y crecientes ámbitos de actuación personal —se pasa de la incapacidad absoluta o casi absoluta a sistemas de capacidad limitada—, así como la modificación cualitativa del contenido y alcance de los organismos de guarda legal, que responden cada vez más al criterio de asistencia o complemento de capacidad (118), frente al de sustitución inicialmente previsto (más adecuado éste para situaciones de ausencia completa o insuficiencia notoria de la capacidad natural). Esta dulcificación legal del régimen de protección (a partir, sobre todo, de los 14 años) se ajusta mejor a la situación de quien tiene ya en uso las facultades de entender y querer, pero adolece sobre todo de una falta de experiencia que le hace merecedor de protección (119). Sobre todo ello volveremos *infra* con algún detenimiento.

B) *La adaptación de la situación del menor a su capacidad natural en caso de ausencia de edades legales de alcance general previas a la mayoría*

Nuestro Código Civil no contempla ninguna edad, antes de la legal de la mayoría, que afecte de modo general a la situación jurídica del menor, estableciendo uno o varios puntos de inflexión que marquen etapas diferentes de este *status* global de la minoría (120). De ahí resulta que, en una primera aproximación, y a salvo en todo caso esas capaci-

bien variables, como el de la escolarización (piénsese, por ejemplo, en la escolarización precoz, cada día más frecuente por causa del trabajo de las madres —o, si se prefiere, de ambos padres—).

(118) Como ocurre, por ejemplo, en el Derecho aragonés, o fuera de nuestras fronteras, en el alemán.

(119) Vale la pena destacar aquí la finalidad educativa que GRTER atribuye a la limitación de capacidad de los §§ 106 y ss. BGB, destinada a que el menor, mediante la actuación propia y la asistencia de quien tiene a su cargo el complemento de capacidad, vaya aprendiendo y adquiriendo experiencia en la vida jurídica: *Münchener Kommentar... cit.*, p. 692.

(120) No lo son, desde luego, las edades que determinan capacidades especiales, a las que luego me referiré brevemente, por muy importantes que sean los actos concretos que autoricen, precisamente por ese carácter especial y limitado. Tampoco lo es la edad a

dades de obrar especiales reconducibles a edades determinadas, la condición jurídica del menor es aparentemente muy similar desde su nacimiento hasta que llega a la mayoría de edad.

Naturalmente, las cosas no son así en la práctica social ni jurídica; y la doctrina ha dedicado notables esfuerzos a justificar teóricamente una práctica más que razonable, aunque algunos de esos intentos (a los que habrá que hacer limitada referencia) pecan de excesiva artificiosidad (pero no una artificiosidad gratuita, sino determinada por la ausencia de datos normativos que permitan más directamente esa fundamentación) (121).

La cuestión se ha planteado también en otros ordenamientos con datos normativos similares. Destacadamente, en Italia, donde se han suscitado (y de donde se han tomado) algunos de los planteamientos debatidos entre nosotros, y donde en general se ha realizado una aproximación al tema de carácter más amplio que el habitual en nuestra doctrina (122). En Francia, con un punto de partida muy similar, la situación es algo diferente (y, en relación con determinados aspectos de la discusión, considerablemente más clara), porque los datos normativos actuales ya no son los mismos; así, destaca la presencia de una norma especial que exceptúa de la representación legal los supuestos en los que la ley o el uso autorizan a los menores a obrar por sí mismos (artículos 389-3 y 450 del *Code*); aunque, respecto a lo demás, el tratamiento doctrinal y la situación legal presenta, en una aproximación ge-

partir de la que cabe la emancipación (en nuestro Derecho, 16 años), porque lo que actúa como determinante del cambio de estado del menor no es el mero cumplimiento de una edad determinada, sino la concurrencia, una vez cumplida dicha edad, de alguna de las causas de emancipación; más adelante volveremos también sobre ello.

(121) Sobre algunos de esos intentos, además de la magistral y decisiva intervención de DE CASTRO, que significó un punto de inflexión en el tratamiento de la consideración del *status* de los menores en nuestro Derecho (*Derecho Civil de España, cit.*, pp. 174 y s.), *vid.* las notables aportaciones de JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, RDP 1984, pp. 883 y ss. y DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos... 1-2.º cit.*, pp. 103 y ss. Además, *vid.* R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 24 y s.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 25 y ss.; y LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 59 y ss.

(122) Cfr., con carácter general, el vol. col. *cit.*, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (dir. CRISTOFARO y BELVEDERE), y el número de la RDFP dedicado monográficamente a la situación de los menores (XI, 1982, n.º 1); especialmente, por lo que aquí interesa, el replanteamiento general de BUSNELLI, *Capacità e incapacità di agire del minore*, pp. 54 y ss. Además, y en cuanto a los aspectos que más directamente nos conciernen, *vid.* FALZEA, voz «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 24 y ss.; STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, pp. 292 y ss.; PIZZORUSSO, «Le persone fisiche», en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (dir. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1988), pp. 147 y ss.; o GALGANO, *Diritto civile e Commerciale, cit.*, pp. 137 y ss.

neral, numerosos puntos de contacto con la española, pero también algunas peculiaridades (123).

Naturalmente, el enfoque adoptado para la realización de este estudio no consiente una exposición exhaustiva de la situación jurídica del menor. Pero sí autoriza a intentar un acercamiento a dicha situación, desde la perspectiva subjetiva del menor; es decir, partiendo del punto de vista de la relevancia de su capacidad natural respecto al funcionamiento y contenido de los mecanismos de protección. Ahora, destacadamente en relación con la limitación de la capacidad de obrar (lo relativo a las instituciones de guarda legal, sin perjuicio de las alusiones precisas, será objeto de consideración autónoma más adelante). Lo que haré a continuación serán una serie de acotaciones sobre los aspectos más importantes que, desde ese punto de vista, determinan la situación del menor, con remisión, en cuanto a lo demás, a los tratamientos generales del tema hechos por la doctrina.

a) La limitada capacidad de obrar del menor

A partir de la decisiva aportación de De Castro, es opinión mayoritaria —que comparto— en la doctrina la consideración del menor no como un incapaz absoluto (no hay ningún precepto que así lo declare), sino como una persona cuya capacidad de obrar se encuentra limitada (124). Concretamente, interesa aquí destacar que, de acuerdo con la opinión del citado civilista, esas limitaciones proceden de tres causas: la

(123) Sobre la condición del menor en el Derecho francés, *vid.* WEILL y TERRÉ, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, *cit.*, pp. 859 y ss.; y GOUBEAUX, *Les personnes*, *cit.*, pp. 349 y ss.

(124) Así, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, *cit.*, pp. 174 y ss.; R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, *cit.*, pp. 24 y ss.; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, *cit.*, pp. 883 y ss.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 25 y ss.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, pp. 59 y ss.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, *cit.*, pp. 103 y ss.

No es, sin embargo, opinión unánime. Así, ALBALADEJO opta por dejar abierta la cuestión (*Derecho Civil* 1-1.º, *cit.*, pp. 244 y ss.). CASTÁN TOBEÑAS, por su parte (*Derecho Civil Español...* 1-II, *cit.*, p. 180) estima que la incapacidad del menor es la regla, y el reconocimiento de capacidades especiales la excepción —pero *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, páginas 174 y 175—; en palabras de CASTÁN-DE LOS MOZOS (en mi opinión no suficientemente justificadas con datos de Derecho positivo) «con las recientes reformas y como consecuencia de haberse rebajado la edad para la plenitud de los derechos civiles a los dieciocho años, no sólo han desaparecido algunas edades especiales, sino que también lógicamente se ha reducido su capacidad de obrar, lo que se manifiesta, sobre todo, como veremos, en materia de Derecho de familia. Con ello, el principio de la incapacidad de los menores se cierra sobre su propio fundamento, contradiciendo en alguna medida la inspiración de estas reformas».

eventual falta de capacidad natural del menor, el sometimiento a una institución de guarda que determina su falta de independencia, y la posibilidad de eludir las consecuencias de los actos realizados por sí solo a través del mecanismo de la anulabilidad. En conclusión —prosigue De Castro— «prácticamente, en algunos supuestos, la concurrencia de estas tres causas en una misma persona dará un resultado que ha podido parecer igual al de la condición de incapaz», lo que no pasa de ser, en expresión del mismo autor «un espejismo» (125). A esto, que me parece que es así por muchas razones —además de las alegadas por De Castro, pueden ser añadidas ahora las procedentes del texto constitucional— (126) cabe hacer algunas observaciones.

La primera es que las conclusiones así obtenidas no son trasladables al Derecho navarro, respecto al que la afirmación de que los contratos realizados por los menores con capacidad natural son válidos si no se impugnan no es cierta; la Ley 19.2 del Fuero Nuevo prevé expresamente que «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 50, son nulas las declaraciones de voluntad emitidas por menores no emancipados». De donde cabe concluir, con De Pablo, que «en el sistema del Fuero Nuevo, el menor es incapaz de modo general, sin perjuicio de ciertas excepciones derivadas de la capacidad limitada de los púberes y de otras establecidas para actos concretos» (127).

La segunda de las observaciones anunciadas se refiere al alcance real de esa limitación de capacidad del menor. Es verdad que, desde el punto de vista teórico, la consideración del menor no como un incapaz absoluto, sino como una persona con capacidad limitada, supone un giro cuasi-copernicano de indudable trascendencia, como punto de apoyo teórico para futuras construcciones (128). Pero, en la práctica, supone solamente una atenuación de la severidad del régimen legal al que se ve sometido el menor, que no consigue evitar la gravedad de las limitaciones a que se encuentra sujeta su actuación, con carácter general, y sea cual sea su edad o capacidad natural (insisto, con independencia de las capacidades especiales); ni se

(125) DE CASTRO, *op. cit.*, p. 176.

(126) Cfr., expresamente, JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 885. En general, me remito a lo expuesto *sub I* en este mismo trabajo.

(127) DE PABLO, *Curso de Derecho Navarro, cit.*, p. 327.

(128) No sólo doctrinales. Los planteamientos de DE CASTRO (cuya utilidad habrá ocasión de comprobar más adelante) son fácilmente reconocibles en la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, a que ya he hecho referencia (*obiter dictum*): «en torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí». Como veremos, la doctrina de esta Resolución refleja también otros planteamientos doctrinales más discutibles, a que haré referencia *infra*.

ve dotado de un campo propio de actuación en el que pueda desarrollar adecuadamente, con eficacia jurídica, esa capacidad natural de la que eventualmente dispone. En palabras de Delgado Echeverría (129) «diversos datos legales hacen que las anteriores observaciones (se refiere a la opinión de De Castro) no puedan eliminar lo que hay en el menor de efectiva incapacidad por razón de la edad, y no debido a una concreta situación psíquica. De una parte el deber de obediencia a los padres o al tutor, que, aún evolucionando con arreglo a su fin conforme aumenta la edad del menor, provoca siempre la consiguiente pérdida de autonomía. De otra, el hecho de que el guardador tiene en su poder, para administrarlos, los bienes del menor (arts. 164, 270 Cc.), que quedan sustraídos a la acción de éste. Pero, sobre todo —y en esto no siempre se repara bastante— la disminución de la propia autonomía patrimonial (que) lleva consigo la representación legal del menor por su guardador, en virtud de la cual éste, en servicio de los intereses del hijo o pupilo, y oyéndole si tuviere suficiente juicio, puede celebrar incluso contra la voluntad del menor (a veces, precisando autorización judicial o familiar: véase, entonces, art. 2.012 Lec.), cualesquiera contratos no personalísimos a nombre de aquél y vinculando su patrimonio. Finalmente. ni la posibilidad del menor de anular —él o su guardador— los contratos que él solo celebre anima a contratar, en cuanto se trata de un negocio de alguna importancia, a los posibles interesados; ni la impugnabilidad del contrato con la sola alegación de la falta de capacidad del menor equivale a la *restitutio* romana, que exigía lesión o perjuicio en el *puber* contratante» (130).

Estas palabras, además de poner de relieve la intensidad de la limitación a que el menor ve sometida su capacidad de obrar, como consecuencia de los mecanismos inicialmente previstos para protegerle, y con independencia de su capacidad natural, sirve para poner de relieve la inadecuación de dichos mecanismos para servir eficazmente a las finalidades a las que formalmente están destinados. En efecto, como bien señala Delgado Echeverría (y no es una observación frecuente, como él mismo advierte), uno de los factores de limitación más importantes es el constituido por el sometimiento del menor no emancipado a la representación legal de su guardador: la situación de dependencia del menor no resulta solamente de su falta de autonomía —la imposibilidad de actuar por sí solo con eficacia jurídica—, sino correlativamente del sometimiento de otra voluntad distinta en cuanto

(129) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 104. La cita es larga, pero ilustrativa de lo que quiero decir.

(130) Una interpretación más suave de los datos legales en GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 28 y s.

al gobierno de sus propios asuntos —fundamentalmente patrimoniales— (131); es decir, a la presencia de un importante factor de *heteronomía*. El problema, entonces, es de inadecuación del mecanismo protector previsto por nuestro Derecho para adaptarse a las necesidades reales del menor, a partir de una cierta etapa de desarrollo de su capacidad natural. La representación legal resulta ser un dispositivo de intensidad excesiva, puesto que supone la sustitución del menor por su guardador a efectos del tráfico jurídico, del que el menor (salvo emancipación, y las demás excepciones que veremos a continuación) (132) queda al margen casi por completo hasta su mayoría de edad (133). En este caso, el equilibrio entre el principio de protección y el de respeto al libre desarrollo de la personalidad queda claramente roto en favor del primero; pero innecesariamente roto, porque la misma protección puede ser obtenida a través de otros mecanismos que, sin embargo, permiten una participación directa del menor en el tráfico jurídico (la referencia, en nuestro ordenamiento, al sistema aragonés, es obligada).

De manera que hay que buscar nuevos caminos, tanto *de lege lata* (para ofrecer soluciones adecuadas a partir de los datos normativos con los que ahora contamos), como *de lege ferenda* (para procurar una mejor adecuación entre la situación jurídica del menor y su capacidad natural, que no obligue a construcciones artificiosas, o a interpretaciones forzadas de los textos legales). Caminos que, justo es advertirlo, son tributarios precisamente de esta aportación de De Castro, que por ello puede justamente ser calificada como decisiva.

(131) Poco más adelante haremos referencia a la esfera personal del menor.

(132) Entre las que hay que incluir, naturalmente, los supuestos legales de exclusión de la representación legal (art. 162 Cc), la interpretación de alguna de las cuales (concretamente, del 162.2.1.º) podría llegar a vaciar de contenido la representación legal en relación con el menor naturalmente capaz: cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 891 y ss., especialmente pp. 896 y ss. (más adelante volveremos brevemente sobre esta interpretación).

(133) La cuestión se plantea también en el Derecho italiano, donde BUSNELLI (*Capacità ed incapacità di agire del minore, cit.*, pp. 68 y ss.) ha propuesto una relativización del «dogma» de la plena y definitiva validez de los actos realizados por el representante del menor, debidamente autorizado, que «no se sustraen por completo a la posibilidad, aunque sea excepcional, de una impugnación» (p. 68). La relativización de este dogma (que se refiere al componente de heteronomía en la limitación de la capacidad del menor) se corresponde con la relativización, propuesta igualmente por el mencionado autor, del también correspondiente dogma de la invalidez de los actos realizados por los menores (componente de falta de autonomía en la limitación de la capacidad del menor): pp. 67 y s.

b) El reconocimiento legal de capacidades especiales

El segundo mecanismo que, esta vez con mayor eficacia, sirve para ampliar la esfera de actuaciones posibles del menor —y que precisamente arguye en favor de su capacidad meramente limitada—, es el constituido por las capacidades de obrar especiales que le reconocen el Código Civil o las leyes especiales, así como por otras posibilidades de intervención menos intensas (señaladamente, la audiencia del menor) en asuntos que le conciernen; ambas cosas tanto (y principalmente) en la esfera personal como en la patrimonial, formando un conjunto cuantitativamente numeroso y cualitativamente importante de posibilidades de actuación o influencia. No voy a hacer aquí un elenco de esas capacidades de obrar especiales, que habitualmente —pero no siempre— (134) se encuentran asociadas al cumplimiento de una edad determina-

(134) En ocasiones se conceden en relación no con una edad determinada, sino con la madurez de juicio del menor: así ocurre, destacadamente, en el art. 162.2.1.º Cc, o en su último párrafo; o en el art. 3.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen. En muchos otros supuestos el Cc utiliza el mismo criterio de madurez de juicio del menor para ligar a ella una participación más o menos intensa en los asuntos que le conciernen: cfr., por ejemplo, los casos recogidos por DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, *cit.*, pp. 109 y ss.; también se encontrarán en el detallado análisis de GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 32 y ss. El empleo de este mecanismo de adecuación (parcial) del régimen jurídico de la minoría de edad a la capacidad natural ha sido criticado, como sabemos, por representar una orientación «peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad real, que se traducirá en el reconocimiento de capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo»: Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* 1, *cit.*, p. 252; similarmente LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 52. La verdad es que en muchas de estas ocasiones la suficiencia de juicio de que hablan los textos legales no se exige en relación con una concreta capacidad de obrar, sino como determinante de la audiencia del menor (vgr., arts. 92.2, 154.3, 156.2, 177.3.3.º ó 231 Cc): en tales casos —como observa DELGADO ECHEVERRÍA en relación con el art. 154— el requisito de audiencia no excluye la licitud de las actuaciones realizadas contra la opinión del menor (p. 109) —similarmente, JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, *cit.*, p. 895—. Otras veces, la suficiencia de juicio sirve de base al reconocimiento de una capacidad de obrar limitada, puesto que necesita el consentimiento concurrente del guardador (art. 162, párrafo 3.º). Por otro lado, esta exigencia se plantea en relación con actuaciones que afectan más o menos directamente a la esfera personal del menor, por lo que hay que ver en ellas más que un mecanismo general de adecuación de la capacidad de obrar a la capacidad natural (lo que tampoco consienten sus limitadas consecuencias), un dispositivo dirigido a permitir una participación creciente de la persona del menor en cuestiones que le atañen directamente, en la misma línea que marca el principio de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

Perfiles distintos presenta, más en la línea apuntada por Díez-PICAZO y GULLÓN, la vinculación entre madurez de juicio y posibilidades de actuación que resulta del art. 162.2.2.º Cc: a ello me referiré expresamente más adelante.

da (135). Sí me detendré, en cambio, en algunas de esas edades, no por la importancia intrínseca de los actos que autorizan al menor (como podría ser la capacidad de testar a partir de los 14 años: arts. 662 y 663 Cc), sino en cuanto pueden ser determinantes de que se opere una ulterior ampliación general de esa capacidad.

En primer lugar, el menor puede contraer matrimonio, con dispensa judicial, a partir de los 14 años (art. 48.2 Cc); si, efectivamente, lo contrae, quedará emancipado como consecuencia directa de su matrimonio (art. 314 y 316 Cc), y con ello adquirirá el estado de menor emancipado —sometido, en este caso, a algunas reglas especiales: señaladamente, las derivadas del art. 324 Cc—, que supone un aumento muy considerable de las posibilidades de decidir con eficacia jurídica sobre sus propios asuntos. De esta manera, la fijación de una capacidad especial de obrar muy concreta (la de contraer matrimonio, con dispensa), supone, indirectamente, el adelanto de la edad habitual a partir de la que la emancipación es posible —16 años— (136), y, contraído el matrimonio, un cambio sustancial en la situación jurídica del menor (ahora ya, menor emancipado) (137). Por lo demás, el reconocimiento de esta capacidad matrimonial conlleva la de algunas otras capacidades especiales, como la de hacer capitulaciones matrimoniales (138) o donaciones *propter nuptias* (art. 1.339 Cc) (139).

(135) En la doctrina se han formulado elencos de esas capacidades especiales con amplitud considerable. Destacó en su momento, aunque hoy ha quedado ya muy obsoleto, el realizado por DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., pp. 179 y ss.; recientemente (pero sin incluir, por razones evidentes de fecha del trabajo, la reforma de la adopción), cabe resaltar el llevado a cabo por GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* cit., pp. 29 y ss.; y, por la aproximación teórica que efectúa simultáneamente, la exposición de los casos más importantes que hace DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º, cit., pp. 106 y ss.; más brevemente, pueden consultarse los de LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 60 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español...*, I-II, cit., pp. 180 y ss.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, pp. 254 y s.

(136) Lo apunta GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 107 y s.

(137) El supuesto planteado en el texto es que la doctrina reconoce más claramente como de emancipación por matrimonio: cfr. ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º*, cit., p. 249; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 72 y s.; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado* (Madrid, Tecnos, 1988), pp. 36 y ss.; CASTÁN DE LOS MOZOS, *op. cit.*, pp. 189 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 119 y s. Junto a él, se han apuntado como de emancipación por matrimonio el caso en que lo contrae el menor que vive independiente en los términos del art. 319 Cc (GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 109; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 39); y el del mayor de 16 años no emancipado que obtiene dispensa judicial (GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*, en donde la dispensa será, según la autora, no de la edad, sino del requisito de previa emancipación).

(138) Sobre lo cual, cfr. PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 117 y ss.; y DURÁN RIVACOBÁ, *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*, ADC 1991, pp. 104 y ss.

(139) Sobre lo cual, *vid.* GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 137 y ss.

El otro caso de eficacia general indirecta del reconocimiento de una capacidad especial al menor en el que quería detenerme no procede del Código Civil, sino de la legislación laboral (concretamente, en el art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores) (140). Puesta en conexión esta confusa norma (anterior a las reformas del Código Civil de 1981) con la normativa civil vigente, la doctrina deduce la capacidad del mayor de 16-años no emancipado para realizar contratos de trabajo, con autorización de su guardador (141). Ahora bien, el reconocimiento de esta posibilidad tiene las siguientes consecuencias sobre la situación jurídica del menor:

1) Los bienes que el menor consiga mediante ese trabajo quedan excluidos de la administración paterna y de la representación legal (arts. 164. 3.º y 162.2.3.º Cc) (142);

2) El hecho de que el menor obtenga ganancias propias, unido al consentimiento paterno, posibilita la llamada emancipación por vida independiente, con la consiguiente ampliación general de la capacidad de autogobierno (art. 319 Cc) (143).

Por otro lado, un rápido repaso de los actos para los que se requiere la intervención del menor (con mayor o menor intensidad: audiencia, consentimiento concurrente con el del guardador, consentimiento asistido por el guardador) demuestra que afectan predominantemente a la esfera personal. Pueden servir de ejemplo bien significativo el art. 162.2.1.º (que exceptúa de la representación paterna «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madu-

(140) El citado precepto dice así: «Podrán contratar la prestación de su trabajo: b) 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».

(141) Cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 47; CASTÁN-DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 183; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 107. Extensamente, más consideraciones sobre la cuestión —especialmente, sobre la forma en que el art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores puede haber sido afectado por la nueva normativa del Código Civil— en JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor, cit.*, p. 897, nota 25 bis.

(142) Lo que debe ser considerado aplicable al caso del menor sometido a tutela, por analogía: así, expresamente, MAJADA, *La incapacitación, la tutela y sus formularios* (Barcelona, Editorial Bosch, 1985), p. 87; implícitamente, al considerar aplicables a la representación legal del tutor las reglas que se encuentran en sede de patria potestad, GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub art. 267, p. 491.

(143) Aunque textualmente el art. 319 Cc refiera la emancipación por vida independiente al supuesto del menor sometido a patria potestad, la doctrina considera (razonablemente) que también es aplicable al caso del menor sometido a tutela: cfr. GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 141 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; pero *vid.* las dudas del DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 122.

rez, pueda realizar por sí mismo»), y el mismo artículo en su párrafo tercero («para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste, si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158») (144). De donde cabe deducir que el legislador ha privilegiado la intervención del menor en aquellos asuntos que más directamente afecten a su ámbito personal; lo cual puede ser reconducido sin excesivos problemas al principio constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad.

No creo que quepa extraer de esta consideración, sin embargo, la conclusión (que entiendo apresurada y errónea) de que en la esfera más inmediatamente personal de los asuntos del menor (vgr., derechos de la personalidad), la actuación del representante legal queda totalmente excluida (145). Queda, sí modalizada, pero no descartada: baste, para justificarlo, tomar en consideración el art. 3.2 de la Ley Orgánica de Protección Civil del Honor, la Intimidación Personal y Familiar y la Propia Imagen, en la que se admite una actuación representativa del guardador, sometida a control judicial. El precepto se refiere al consentimiento legitimador de las intervenciones de terceros en dichos ámbitos, que deberá ser prestado por el menor si sus condiciones de madurez lo permiten (art. 3.1): en los restantes casos «el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez». Desde otro punto de vista, la actuación del guardador respecto a la esfera personal del menor puede venir autorizada (y aún exigida), no por su condición de representante legal, sino en cumplimiento de su función de velar por él (146).

(144) Sobre los cuales, en una aproximación similar a la efectuada en el texto, pero con mayor profundidad en el análisis, JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, cit., pp. 893 y s. Por lo demás, puede comprobarse que esto es así con carácter general, en cualquiera de los elencos actualizados a que me he referido antes: cfr., por citar el de tratamiento más amplio, GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

(145) Así, por ejemplo, Díez-PICAZO y GULLÓN afirman textualmente (*Sistema... IV—5.ª ed.*, Madrid, Tecnos, 1989—, p. 292) que «en realidad, en los derechos de la personalidad no cabe la representación».

(146) Sobre todo lo cual, *vid.* las atinadas observaciones de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, pp. 110 y s. En el mismo sentido que en el texto, acerca de la segunda de las posibilidades de actuación del guardador señaladas, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... IV cit.*, *loc. cit.*; contra, pero no de la posibilidad de que actúe, sino de su calificación jurídica, SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º* (3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989), p. 256, para quien en todo caso se trataría de una actuación representativa jurídicamente lícita, cuya intensidad y autonomía sería variable en relación con las circunstancias del menor y los datos legales.

c) La eficacia de los actos ordinarios realizados por el menor conforme a los usos y sus circunstancias

Una tercera vía de progresiva adecuación de la situación del menor a su capacidad natural viene impuesta por la existencia de un ámbito propio de autonomía negocial del menor, socialmente admitido y delimitado; y, como consecuencia de ello, por las construcciones jurídicas realizadas para explicar tanto la existencia de ese ámbito social de autonomía, como la validez definitiva de las actuaciones realizadas por el menor dentro del mismo.

A falta de previsiones legales similares a las de los arts. 389-3 ó 450 del *Code* (que, como sabemos, excluyen de la representación legal los casos en que el uso autoriza al menor a obrar por sí mismo), o del § 110 BGB (que considera eficaces, como también hemos visto, los contratos celebrados por sí solo por el menor, si se cumplen con medios que le han sido entregados por el guardador o con su asentimiento, para esta finalidad o para su libre disposición por el menor), la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, a partir de la atribución unánime de plena eficacia a dichos actos, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor (147).

En lo que no hay unanimidad es en la explicación. Así, se ha dicho que se trata de actos excluidos de las reglas generales de la capacidad de obrar (148); o que aquí, propiamente el menor actuaría como mandatario o representante de su representante legal (149); o que cabría identificar una renuncia tácita del menor y de su guardador a la impugnación del negocio, o, en algunos casos, una gestión de negocios por el menor de obligaciones (en general, la de velar) que incumben a su guardador (150); o, en fin, se ha tratado de ampararlos en el artícu-

(147) Así, DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, cit., p. 200; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor* cit., pp. 887 y 897 y ss.; GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades...* cit., pp. 214 y s.; o DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* 1-2.º cit., pp. 108 y ss.

En la doctrina italiana, donde se ha planteado la cuestión en torno a los allí denominados *atti della vita quotidiana*, —pero sobre la efectiva unidad de la categoría, *vid.* las consideraciones de STANZIONE, *Capacità e minore età...* cit., pp. 295 y s.—, cfr. FALZEA, voz «Capacità» cit., p. 25; PIZZORUSSO, «Le persone fisiche» cit., p. 151; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 141.

(148) Cfr. PIZZORUSSO, *op. et loc. cit.*

(149) Cfr. DE CASTRO, *op. et loc. cit.*; GALGANO, *op. et loc. cit.* Pero *vid.* también las observaciones de JORDANO FRAGA acerca de la artificiosidad e inconvenientes de esta solución: *op. cit.*, pp. 888 y ss.

(150) Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*; y nuevamente las observaciones de JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 890 y s.

lo 162.2.1.º Cc, en la medida que excluye de la representación legal los actos que el menor puede realizar por sí mismo, de acuerdo con sus condiciones de madurez (151).

En verdad que en algunas de esas explicaciones hay una notable dosis de artificiosidad (152); y que otras no aclaran suficientemente su fundamento último (153).

En mi opinión, la explicación más clara y sencilla (pero muy probablemente no la más compartida ni la mejor recibida) es la que encuentra un fundamento consuetudinario a la validez de esos actos. Lo cual sirve, además, para delimitar la esfera de actos en los que el menor tiene esa capacidad —los socialmente admitidos para cada edad—, proporcionando un criterio a la vez objetivo (154) y flexible para deslindar ese ámbito de capacidad. De esa manera lo que se logra es:

1) Conceder al menor, ya desde épocas muy tempranas (el ejemplo es tópico: compra de tebeos y chucherías...), un campo de actuación

(151) Cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, pp. 897 y ss. A esta interpretación dedicaremos brevemente nuestra atención más adelante.

(152) Con la advertencia de que lo artificioso es la construcción jurídica, y no la realidad social a la que se refiere: no me parece dudoso que en gran número de estos supuestos el menor obre con la autorización y consentimiento —expreso o tácito, actual, habitual o virtual, pero en todo caso real— de su guardador. Lo artificioso, insisto, es tener que considerarlo a partir de ahí representante o gestor de negocios de su representante, o imaginar una renuncia tácita a la acción de impugnación: pero es que estas construcciones son necesarias, a falta de explicación más convincente (y es dudoso que alguna lo sea por completo: incluida la que yo apuntaré más adelante), para salvar la eficacia definitiva de esos actos. Porque, como indica DELGADO ECHEVERRÍA (*op. et loc. ult. cit.*) el simple consentimiento o autorización del guardador no es bastante a esos efectos.

(153) Así, la opinión de PIZZORUSSO de que esos actos están excluidos de las reglas generales de la capacidad de obrar, a falta de norma legal que así lo disponga, ¿en qué se apoya?

(154) En lo que aventaja, a mi modo de ver, a la interpretación propuesta por JORDANO FRAGA, de la que resulta una delimitación de índole subjetiva, determinada por las condiciones de madurez de un concreto menor; ello pese a la vinculación que el mencionado autor establece en más de una ocasión entre los actos que un menor puede realizar de acuerdo con su capacidad natural, y los que los usos sociales le autorizan (cfr. su *op. cit.*, pp. 891 y 901). Pero una cosa es que la práctica social atribuya al menor un ámbito de actuación propio, en cuya atribución se tenga en cuenta la progresiva adquisición por los menores de capacidad natural (sin tener en cuenta, por tanto, la capacidad natural de un menor concreto, sino, nuevamente, *id quod plerumque accidit*); y otra que el criterio legal de atribución, de acuerdo con la interpretación que propone JORDANO FRAGA del art. 162.2.1.º Cc, sea el de la capacidad natural de ese concreto menor.

En este sentido, conviene recordar que el Derecho francés utiliza este criterio del uso como instrumento para determinar los actos que el menor puede realizar por sí solo (arts. 389-3 y 450 del *Code*).

personal, que se verá progresivamente ampliado, en la medida en que los usos sociales asocian esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de las personas.

2) Permitir que el menor vaya tomando parte en el tráfico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio (y menos aún para su persona).

3) Garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica (y del tráfico), puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de esos actos que un menor puede realizar, en relación con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor.

Naturalmente, la opinión que sustento no está exenta de escollos. El primero, deriva de la jerarquía de fuentes de nuestro Derecho (art. 1 Cc), que parece que impediría reconocer tan importante papel al Derecho consuetudinario. Pero no faltan medios para salvarlo:

1) En el plano teórico, cabría hablar, a partir de la consideración generalizada del menor como persona limitadamente capaz —en el sentido propuesto por De Castro—, de que esta es una costumbre *praeter legem* (se limitaría a concretar los límites de esa incapacidad) y *secundum Constitutionem* (en cuanto puede ser legítimamente presentada como reconducible al principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad) (155).

2) Y, si se prefieren consideraciones menos teóricas y quizás más seguras, no creo que resultara difícil aceptar la aplicación, frente a la pretensión del menor o de su guardador de impugnar el acto así realizado, del art. 7 Cc (principio de buena fe y exclusión del abuso de Derecho) (156), entendiendo que dicha impugnación, contraria a los usos sociales —en mi opinión no sólo sociales, sino con la relevancia jurídica necesaria para integrar una verdadera costumbre—, es abusiva y contraria también a la buena fe.

Naturalmente, debe ser advertido que esta solución no es predicable de la actividad del menor en general, sino únicamente respecto de los actos ordinario de la vida corriente socialmente admitidos.

(155) Recuérdese como la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989 hace hincapié en la inexistencia de norma alguna que declare la incapacidad del menor, insistiendo más adelante en que la falta de previsión normativa expresa en relación con la cuestión debe ser cubierta por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal, con cita expresa del art. 1, que es precisamente el que contempla la costumbre como fuente de segundo grado.

(156) Sobre estas y otras cuestiones, con mayor profundidad, *vid.* SANCHO REBULLIDA, *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho Civil Navarro* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1984), pp. 16 y ss.

Sin los inconvenientes dogmáticos y legales que acabo de exponer, esta misma solución es la patrocinada por De Pablo respecto al Derecho navarro (157).

Por otro lado, cuanto ha quedado recogido anteriormente pone una vez más de manifiesto lo inadecuado de un dispositivo de protección como el que existe en nuestro Derecho, que inhibe casi por completo, en el plano teórico, la posibilidad del menor de desenvolverse de acuerdo con su propia capacidad natural, e impide la realización jurídicamente eficaz de actos que el menor, de acuerdo con esa capacidad y con la consideración social, podría ya realizar por sí mismo.

d) La capacidad general del menor ex artículo 162.2.1.º Cc

Queda ya aludir a la vía propuesta por Jordano Fraga, en cuya virtud se produciría una correspondencia absoluta entre la capacidad natural del menor y su capacidad de obrar, con base en el art. 162.2.1.º Cc. Tras indicar los tres planos en los que, en su opinión, opera la norma (actos relativos a derechos de la personalidad, actos que el menor puede realizar por sí mismo de acuerdo con la ley, y actos que el menor puede realizar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez), centra su atención en el tercero de ellos, que es «del que se desprende la existencia de la capacidad general de que aquí se trata. Del ámbito de la representación legal se excluyen —prosigue Jordano Fraga—, además de los actos que la ley consiente realizar expresamente al menor, aquellos «*otros que el hijo de acuerdo con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo*» (158). Según esto, la capacidad natural del menor aparece como el criterio que «delimita el propio ámbito en que al menor no emancipado se le reconoce por ley capacidad (general) para actuar válidamente por sí», con exclusión, entonces, de la representación paterna —y tutelar— (159). Y, como conclusión, señala que «el menor no emancipado en el ámbito de su capacidad (general) propia (art. 162.2.1.º) puede contratar válidamente y no ya sólo celebrar contratos eficaces en tanto no se impugnen (art. 1300 Cc y ss.), sino absolutamente válidos (*inatacables*)» (160).

(157) Cfr. DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho Civil Navarro*, cit., p. 330: «para Navarra creo perfectamente defendible la existencia de una costumbre contra ley, de modo que tales actos o negocios de los menores han de considerarse válidos: pocos usos existen tan extendidos y razonables y respecto a los cuales pueda afirmarse con mejor fundamento la concurrencia de la *opinio iuris general*». Se adhiere a esta opinión SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º cit., sub Ley 50 FN, p. 130.

(158) JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, cit., pp. 897 y s.

(159) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898; sobre la aplicación analógica al tutor, p. 892.

(160) JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 899.

La interpretación propuesta por Jordano Fraga (161) es sugestiva, pero debo reconocer que no me convence, por las razones que brevemente paso a apuntar:

1) En cuanto al punto de partida, no veo clara gramaticalmente la lectura que Jordano Fraga hace del precepto interpretado, y sobre la que funda sus ulteriores argumentaciones. Es ésta una lectura que, si no la entiendo mal, puede ser calificada de disyuntiva —vendría a ser: «(se exceptúan de la representación legal) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes o con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»— (162). Pero la letra del precepto apunta más claramente hacia una consideración cumulativa de ambos términos —lo que dice el precepto es: «(se exceptúan de la representación legal) los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo»—. De acuerdo con esto, la interpretación que me parece gramaticalmente más adecuada es la que considera exceptuados de la representación legal: *i*) los actos relativos a derechos de la personalidad; *ii*) otros que el hijo pueda realizar por sí mismo, porque la ley lo autoriza y, además, sus condiciones de madurez lo permiten (163); lo que hay aquí, a lo que entiendo, es la fijación de dos requisitos diferentes para la exclusión de la representación legal, y no de dos causas diferentes y autónomas de dicha exclusión.

(161) De la que creo encontrar eco en la varias veces citada resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, especialmente cuando afirma que no cabe derivar la incapacidad del menor «de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (*vid.* artículo 162.1.º del Código Civil)». En la medida en que esta recepción se produzca, valdrán para la doctrina de dicha resolución las mismas observaciones que desarrollo en el texto, a continuación.

(162) Es verdad que en ningún lugar de su trabajo aparece así dicho; pero se deduce con toda claridad de los tres planos en que, de acuerdo con su interpretación, opera la norma, entre los que señala como diferentes los que en el texto he separado mediante la conjunción disyuntiva o (cfr. pp. 892 y ss.); así como del tratamiento autónomo que hace de los dos términos así separados.

(163) De manera que si un menor realiza un acto que la ley le autoriza sin reunir las condiciones precisas de madurez (es decir, sin la capacidad natural necesaria para realizar ese acto), entonces el acto no es válido —y conviene recordar la insistencia del propio JORDANO FRAGA en que las condiciones de madurez (capacidad natural) son presupuesto común de las excepciones a la representación legal *ex* art. 162.2.1.º Cc: vgr., p. 892—. Del mismo modo, si un menor con capacidad natural suficiente realiza un acto no autorizado por la ley, de acuerdo con el art. 162.2.1.º, las consecuencias serían las mismas (pero precisamente a evitarlo se dirigen todos los intentos que he venido reseñando, incluido este de JORDANO FRAGA).

2) Desde otro punto de vista, entiendo que las consecuencias de esta interpretación son de un alcance excesivamente grave, en cuanto trastocan radicalmente el sistema de capacidad de obrar de las personas, tal y como aparece diseñado en el Código, provocando además notables faltas de coherencia interna con los preceptos en que se funda ese sistema: *i*) por un lado, viene a desaparecer casi por completo el sentido del límite legal de la mayoría de edad, sustituido según este nuevo criterio, por el subjetivo e individual de la capacidad natural del menor: la única eficacia práctica de la edad de la mayoría sería en relación con los casos en el el Código u otras leyes la exijan expresamente; *ii*) el sistema resultante, como he dicho, pecaría de incoherencia, al contener previsiones que pugnarían, en su sentido y contenido, con ese principio de capacidad de obrar del naturalmente capaz, con independencia de su edad: así, no se explicaría que el art. 164.2.3.º Cc (164) pida el consentimiento paterno para los actos de extraordinaria administración (165) sobre los bienes que el menor ganó con su trabajo o industria, cuando sobre los demás (quizás más cuantiosos o importantes) no necesitaría consentimiento alguno; *iii*) del mismo modo, la emancipación pasaría a tener sentido sólo en relación con quienes carecieran de capacidad natural, porque si la tuvieran, habrían alcanzado ya simultáneamente la de obrar, sin las limitaciones a que se refiere el art. 323 Cc.

3) Además, quedaría afectado también el mecanismo de representación legal, que se vería excluido automáticamente en el momento en que el menor adquiriera capacidad natural suficiente para la realización de un acto determinado, o de un grupo de actos. Precisamente, el art. 162.2 lo que contiene son, propiamente, las excepciones a la representación legal; de manera que a lo que lógicamente conduce la interpretación tan sugestivamente propuesta por Jordano Fraga, es no sólo a permitir actuar al menor, sino a la vez a impedir que sea el representante legal quien actúe por él (166). El factor de inseguridad que se introduce así es tan importante, que merece consideración autónoma.

4) Por último, en la línea que acabo de apuntar, no me convence esta interpretación por la inseguridad jurídica que genera, al sustituir en los términos indicados el dato externo y objetivo de la edad por el subjetivo y en ocasiones difícilmente aprehensible de las condiciones de madurez; que es, precisamente, lo que intentó evitar el legislador espa-

(164) Al que JORDANO FRAGA dedica su atención en pp. 898 y ss., aunque desde otro punto de vista.

(165) Que incluirían los de disposición extraordinaria, mientras que los de disposición ordinaria («necesarios... para la conservación productiva de los bienes, que no afecten a su propia fundamental subsistencia») quedarían asimilados a los de ordinaria administración: cfr. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898.

(166) Lo advierte el propio JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 898.

ñol (y muchos otros, según hemos visto) al establecer el límite legal de la mayoría (167). De prosperar dicha interpretación, habría que proceder a comprobar caso a caso la capacidad natural del menor, para saber quien está legitimado para la realización del acto de que se trate.

e) Conclusiones: algunas propuestas «de *lege ferenda*»

Según hemos ido viendo, del mismo modo que sucedía con la entrada en la mayoría de edad, pero todavía más acusadamente, la finalización de la minoría no supone un corte en la situación del menor tan tajante y radical como inicialmente pudiera suponerse. Se produce, más bien, escalonadamente, de forma que el menor va viendo aumentar — de hecho y de Derecho— sus posibilidades de actuación a medida que va teniendo lugar su desarrollo físico y psíquico. Pero se trata de un aumento que se asienta, en más de una ocasión, sobre bases jurídicas poco firmes (la mención del tratamiento de los actos de la vida cotidiana es forzosa). En otras ocasiones, tiene un carácter inarmónico, al estar determinado por el reconocimiento de capacidades especiales particularizadas, que no logran formar entre ella un entramado sistemático y coherente: ni por las edades fijadas, en su caso (12, 14, 16 años), ni por la intensidad de la intervención del menor (que oscila entre la mera audiencia y el consentimiento pleno y único).

Por otro lado, hemos visto también cómo la regulación de nuestro Código Civil dista mucho de ser adecuada, puesto que coarta excesivamente las posibilidades de actuación del menor a través del mecanismo (único previsto, con algunas excepciones) de la representación legal. Ya he indicado que este dispositivo supone tanto que el menor no puede actuar en sus propios asuntos (falta de *autonomía*), como que es otro quien puede gobernarlos en su nombre con plena eficacia (criterio de *heteronomía*) (168). El empleo de esta técnica de sustitución es ajustado durante los primeros años de la vida de una persona, en los que carece de las condiciones mínimas de capacidad natural que le permitan actuar por sí mismo; pero resulta de una intensidad excesiva para aquellas etapas de su desarrollo en las que puede ya desenvolverse (limitadamente) por sí mismo, aunque su falta de experiencia aconseja la presencia de un mecanismo de protección adecuado a esa situación. Y adecua-

(167) Pero algo así es lo que, indirectamente, viene a proponer la resolución de la DGRN de 3 de marzo de 1989, cuando señala que por debajo de los dieciocho años «habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad».

(168) Según pone de relieve muy acertadamente DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* I-2.º *cit.*, p. 104.

do, en un doble sentido: porque permita una intervención del menor en sus propios asuntos más acorde con su capacidad natural; y porque le sirva de medio para adquirir la experiencia de que ahora carece. Lo que falta es, entonces, esa flexibilidad en los mecanismos de guarda (en *cuáles* son y *qué contenido* tienen) que caracteriza ahora, por señalar la referencia legal más próxima, a la situación de los incapacitados —en relación, precisamente, con su capacidad natural—. Podría decirse, empleando una frase ya tópica, que es la asignatura pendiente de la reforma de las instituciones y mecanismos de tutela y guarda, en general (comprendiendo, por tanto, la patria potestad).

Por estas consideraciones, y otras que han quedado reflejadas en las páginas que anteceden, cabe proponer algunas reformas de nuestro Derecho, en punto a la situación jurídica de los menores, utilizando para ello tanto modelos procedentes de otros ordenamientos, de eficacia y utilidad contrastadas, como (nuevamente), otros extraídos de nuestros Derechos forales —y el recurso al Derecho aragonés me parece aquí especialmente útil—.

1) Comenzando por la reforma que alteraría de manera más importante el sistema de relaciones entre edad y capacidad de obrar en el Código Civil, y recurriendo ya al modelo ofrecido por el Derecho aragonés (169), creo que sería conveniente reemplazar el actual sistema de representación legal del menor, hasta que llegue a la mayor edad (o a la emancipación), por uno de *asistencia a partir de los 14 años de edad* (170). Esta solución creo que consigue un equilibrio adecuado entre los principios en juego: *i*) desde el punto de vista de la protección del menor, la asistencia de su guardador le asegura frente a los eventuales peligros de su inexperiencia, puesto que, en el caso más extremo, la negativa de éste a prestar su asentimiento impediría al menor la realización plenamente eficaz del acto (171); *ii*) desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad del menor, atribuirle la capacidad de

(169) Con la ventaja, entonces, de disponer de una construcción doctrinal y de una práctica judicial ya consolidadas, dentro del propio marco del Ordenamiento general español. Ello evitaría los problemas de una reflexión *ex novo* carente de puntos de referencia cercanos para la aplicación de la eventual reforma. Así, sobre el sistema aragonés, en general, *vid.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO (*sub arts. 4 y 5*) y DELGADO ECHEVERRÍA (*sub arts. 11 y ss.*), en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*; y en ellos, nuevas referencias.

(170) Considero preferente esta edad (que es también la que fija el Derecho austriaco para delimitar el concepto de menores capaces) a la excesivamente temprana de 7 años propuesta por el BGB: en ésta última las facultades intelectivas y volitivas, aunque ya presentes, no están lo suficientemente desarrolladas como para tomar habitualmente parte activa en la vida jurídica; en muchas ocasiones, la asistencia del guardador se traduciría, en la práctica, en una verdadera representación. Por lo demás, respecto al BGB, recuérdese el replanteamiento propuesto por MORITZ, uno de cuyos pilares es, precisamente, la edad de 14 años: *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 49 y ss.

(171) Cfr. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO (*op. cit.*, p. 340), respecto al Derecho Aragonés.

sarrollo de la personalidad del menor, atribuirle la capacidad de obrar *por sí mismo* (pero no *por sí solo*) a partir de dicha edad, no sólo es más conforme con el mencionado principio constitucional, sino que permite al menor ir adquiriendo la experiencia que le falta para completar su desarrollo (172); por último, la seguridad jurídica y del tráfico quedaría suficientemente asegurada al establecerse claramente las condiciones de participación del menor de más de 14 años en el mismo.

Por lo demás, esta reforma presentaría la ulterior ventaja de consentir más fácilmente la validez de los actos de la vida ordinaria realizados por el menor, en los que habitualmente cabrá identificar un asentimiento o autorización de su guardador —lo que es insuficiente respecto al sistema actual de representación legal—, o podría ser después ratificado por el mismo.

2) En relación con esta última cuestión suscitada, tendría menor calado y trascendencia, pero contribuiría poderosamente a adecuar la situación jurídica del menor a sus condiciones de capacidad natural —aún en el caso de que se mantuviera la representación legal—, la inclusión en el Código Civil de una regla de excepción a la representación legal similar a la contemplada por los arts. 389-3 ó 450 del *Code* (recordemos nuevamente: la representación legal cesa en los casos en que la ley o el uso autoricen al menor a obrar por sí mismo); quizás mejor —aunque es otro modelo a tener en cuenta— que una regulación del llamado «dinero de bolsillo» al ejemplo del § 110 BGB (que convierte en eficaces los contratos celebrados por el menor si éste realiza la prestación con medios que le han sido dados para tal fin o para su libre disposición, por su guardador o con su asentimiento). Se trata, en cualquiera de estos casos (173), de reformas de menor alcance que la anteriormente propuesta (con la que no son, por otro lado, incompatibles), tendentes a dar una solución más clara, directa y menos objetable al problema de los actos de la vida diaria.

En todo caso, entiendo que la reforma de la situación jurídica del menor debe pasar por un replanteamiento del alcance y contenido de la

(172) Recuérdese la calificación del menor aragonés mayor de 14 años como «menor en aprendizaje» o «en preparación» [SANCHO REBULLIDA y DE PABLO, *op. cit.*, pp. 331 (Derecho histórico), y pp. 337 y s. o 340 (Derecho vigente)]. Y también la finalidad educativa que GITTER atribuye al régimen de capacidad negociada limitada de los §§ 106 y ss. BGB (*Münchener Kommentar... cit.*, p. 692).

(173) Junto a los que cabría mencionar también § 52.3 del ZGB de la ex-DDR, de acuerdo con el cual son válidos los contratos realizados por el menor —la norma se refiere a incapaces de obrar en general— para la satisfacción de las necesidades de la vida cotidiana, sobre objetos de escaso valor, siempre que ambas obligaciones se hayan visto cumplidas inmediatamente: dan noticia GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades... cit.*, pp. 214; y DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-1.º, cit.*, página 109.

representación legal, que es el mayor obstáculo, en mi opinión, para una formulación correcta de dicha situación en nuestro Derecho (174).

3. La emancipación como mecanismo institucional de flexibilización del sistema legal de la mayoría de edad

La separación entre el estado de menor edad y el de mayor edad aparece flexibilizada en nuestro Derecho a través de la previsión general de un *status* intermedio de acceso individualizado (la emancipación). Dicho *status* amplía considerablemente la capacidad de obrar del sometido a él, pero contempla todavía algunas (limitadas) medidas de protección, que afectan a esa misma capacidad, generando así el estado de *menor emancipado* (175).

La emancipación, en su significación, comprende tanto la salida de la patria potestad (176) como la ampliación general de la capacidad de obrar del menor —con algunas limitaciones: destacadamente, art. 323 Cc, y para Navarra, la Ley 66.3 FN— (177). De ella interesa aquí

(174) En lo cual hay que reconocer el evidente acierto de fondo del planteamiento de JORDANO FRAGA (*La capacidad general del menor, cit., passim*), que precisamente se mueve en esta dirección.

(175) Sobre la emancipación, antes de las reformas operadas a partir de 1981, *vid.* DE CASTRO, *Derecho Civil de España, cit.*, pp. 205 y ss.; y R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 35 y ss. Para el Derecho vigente, PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, citl. sub arts.* 314 y ss., pp. 1.222 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º, cit.* pp. 246 y ss.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 65 y ss.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, pp. 64 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, pp. 256 y ss.; y DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º, cit.*, pp. 112 y ss. Monográficamente, PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado, cit.*

(176) Para la tutela existe, como es sabido, la figura paralela del beneficio de mayor edad por concesión judicial (art. 321 Cc). El estado resultante es muy similar al de menor emancipado, mientras que las diferencias fundamentales se refieren a los tipos de emancipación: en caso de tutela, evidentemente, no cabe la habilitación por concesión de los titulares de la patria potestad —art. 317 Cc— (tampoco la que sería su correspondiente: concesión por el tutor), ni tampoco otra semejante a la prevista en el art. 320, cuyo fundamento son precisamente las situaciones de anormalidad referidas a la patria potestad. Entonces, en el beneficio de mayor edad, las causas son: por concesión judicial (art. 321), por matrimonio (art. 316, cuya aplicación al caso del menor sometido a tutela no creo que ofrezca dudas —así, expresamente, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 106—) y por vida independiente (cfr. PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.237; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 141 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; pero *vid.* las dudas de DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 122). En cuanto al contenido de la situación del menor habilitado de edad, es similar a la del emancipado (art. 323.3).

(177) Lo cual no siempre ha sido así, como es notorio. La regulación actual procede de la fusión, en la etapa codificadora, de la emancipación propiamente dicha (que determinaba tradicionalmente la salida de la patria potestad) con la *venia aetatis* (que determi-

no tanto su regulación normativa concreta (178), cuanto —y a la vez— su consideración como determinante de una modificación sustancial en el *status* del menor, en tanto que beneficiario de una especial protección jurídico-civil; y como mecanismo de flexibilización de la regla abstracta y general de la mayoría legal de edad. Por eso, nos detendremos a continuación en dos cuestiones: el sentido y función de la emancipación en nuestro Derecho, en relación con la situación y capacidad natural del menor (A), y la llamada emancipación por vida independiente (B).

A. Sentido y función de la emancipación

Es habitual en la doctrina presentar la emancipación como un medio de mitigar la rigidez propia del sistema legal de la mayoría de edad, que permite a quienes han alcanzado un grado suficiente de capacidad natural antes de cumplir los 18 años acceder a una situación jurídica de capacidad cuasi-plena, únicamente atenuada por el sometimiento a algunas limitaciones de índole protectora (179). A lo cual cabría añadir un cierto componente de etapa de aprendizaje, preparatoria de la capacidad de obrar plena (180). En torno a lo cual, que me parece básicamente correcto, creo conveniente hacer algunas precisiones que contribuyan a aclarar mejor la cuestión:

1) La emancipación es una *posibilidad* prevista con carácter *general* por el ordenamiento, que *potencialmente* puede afectar a cualquier menor en quien concurren los requisitos fijados para cada uno de los tipos de emancipación. Pero su puesta en práctica, su actuación, *es individual*: actualmente sólo afecta a aquellos menores que han sido emancipados, uno por uno (181).

naba la ampliación de la capacidad de obrar). Sobre los antecedentes de la emancipación, en general, *vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 205 y ss.; GETE-ALONSO, *op. cit.*, pp. 67 y ss.; y PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

(178) Respecto a lo que me remito a las obras generales citadas en la nota 175 precedente.

(179) Cfr. R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona, cit.*, p. 36; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona, cit.*, p. 26 (y nuevamente en la 67); PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado, cit.*, p. 32; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... 1-2.º cit.*, p. 112; fuera de nuestras fronteras, GOBEAUX, *Les personnes, cit.*, p. 324.

(180) Así, la sentencia del TS de 16 de mayo de 1984, señala (*obiter dictum*) que «la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad... un período diferenciado en la vida del menor de edad que tiene por finalidad la de prepararle para la mayoría».

(181) Lo resalta GOBEAUX, *op. cit.*, p. 324. De ahí que se haya afirmado el carácter excepcional de la emancipación, que estaría destinada a afectar exclusivamente a una minoría de menores (CORNU, citado por STANZIONE, *Capacità e minore età... cit.*, p. 282, nota 384).

2) Por lo tanto, tal y como pone de relieve Stanzione, la emancipación «no constituye una etapa necesaria entre la menor y la mayor edad» (182), ya que no aparece directamente vinculada a la edad, ni a ninguna otra circunstancia de concurrencia obligada en cualquier menor en algún momento de su desarrollo (183).

3) La capacidad natural puede servir, como hemos visto, para determinar el sentido y función de la emancipación, considerados en abstracto y desde un punto de vista teórico: constituyen, por así decir, la explicación de cómo se integra la emancipación en el sistema de relaciones entre edad, capacidad natural y capacidad de obrar de la persona. Pero, en la práctica, la relación entre capacidad natural y emancipación es muy similar a la que une la misma capacidad natural con la determinación de la edad legal de la mayoría. Es decir, que en la emancipación se considera que, a partir de la concurrencia de una edad determinada —16 años— (184) o, excepcionalmente, de una circunstancia legalmente prevista —matrimonio del menor—, una persona tiene ya capacidad natural suficiente como para autorizar (pero no imponer) una considerable ampliación de su capacidad de obrar. A partir de ahí (los 16 años —junto con los demás requisitos legales— o el matrimonio), pese a ser un mecanismo de actuación individualizada, es jurídicamente indiferente, por ejemplo, si de hecho el mayor de

(182) STANZIONE, *op. cit.*, p. 282.

(183) Lo cual no empece, frente a lo que opina STANZIONE (*op. et loc. cit.*), a su función de correctivo del sistema de la mayoría de edad: lo que ocurre es que se trata de un mecanismo de corrección que sólo potencialmente es general; es decir, que está a disposición de los implicados (menores, guardadores, tribunales), quienes podrán ponerlo en marcha cuando lo consideren conveniente, útil o necesario. Precisamente ahí radica su carácter corrector, con vistas a adecuar la situación legal de minoría a las específicas necesidades de un concreto menor.

(184) Sobre la edad fijada para la emancipación, GETE-ALONSO (*La nueva normativa... cit.*, p. 89), sin descartar el componente de adecuación a la capacidad natural, opina que no ha sido ese el fundamento de tal fijación, sino que ha sido una elección arbitraria, relacionada directamente con la reducción del límite legal de la mayoría de edad. Esto último es evidente (la emancipación se producía antes de la reforma a los 18 años: mantenerlo no hubiera tenido sentido); pero calificar la elección de arbitraria no me parece del todo correcto, ni sociológicamente (cfr. el análisis de PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, pp. 16 y ss), ni jurídicamente: baste señalar, desde este último punto de vista, la relevancia penal del límite de los 16 años —arts. 8.2 y 9.3.º C. Pen.—; o la posibilidad ya citada de realizar contratos de trabajo a partir de esa edad, con lo cual se dota al menor de la posibilidad de conseguir la autonomía económica que actúa como presupuesto de la llamada emancipación por la vida independiente —art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores—; o la fijación de la enseñanza obligatoria hasta esos 16 años —art. 5.1 LOGSE—. También la emplean la Carta Social Europea (art. 7.4), el Convenio Europeo sobre Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores (art. 1.a)), o el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (art. 4), por citar algunos.

16 años tiene esa capacidad natural, o si la intención subjetiva de los padres al conceder a su hijo mayor de 16 años la emancipación es precisamente la de adecuar su situación jurídica a su capacidad natural, o no (185). Dicho de otra manera, no se exige en ningún momento un control individualizado ni de la capacidad natural del menor cuya emancipación se pretende (que, insisto, la ley presupone a partir de la edad o el matrimonio), ni de que la finalidad subjetiva de esa concreta emancipación sea la de adecuar la situación jurídica del menor a su capacidad natural (186).

Siguiendo en esta misma línea, convendrá considerar brevemente, desde la perspectiva adoptada, dos de las causas de emancipación expresamente contempladas en el Código Civil: la emancipación por concesión judicial y la emancipación por matrimonio (187).

El caso de emancipación del hijo de familia por concesión judicial aparece en nuestro Código Civil causalizado, puesto que en él se vincula la emancipación (además de a la edad de 16 años y a la previa solicitud del menor), a la concurrencia de una situación de anormalidad en el ámbito personal-familiar del menor (188). En este caso, a la función

(185) Podría ser, por ejemplo, la de sustraer determinados bienes al principio de responsabilidad patrimonial universal (cfr. STS de 30 de abril de 1985); o también, según apunta DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos... I-2.º, cit.*, p. 118) la de «liberarse de las cargas y molestias de la patria potestad», con perjuicio objetivo del hijo, en cuyo caso el citado autor duda de la validez del acto de concesión: se trataría de una suerte de «desviación de potestad» (que ha de ejercitarse en beneficio del menor: art. 154.2 Cc), respecto a la que cabría quizás apreciar —además— fraude de ley (siendo la defraudada la regulación general de la patria potestad, en cuanto impone los deberes y obligaciones que se intenta eludir; y la fraudatoria el art. 317 Cc).

(186) En este sentido, la resolución de la DGRN de 24 de febrero de 1986, señala a mayor abundamiento «que en el acto de emancipación no hay necesariamente un control oficial, desde el punto de vista del interés público, de la especial aptitud del sujeto para merecer la emancipación».

(187) Con respecto al elenco legal, ya hemos hablado de la (impropiamente) enumerada emancipación por mayoría de edad; y poco después haremos alguna referencia más detallada a la llamada emancipación por vida independiente (que el art. 314 no contempla, y de la que se duda si es o no verdadera emancipación). En cuanto a la que queda —emancipación por concesión de quienes ostentan la patria potestad, a la que podría ser asimilado el beneficio de mayor edad del art. 321, en este aspecto—, no presenta peculiaridades desde el punto de vista que ahora interesa.

(188) GETE-ALONSO (*La nueva normativa... cit.*, p. 100) reconduce las causas del art. 320 Cc a «la existencia de una situación de anormalidad en el ejercicio de la patria potestad que aconseja —si el mayor de 16 años así lo solicita— la conveniencia de conceder, al hijo de familia, la independencia en la que consiste la emancipación»; similarmente, al analizar cada una de las causas, DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... I-2.º, cit.*, p. 113. Lo cual, siendo cierto, me parece una contemplación hasta cierto punto parcial, limitada a la patria potestad: ésta es mencionada únicamente en la causa 3.ª del art. 320 Cc, mientras que ni en la 1.ª ni en la 2.ª tiene por qué producirse una alteración en el ejercicio o la titularidad de la patria potestad. En estos dos casos, más bien (pero sin

(predicable con carácter general de toda emancipación) de mecanismo de mitigación del rigor de la regla de mayoría de edad, y a la presunción legal de capacidad natural que opera con base en haber alcanzado ya la edad de 16 años, se une a una finalidad específica en relación con la situación personal-familiar de determinados menores, respecto a los que se considera personalmente más conveniente (no por su capacidad real de autogobierno, sino por la aludida situación de anormalidad familiar) que gocen de la autonomía que caracteriza al menor emancipado. Cabe decir que, en este caso, la edad (a partir de la que se presupone la capacidad natural suficiente) *autoriza* la emancipación, y la anómala situación personal-familiar del menor la *aconseja*.

En el caso de la emancipación por matrimonio, la capacidad natural del menor se presupone por el mismo hecho de haber sido autorizado judicialmente a contraer matrimonio: no necesita especial demostración la afirmación de que éste es uno de los actos más trascendentes (desde el punto de vista personal, pero también desde el patrimonial) que puede realizar una persona, puesto que está asociado a la asunción de un conjunto de cargas, deberes, obligaciones y responsabilidades de notable importancia. Es claro que a quien se ha reconocido jurídicamente la capacidad para asumir ese estado, difícilmente se le puede negar la capacidad de gobernar por sí mismo sus propios asuntos (más aun cuando ésta se encuentra limitada por la presencia de mecanismos protectores, que limitan parcialmente esa capacidad). Junto a esta consideración, se alega también (razonablemente) que «quien por el matrimonio constituye una nueva familia, no ha de seguir sujeto a otra autoridad familiar» (Delgado Echeverría) (189).

B. *La llamada emancipación por vida independiente*

De acuerdo con el art. 319 Cc «se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consenti-

descartar que puedan causar, como indica DELGADO ECHEVERRÍA, perturbaciones en el ejercicio de la patria potestad), parece que lo que hay es una situación familiar anómala, en relación con la cual el menor puede tener dificultades de adaptación que aconsejen su emancipación. No creo que quepa exigir en estos casos la presencia de un efectivo entorpecimiento del ejercicio de la patria potestad para acordar la emancipación, sino que bastará para ello con la efectiva concurrencia de las situaciones contempladas en el precepto.

(189) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 120; similarmente, BUCCIANTE «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO) 4-III *cit.*, p. 674 (y allí más referencias a la doctrina italiana).

miento de los padres viviere independientemente de éstos» (190). De este artículo interesa menos, a efectos del presente estudio, su calificación dogmática como emancipación (191), cuanto la efectiva ampliación de la capacidad de obrar del menor que provoca (192).

Esta ampliación, a diferencia de los restantes supuestos de emancipación, no opera sobre una presunción legal de capacidad natural de autogobierno, sino a partir de la constatación fáctica de que esa capacidad natural de gestionar sus propios asuntos e intereses —centrada básicamente en la efectiva autonomía económica— (193) existe, porque de hecho el menor lo está haciendo (194).

(190) El Derecho navarro conoce una norma similar a ésta, aunque con algunas diferencias significativas —repárese en la exigencia de justa causa para la revocación de la vida independiente—, en su Ley 66.4 FN: «el mayor de dieciséis años que con el consentimiento de sus padres viva independiente de ellos se considerará para todos los efectos como emancipado. Los padres podrán con justa causa revocar este consentimiento» (sobre lo cual *vid.* DE PABLO CONTRERAS, *Curso de Derecho civil navarro*, *cit.*, p. 337 y s.; SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo XXXVI-1.º*, *cit.*, *sub* Ley 66, pp. 307 y s.). Paralela, aunque con mayores diferencias de contenido y alcance, es la regla del art. 5.3 Comp. Ar.: «el mayor de catorce años que con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes»; sobre lo cual, *cfr.* SANCHO REBULLIDA y DE PABLO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, *cit.*, pp. 360 y ss.; o MERINO HERNÁNDEZ, en *Comentarios Albaladejo*, t. XXXIII-1.º *cit.*, pp. 83 y ss.

(191) Cuestión discutida: parece considerarla tal, pero con peculiaridades de régimen significativas, GETE-ALONSO, *La nueva normativa... cit.*, pp. 139 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... I, cit.*, p. 260; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos... 1-2.º cit.*, pp. 120 y s.; pero frente a ello, *vid.* las consideraciones de PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, *cit.*, pp. 1.236 y s.; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 78; o PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, p. 58.

(192) A través, al menos conceptualmente, de un mecanismo indirecto de doble ficción, en cuya virtud se considera al menor de vida independiente como si fuera emancipado (art. 319), y al menor emancipado como habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 323). De forma que al menor de vida independiente se le reputa habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

(193) En lo que la doctrina es unánime, a partir DE CASTRO (también, en este caso, con relación a la redacción del art. 160 Cc anterior a las reformas de 1981): *cfr.* *Derecho Civil de España*, *cit.*, p. 196. Para el texto vigente, *vid.* ALBALADEJO, *Derecho Civil I-1.º* *cit.*, p. 251; GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 142; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 59 y s.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 260; DELGADO ECHEVERRÍA, *op. cit.*, p. 121.

A lo que entiendo, esta autonomía económica no debe entenderse simplemente como la posibilidad de hacer frente a los propios gastos con los propios bienes (vgr., procedentes de la herencia paterna, o de donaciones que el menor haya recibido), porque eso demuestra únicamente que el menor tiene patrimonio, pero no que sepa gobernarlo (es decir, que sea naturalmente capaz de hacerlo). Más bien debe entenderse como la adquisición de autonomía económica por el propio menor, que puede hacer frente a sus propios gastos con ingresos debidos a su actividad (que bien pueden proceder, naturalmente, de una acertada gestión de la herencia paterna o de las donaciones recibidas). Ese parece ser el sentido de la autonomía económica a que se refieren los autores citados, aunque no lo aclaren tan explícitamente.

(194) Así lo hacen notar R. BERCOVITZ, *Derecho de la persona*, *cit.*, p. 50 (en relación con el antiguo art. 160 Cc); y PÉREZ DE CASTRO, *op. et loc. cit.* y DELGADO ECHEVERRÍA, *op. et loc. ult. cit.*

Tal posibilidad se constituye, de esta manera, en la vía más sencilla (a partir de un mínimo de edad que el legislador considera irrenunciable en este caso, probablemente también por razones de protección laboral a la infancia —recuérdense los arts. 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores—) de adaptación de la situación jurídica del menor a su efectiva capacidad natural; y una capacidad natural —insisto— no presumida legalmente, sino demostrada en el plano de los hechos por su vida independiente. Probablemente en este caso la permanencia del menor de vida independiente bajo la potestad de su guardador, en la medida en que no responde a un criterio de protección que la propia vida independiente ha demostrado ya en su mayor parte innecesario (y más claramente con la intensidad que reviste esa protección en la patria potestad y en la tutela), constituye una restricción injustificada al desarrollo de su personalidad (195). Esta figura (y más si no se considera conceptualmente como una emancipación) supone, a mi modo de ver, el puente que más claramente une en nuestro ordenamiento la capacidad natural con el reconocimiento jurídico de una capacidad de obrar cuasi-plena; también, en cuanto para que tenga lugar esta considerable ampliación de la capacidad de obrar no se requiere ningún requisito formal especial, y el consentimiento paterno (o del guardador) que la ley exige es apreciado en la forma flexible a que luego haré referencia.

Por otro lado, la puesta en relación de este precepto con otras normas conexas (destacadamente, los arts. 164.2.3.º Cc, y 7 b) del Estatuto de los Trabajadores) muestra la peculiar importancia que tiene para nuestro ordenamiento la autonomía económica, como una de las más características demostraciones de la presencia de capacidad natural en el menor (siempre a partir de los 16 años, por las razones de protección laboral de la infancia antes apuntadas). Así: 1) en un primer nivel, los bienes que el menor adquiere con su trabajo o industria quedan exceptuados de la administración paterna en los términos del art. 164.2.3.º Cc; ello no supone necesariamente que sea autosuficiente desde el punto de vista económico, ni tampoco una vida efectivamente independiente, pero sí instaura una relación entre la capacidad del menor de adquirir bienes y el reconocimiento de un ámbito de autonomía (la administración ordinaria, y, con el consentimiento paterno, la extraordinaria), con exclusión de la representación legal (art. 162.2.3.º Cc) precisamente en relación con esos mismos bienes: es decir, que el Derecho le considera capaz de gobernar —en su caso, con el comple-

(195) Y no está de más recordar como principio orientador, con DELGADO ECHEVERRÍA (*Elementos...* I-2.º, *cit.*, p. 100) que «en las legislaciones modernas, la patria potestad y la tutela son institutos de cuidado y protección, y por tanto no se extienden a la persona que, por sus condiciones físicas y mentales, ya no los precisa».

mento de capacidad de sus padres— lo que es capaz de ganar; 2) en un segundo nivel, la autonomía económica real determina la concesión de un ámbito de autogobierno considerablemente más amplio, puesto que asimila al menor que dispone de ella con el menor emancipado (art. 319 Cc): aquí la correspondencia no es entre la capacidad de adquirir bienes y el aumento de la capacidad de obrar sobre esos mismos bienes, sino entre la demostrada capacidad de vivir autónomamente y la capacidad de obrar, ahora ampliada con carácter general.

Conviene que nos detengamos a continuación en la exigencia legal de que la vida independiente del menor cuente en todo momento con la aquiescencia —ya sea como consentimiento previo, ya sea como no revocación posterior— de sus padres (196). Pues bien, el Código no exige

(196) Aquí es donde cabe residenciar uno de los problemas de la eventual extensión de la emancipación por vida independiente al caso del menor sometido a tutela. Aplicando analógicamente a ese supuesto lo que establece para el caso de patria potestad el art. 319 Cc, habría que concluir que el consentimiento requerido por el precepto debe otorgarlo el tutor. Ahora bien: resulta que esa disposición expresa del art. 319 Cc se integra coherentemente en un sistema de emancipación en el que el padre puede concederla expresamente a su hijo en los términos del art. 317 Cc (de forma que cabría considerar que el consentimiento a la vida independiente no es sino otra forma de hacer, menos formalmente y con requisitos y efectos diferentes, lo que puede hacer con carácter general según el art. 317 Cc). Pero aplicar analógicamente el art. 319 Cc en el sentido indicado, tropieza con el escollo de que en nuestro ordenamiento el tutor no puede conceder al menor el beneficio de la mayor edad, sino que esa facultad corresponde al juez (art. 321 Cc); de forma que podría ser incoherente con el sistema permitir que el tutor emancipe (de hecho, y con los efectos limitados —revocabilidad— que caracterizan a esta figura) al tutelado a través de su consentimiento a la vida independiente (y de la no revocación de ese consentimiento), cuando no tiene facultades para hacerlo por la vía directa.

Sin embargo, pienso que sigue siendo razonable mantener tanto que la emancipación por vida independiente cabe también en el supuesto de menor sometido a tutela (y si se apura la argumentación, cabría elevarse hasta el principio constitucional de igualdad...), como que entonces el consentimiento legalmente exigido (o la revocación legalmente autorizada) es del tutor, y no del juez. La clave me parece que está en el carácter fáctico que reviste el presupuesto básico de este tipo de emancipación —o de esta causa de ampliación de la capacidad de obrar, si se prefiere—, que exige que la vida independiente tiene que serlo con consentimiento precisamente de aquél frente a quien se independiza de hecho el menor: la independencia del menor lo es con respecto a la persona de la que antes dependía (padre o tutor), por lo que es dicha persona la que, lógicamente, ha de consentir que esa vida independiente tenga lugar. Dicho con otras palabras: el supuesto de hecho que fundamenta esta figura está integrado no sólo por la vida independiente del menor, sino también por el consentimiento con que, de hecho, tal cosa sucede; de manera que, aunque conceptualmente quepa distinguirlos para estudiar mejor sus peculiaridades, la vida independiente y el consentimiento del guardador no forman dos requisitos diferentes, fáctico el primero y jurídico el segundo, sino uno solo, de carácter fáctico —con las conocidas consecuencias jurídicas, claro—: la vida independiente consentida; y el consentimiento que integra la *fatispecie*, precisamente por ese carácter fáctico, no puede proceder sino de quien tiene la guarda legal del menor, padre o tutor. Por lo demás, podría coadyuvar a esta interpretación el confuso art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores, que reconoce ca-

que la oposición del guardador, sea cual sea el momento en que se manifieste, responda a una justa causa: en una interpretación meramente literal de la norma, no habría nada que oponer a una denegación arbitraria del consentimiento o una revocación igualmente arbitraria del inicialmente prestado —a diferencia de lo que ocurre en Derecho navarro, en el que, como hemos visto, se exige justa causa para la revocación— (197). Esta interpretación es, sin embargo, contraria a la función o sentido de la emancipación por vida independiente, dentro del sistema de relaciones entre capacidad natural, edad y capacidad de obrar, tal como más arriba ha quedado descrito. Hay, además, datos doctrinales y legales más que suficientes para rechazarla, y optar por otra más adecuada a los principios que rigen la materia:

1) En primer lugar, a través de la flexibilización de la exigencia del consentimiento inicial del guardador, entendiéndose que concurre cuando los padres o el tutor conocen la vida independiente del menor y no se oponen expresa y formalmente (198); lo que podría verse complementado con una presunción —*iuris tantum*— de anuencia de los padres —o tutor—, frente a terceros de buena fe, a partir de simple dato de la vida independiente: correspondería, entonces, a los guardadores legales, probar su oposición formal y expresa, o (en su caso) la revocación del consentimiento inicial (199).

2) En segundo lugar, a partir de la constatación de la efectiva capacidad de autogobierno del menor, por medio de la introducción de un criterio causal de la eventual intervención de los guardadores dirigi-

pacidad para contratar a los mayores de 16 años «que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores».

Plantea el problema, y las posibles soluciones (que consienta el tutor o el juez) PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 59.

(197) Ponen de relieve ese carácter aparentemente abstracto de la revocación, tal y como literalmente resulta del art. 319 Cc, PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 1.239 y s.; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* cit., p. 143; LETE DEL RÍO, *Derecho de la persona*, cit., p. 79.

(198) Como tantas otras veces, la interpretación trae causa de la propuesta por DE CASTRO respecto al antiguo art. 160 Cc (*Derecho Civil de España*, cit., p. 196); para el vigente art. 319, lo sostienen también PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.238; GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 142; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 59; DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...* I-1.º cit., p. 121.

(199) Parecidamente, aunque con mayor radicalidad, DE PABLO, (*Curso de Derecho Civil Navarro*, cit., p. 337), en relación con la Ley 66.4 del Fuero Nuevo de Navarra: «la mínima seguridad jurídica —no siendo inscribible esta emancipación por vida independiente en el Registro Civil— exige entender que, frente a terceros de buena fe, el consentimiento de los padres acompaña a la vida independiente del mayor de dieciséis años, al ofrecer el ordenamiento jurídico resortes suficientes a los padres para impedirla, tanto *ab initio* como en caso de revocación de su consentimiento».

da a impedir (denegación del consentimiento) o revocar la ampliación de capacidad de obrar provocada por la vida independiente del menor; es decir, exigiendo que tanto la denegación del consentimiento como su revocación posterior respondan a la existencia objetiva de una justa causa, cuya concurrencia habrá de apreciarse en función del interés del menor. Todo lo cual puede ser deducido de la obligación que incumbe tanto a padres como a tutores de obrar en el ejercicio de sus respectivas potestades (y esos consentimiento o revocación forman parte, indudablemente, de dicho ejercicio) en beneficio del menor (arts. 154 y 216 Cc, respectivamente). Exigencia todavía más clara en relación con la revocación, precisamente por la existencia de un consentimiento previo del guardador: como escribe Delgado Echeverría, la revocación «habrá de fundarse en alguna razón objetiva, ya que el hijo, con el hecho de la vida independiente, ha mostrado su aptitud para ella, y los padres, al consentirla, manifestado su juicio positivo respecto de esta aptitud» (200).

Conviene advertir, por último, que en caso de que el menor de vida independiente contraiga matrimonio (a lo que está autorizado *ex arts.* 319 y 46 Cc), cesará la revocabilidad, al consolidar el matrimonio la emancipación de hecho que había producido la vida independiente —o, si se prefiere, al suponer el paso de la mera ampliación de la capacidad de obrar a una verdadera emancipación— (201). Lo mismo (apunta Gete-Alonso) que si es emancipado formalmente el menor que vivía independientemente, en cualquiera de las formas previstas por la ley (202).

IV. LAS INSTITUCIONES JURIDICO-CIVILES DE PROTECCION DE MENORES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Planteamiento

En las páginas que anteceden hemos centrado nuestra atención, básica pero no únicamente, en el tratamiento del que he denominado contenido *negativo* de la protección jurídico-civil de menores (la privación de capacidad de obrar, en su propio beneficio). Limitar el estudio a ese aspecto, sin embargo, supondría ofrecer una visión incompleta y hasta cierto punto deformada del sistema de protección de menores en su

(200) DELGADO ECHEVERRÍA, *op. ult. cit.*, p. 121; en la misma línea, PUIG FERRIOL, *op. cit.*, p. 1.239 y s. (donde se inclina por la apreciación de abuso de derecho en caso de revocación arbitraria); GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 143 y s.; LETE DEL RÍO, *op. cit.*, p. 79; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, p. 59; Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 260.

(201) Así, GETE-ALONSO, *op. cit.*, p. 146; PÉREZ DE CASTRO, *op. cit.*, pp. 40 y s.

(202) Cfr. GETE-ALONSO, *op. et loc. cit.*

conjunto, tal y como resulta de nuestro Derecho positivo. Ello, no tanto porque queden en la sombra los dispositivos de protección *positiva* (instituciones de guarda y asistencia, en su sentido más amplio) (203), sino porque ofrece una visión parcial, que deja fuera del campo de observación aspectos fundamentales de la protección jurídico-civil de los menores en nuestro ordenamiento.

En efecto, el análisis del sistema de protección de menores desde el punto de vista de su contenido o aspectos negativos, desemboca predominantemente en la consideración de las posibilidades de actuación *ad extra* del menor, en relación con sus propios asuntos personales o patrimoniales; y, en consecuencia, para cuando esas posibilidades no existen o están limitadas, en la necesidad de arbitrar un dispositivo que actúe por quien no puede hacerlo (o puede hacerlo sólo limitadamente). Todo ello, con una cuidadosa ponderación de las necesidades efectivas de protección (a fin de evitar perjuicios al menor, derivados bien de su actuación incosciente, bien del abandono de sus propios asuntos por imposibilidad natural de actuar), y del principio de libre desarrollo de la personalidad del menor, a fin de lograr, en cada momento, el equilibrio más adecuado entre ambos principios, en relación con la capacidad real del protegido. A todo esto es a lo que se han dedicado las páginas antecedentes.

Pero este análisis, que se revela útil y necesario, aparece también como incompleto, en la medida en que deja en penumbra los aspectos más propiamente personales de la protección del menor: los relativos al cuidado de su persona. Y precisamente la consideración de la que he llamado protección positiva, tal y como resulta de los mecanismos que a tal fin arbitra nuestro Derecho, permite que detengamos ahora nuestra atención en ese aspecto, hasta el momento preterido, de la atención personal que precisa el propio menor, en cuanto incapaz (en mayor o me-

(203) Que queden en la sombra no quiere decir que desaparezcan por completo. Según se advirtió ya en su momento, esos aspectos positivo y negativo aparecen en gran medida como cara y cruz de la misma moneda: la privación de la capacidad de obrar —por falta de capacidad natural— tiene su complemento necesario en la previsión de un mecanismo que actúe en lugar del menor (o junto con él) tanto en la esfera personal como en la patrimonial; es decir, actúe por él, ya que él no puede hacerlo por sí mismo. A su vez, la presencia de un dispositivo de actuación en lugar del menor o junto con él, se corresponde con una evidente limitación de la capacidad de obrar del menor. En este sentido, y según se ha visto, cualquier ampliación en la capacidad de obrar se corresponde con una disminución en la intensidad o extensión de los mecanismos de guarda o asistencia hasta llegar, con la plena capacidad de obrar, a su extinción. De ahí que en el análisis precedente haya una correspondencia constante entre el tratamiento de la capacidad de obrar y el contenido y alcance del mecanismo de guarda previsto para cada caso: desde este punto de vista, es claro que todo lo dicho afecta también al contenido de las instituciones de guarda, en general. Pero, por un lado, no afecta a todas por igual —hay algunas de las que todavía no hemos hablado—; y por otro lado, esa consideración no agota la importancia propia de dichas instituciones, como se verá, a continuación, en el texto.

nor medida) de cuidar de sí mismo. A ese enfoque, complementario del anterior —y por sí solo también insuficiente—, dedicaremos ahora nuestra atención, con la advertencia, ya usual en el presente trabajo, de que la perspectiva adoptada para el análisis es la *teleológica*, a partir de la caracterización de los sujetos beneficiarios de la protección (en nuestro caso, los menores) como *elemento teleológico* de esa protección, que se ha hecho más arriba. Lo que quiere decir que el estudio de cada una de las instituciones concretas de guarda, asistencia o protección no nos interesa —ni va a ser abordado— en su conjunto, de forma exhaustiva y sistemática, sino sólo en la medida en que afecte o sea afectado por la situación (legal o real) del beneficiario de las mismas. A otras cuestiones de regulación legal de dichas instituciones no se aludirá más que en lo que sea útil o conveniente en relación con la finalidad pretendida. Pero precisamente este enfoque —al igual que ha ocurrido en el caso de la protección negativa— se revela fructífero, en cuanto sirve para resaltar las líneas maestras y el sentido de esas instituciones, y para explicar el porqué de unas relaciones entre unas y otras que, como veremos, son en ocasiones de difícil elucidación.

En efecto, hasta ahora hemos aludido a las instituciones de protección en su conjunto, y al menor como un sujeto beneficiario indiscriminado de la protección de esas «instituciones y mecanismos de protección», pero sin concretar más el contenido de la expresión. Sin embargo, está claro que no todos los menores están sometidos, a la vez, a todas las instituciones tuitivas. En una aproximación inicial, resulta patente que el factor de discriminación, el criterio determinante del sometimiento a cada una de ellas, se sitúa en la concurrencia en el menor de determinadas circunstancias personales, legalmente previstas (204). Una consideración más detenida, precisamente desde el punto de vista de las circunstancias del sujeto beneficiario a que atiende el Derecho para establecer un concreto dispositivo de protección, revela que nuestra legislación civil no ofrece un sistema orgánico y coherente de instituciones de protección, previstas armónica y complementariamente cada una de ellas para hacer frente a unas determinadas circunstancias del menor, y cuyo perfecto encaje asegure, al final, una protección integral (en todos los ámbitos y para todas las circunstancias) y eficaz de dicho menor. Al contrario, al hilo de las últimas (y bienintencionadas) reformas —destacadamente, tras la operada por ley de 11 de noviembre de 1987, en materia de adopción—, el examen de las circunstancias del menor a que atiende cada una de las figuras legalmente establecidas pa-

(204) Lo cual ocurre también, como es sabido, respecto al tratamiento de los incapacitados, que se ven sujetos a uno u otro mecanismo —tutela, curatela y patria potestad prorrogada o rehabilitada—, y con una u otra intensidad, en función de las características de su incapacidad así como de su situación familiar: cfr. arts. 171, 210, 215, 222, 286 y concordantes del Cc.

ra protegerle, revela la existencia de dos modelos bien diferenciados, con enfoques diversos y hasta cierto punto inconexos, que provocan solapamientos, interferencias, desajustes y disfunciones entre unas y otras de tales figuras, y en consecuencia serios problemas de interpretación y aplicación del conjunto de instituciones protectoras de menores en nuestro Derecho Civil. Como veremos a continuación, se puede hablar de instituciones protectoras, pero no de la existencia de un verdadero sistema global de protección, en su sentido más propio (205).

(205) A cuya complejidad *institucional y funcional*, hay que sumar una creciente complejidad *normativa*, provocada por la concurrencia sobre esta materia de normas de diferente procedencia, en las que se yuxtaponen en ocasiones los aspectos civiles y los administrativos, provocando una progresiva introducción de criterios administrativos en la legislación civil. Esta administrativización ha sido puesto de relieve, por ejemplo, en relación con la última reforma de la adopción: cfr. GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, adición al t. 5-II de CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español... cit.* (Madrid, Reus, 1988), p. 29; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, vol. IV, *Acogimiento y adopción* (Madrid, Civitas, 1989), p. 30; o PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción* (Madrid, Civitas, 1989), pp. 62 y ss.

La complejidad normativa es también especialmente relevante en relación con las instituciones relacionadas con la adopción, respecto a los que existe ya una relativamente abundante normativa autonómica. Así, se pueden citar hasta la fecha de elaboración de este trabajo (septiembre de 1991), y sin afán de exhaustividad:

Cataluña: Ley de 13 de junio de 1985, de Protección de Menores (modificada por la de 21 de noviembre de 1988); Decreto de 9 de mayo de 1986, conteniendo el Reglamento de Tratamiento y Prevención de la Delincuencia infantil y juvenil y de la Tutela; Decreto de 21 de noviembre de 1988, sobre Protección de Menores (que ha derogado reglamentaciones anteriores, como el Decreto de 3 de diciembre de 1987 o la Orden de 14 de marzo de 1988).

Aragón: Ley de 25 de abril de 1988, de Modificación del artículo 19.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sobre Adopción; Ley de 14 de diciembre de 1989, de Protección de Menores; Decreto de 21 de junio de 1988, sobre Protección y Tutela de Menores; y Orden de 30 de septiembre de 1988, sobre Aplicación de la Normativa de Protección de Menores (estos dos últimos, afectados pero no expresamente derogados por la Ley de 14 de diciembre de 1989).

Navarra: Decreto Foral de 25 de marzo de 1986, sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención a Menores.

Castilla y León: Decreto de 7 de abril de 1988, sobre Protección de Menores; y Decreto de 20 de septiembre de 1990, conteniendo el Reglamento de Expedientes Administrativos de Adopción.

Galicia: Decreto de 28 de julio de 1988, sobre Protección y Tutela de Menores Desamparados; y Orden de 31 de agosto de 1989, por la que se crean los Registros de Solicitudes de Acogimiento Familiar y Adopción.

Andalucía: Decreto de 13 de septiembre de 1988, sobre adopción y protección de menores.

Madrid: Decreto de 23 de noviembre de 1988, sobre Procedimiento de Constitución y ejercicio de la tutela y guarda de Menores Desamparados; Orden de 25 de noviembre de 1988, sobre Composición y Régimen de funcionamiento de la Comisión de Tutela del Menor; Orden de 18 de marzo de 1991, sobre Promoción del Acogimiento de Menores y la Adopción.

La Rioja: Decreto de 18 de abril de 1991 sobre Adopción y otras Formas de Protección de Menores.

Por otro lado, y para ir acabando esta ya larga introducción, no está de más señalar como ese conjunto inorgánico e inarmónico de instituciones está lejos de dar solución a todos los problemas que plantea la protección del menor, desde el punto de vista civil. Por poner un ejemplo que me parece especialmente significativo, no está nada claro, en bastantes de esas instituciones, qué patrimonio es el que debe hacer frente a los gastos ocasionados por la atención del menor. Eso, que no presenta dudas en el caso de menor sujeto a la patria potestad, queda muchas otras veces en el aire, bien por la falta de previsión legal, bien por la ambigüedad de lo legalmente previsto (206).

2. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: el modelo institucional y el modelo funcional

Como acabo de indicar, un estudio de las diferentes instituciones jurídico-civiles de protección de menores, desde el punto de vista de las situaciones en que se encuentra el menor y que provocan su puesta en funcionamiento, revela la existencia de dos modelos o perspectivas normativas bien diferenciados, que cabría caracterizar, aproximativamente, como el modelo *institucional* y el modelo *funcional o asistencial*. A continuación, pasaré a hacer un breve examen de cada uno de ellos, y de las figuras que agrupan para, ya en el siguiente apartado, se-

(206) No voy a entrar en esta cuestión, que pertenece más bien a lo que es contenido de cada una de las instituciones. Me remito, pues: respecto a la *tutela*, a cuanto exponen sobre el particular SANCHO REBULLIDA, *El nuevo Régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984), p. 114; ROCA TRÍAS, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art 217, pp.230 y s.; y GÓMEZ LAPLAZA, sub art. 269, pp 510 y s.; LETE DEL RÍO, *Comentarios Albaladejo T. IV* (2.^a ed., Madrid, EDESA, 1985), p 376; MAJADA, *La capacidad, la tutela y sus formularios*, cit., página 101, SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 81, nota 10; COBACHO GÓMEZ, *La deuda alimenticia*, cit., pp. 82 y ss.; o (respecto al Derecho aragonés) GARCÍA CANTERO, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit., pp. 546 y ss.

Respecto al *acogimiento* también se ha planteado: cfr. J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores*, AC 1988, pp. 153 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 98, nota 25; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1990), pp. 217 y ss.; y EGEA I FERNÁNDEZ, en relación con el acogimiento regulado por la Ley catalana de Protección de Menores «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)», en *V Jornades de Dret Català a Tossa. Cent Anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), p. 222.

También se lo ha planteado, en relación con la delegación de la patria potestad, J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad* (Granada, Comares, 1989), pp. 241 y ss.

ñalar las principales disfunciones y conflictos que la diversidad de perspectivas y la falta de una coordinación sistemática entre ambos modelos provoca.

A. *El modelo institucional de protección de menores en nuestro Derecho Civil*

El ordenamiento civil español arbitra un conjunto de instituciones de protección de menores, previstas con carácter general para atender, de modo global y estable, a las necesidades de protección de cualquier menor. Estas instituciones se encuentran relacionadas entre sí, según criterios de supletoriedad y complementariedad, de modo que, en su conjunto y al menos desde el punto de vista formal, atienden a todas las situaciones en las que el menor pueda encontrarse, y a todas las necesidades que se deriven de ellas, ofreciendo así un sistema completo, al menos tendencialmente (207). Lo decisivo aquí, en mi opinión, es que la situación del menor a la que se atiende viene determinada desde una perspectiva institucional, para la que lo decisivo es la posición de formalmente protegido o no —es decir, sometido o no a una institución de guarda legal— en la que el menor se encuentra ante el Derecho: lo que cabría denominar, por referencia al modelo funcional, el «desamparo institucional».

a) *Patria potestad*

Cuando entre el menor y otra persona existe un vínculo jurídico de filiación legalmente reconocido, nuestro Código Civil establece a cargo de ésta última, y como mecanismo general de protección, la *patria potestad*. Esta figura se presenta como vértice y centro del sistema civil de protección, tanto desde el punto de vista sociológico (la mayor parte de los menores españoles se encuentran sometidos a él), como jurídico: en efecto, es la figura de contenido más amplio y regulación más completa, que se constituye como paradigma y punto de referencia de otras que coinciden con ella en el alcance o contenido de la protección que ofrecen (destacadamente, la tutela o el acogimiento familiar) (208).

(207) No totalmente, por defectos técnicos en la regulación (quizá procedentes de ausencia de criterios de fondo para solucionar los problemas conforme a ellos): recuérdese, por ejemplo, lo señalado más arriba acerca del patrimonio que debe sufragar los gastos ocasionados por la atención del menor.

(208) No está de más recordar que el carácter tuitivo de la patria potestad no caracteriza a esta figura desde sus orígenes, sino que es fruto de una lenta evolución, ya biminaria. Por lo que respecta a nuestro Derecho, una de las características de la reforma

Pero esta no es la única institución de este carácter que conoce nuestro ordenamiento. En Aragón, el papel que respecto al Código (u otros Derechos forales como, destacadamente, el navarro: leyes 63 y ss. del Fuero Nuevo) cumple la patria potestad, se realiza por medio de una combinación de disposiciones legales, sobre la llamada autoridad familiar, el deber de crianza y educación, y las funciones de representación del menor y administración de sus bienes (arts. 9 y ss. Comp. Ar.) (209). Como se ve, en este caso no se puede hablar de una sola institución, sino de una combinación de varias, que conduce a resultados semejantes —pero mediante mecanismos más flexibles—, desde el punto de vista de la protección de las necesidades del menor.

El carácter prioritario de la protección dispensada por los padres, frente a la eventual puesta en funcionamiento de otros mecanismos diferentes, responde:

1) Por un lado, en cuanto a su fundamentación última, a una consideración del contenido natural de las relaciones paterno-filiales (210), no sólo en cuanto *responsabilidad* de los padres por el hecho de la ge-

operada en 1981 sobre esta materia ha sido la enfatización sobre su carácter de función en beneficio del hijo (emblemáticamente, cfr. el art. 154 Cc): sobre lo cual, cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad como función en el nuevo Derecho de familia*, DJ 33-36 (1982), monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia, vol. I, pp. 177 y ss; del mismo autor «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1983), pp. 43 y ss.; además, con referencias a la evolución histórica del instituto, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, común y foral*, t. 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ, Madrid, Reus, 1985), pp. 201 y ss.; y SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º* (3.ª ed. Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1989), pp. 215 y ss.

Esta evolución, que se ha producido paralelamente en otros ordenamientos, ha llevado en alguno de ellos a modificar la denominación tradicional del instituto, de forma que se habla, por ejemplo, en Francia, de autoridad paterna (*autorité parentale*: art. 371 y ss. del *Code*); o, en Alemania, de cuidado paterno (*elterliche Sorge*: §§ 1626 y ss.) —aunque, en este ordenamiento, se ha dicho que el cambio de denominación tuvo, en realidad, un carácter «cosmético»: cfr. MORITZ, *Die (zivil-) rechtliche Stellung... cit.*, p. 44—. En el mismo sentido, la Recomendación 874/1979 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a una Carta Europea de Derechos del Niño, aconseja sustituir la noción de autoridad paterna (*a fortiori*, la de patria potestad), por la de responsabilidad paterna (II.cc).

(209) Como explica DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, sub art. 9, p. 416 «en la Compilación Aragonesa la “autoridad familiar” no es el equivalente de aquella institución (la patria potestad), pues no abarca la administración de bienes y la representación del menor —aunque ambas funciones le sean normalmente anejas— ni tampoco el deber de crianza y educación, que es externo y previo a la “autoridad” y le sirve de fundamento y medida».

(210) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS-CASTÁN-VÁZQUEZ, *Derecho Civil Español... 5-II, cit.*, p. 205; SANCHO REBULLIDA, *Elementos... IV-2.º, cit.*, p. 215.

neración (o de la asunción voluntaria —adopción— o atribución legal —caso de empleo de las técnicas de reproducción asistida— del vínculo de filiación), sino en cuanto, habitualmente, proporciona al menor el entorno familiar en el que más favorablemente se producirá su desarrollo (211).

2) Por otro, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, al art. 39 de la Constitución, conforme al cual parece clara la presencia de una cierta ordenación jerárquica de los ámbitos de protección, empezando por el paterno (familiar), y siguiendo por los poderes públicos (212).

De acuerdo con cuanto antecede, quedan protegidos por la patria potestad (o, en Aragón, por la autoridad familiar y figuras conexas), tanto los hijos naturales como los adoptivos (213). Por su parte, la filia-

(211) Sobre lo cual, cfr. las extensas consideraciones de BAVIERA, *L'adozione speciale* (2.^a ed., Milano, Giuffrè, 1982), pp. 11 y ss. Como veremos más adelante, el intento de proporcionar al menor que carece de él un ámbito familiar en el que pueda desarrollarse es una constante en la regulación de las instituciones de protección de menores, desde la perspectiva funcional; así ocurre, por ejemplo, en el ámbito del Código Civil, en el que la reinscripción en la familia de origen, la adopción o el acogimiento familiar, se dirige precisamente a proporcionar al menor ese entorno familiar (cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y ss., y especialmente 121 y ss.): sobre lo cual volveremos más adelante.

(212) En palabras de GARCÍA CANTERO «la asistencia y protección de los menores incumbe, en primer lugar, a sus progenitores y a su familia, y (que) en defecto de los anteriores, recae sobre el Estado la obligación supletoria de llevar a la práctica la protección integral de los hijos» (*El nuevo régimen jurídico de la tutela*, cit., pp. 469 y ss.). Similarmente, DE DIEGO LORA, «El menor, centro de atribución de derechos en las relaciones paterno-filiales», en RIVERO *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis* (Pamplona, EUNSA, 1982), pp. 446 y s.; GÁLVEZ, *Comentarios Garrido Falla*, cit., sub art. 39, p. 760; BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, cit., p. 127.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menors a Catalunya...» cit., p. 166. Pero *vid.*, sin embargo, la opinión parcialmente disidente de ESPÍN, en *Comentarios Alzaga*, cit., sub art. 39, p. 37.

También los textos internacionales pueden ser invocados, al amparo del art. 39.4 CE: baste citar la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas —20 de noviembre de 1959—, cuyo principio 6 dice textualmente: «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material» (cfr. también los arts. 7.1 y 9.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño —20 de noviembre de 1989—).

(213) La adopción, en cuanto determinante de la atribución de la patria potestad al padre adoptivo, tiene un lugar propio pero no autónomo, en este grupo de instituciones: propio, en cuanto constituye un mecanismo de generación de un vínculo de filiación entre dos personas; y no autónomo, porque el mecanismo de protección no es tanto la adopción como el régimen genérico de la patria potestad que ella crea. De manera que lo que se contempla aquí es, valga la expresión, la adopción *in facto esse*. Por otro lado, la adopción es

ción natural incluye tanto la que cabría denominar ordinaria, como la procedente de utilización de las técnicas de reproducción asistida; advertencia que no está de más, porque la correspondencia más o menos fiel que se pretende establecer, en el caso de la filiación natural ordinaria, entre la realidad biológica y la realidad jurídica, queda desdibujada cuando se trata de filiación procedente del empleo de las citadas técnicas. En este último caso, habrá que estar a las reglas específicas que nuestro ordenamiento conoce ya sobre la materia (214).

b) La asistencia paterna

Derivada también de la existencia de vínculos de filiación, pero en una cierta conexión con la patria potestad, cabe situar la función de complemento de la capacidad que incumbe a los padres respecto a sus hijos emancipados (art. 323 Cc, ley 66.3 FN), o en el Derecho aragonés, respecto al hijo menor de 14 años (*asistencia paterna*) (215).

también una técnica dirigida, en su regulación actual, a proteger a los menores desde la perspectiva funcional, promoviendo su inserción definitiva en un ámbito familiar que les proporcione esa protección integral y estable a que me he referido más arriba: es la que, siguiendo con el mismo símil empleado, cabría denominar adopción *in fieri*. Precisamente lo más peculiar de la adopción es este segundo aspecto (en lo demás, a partir de la equiparación absoluta entre filiación natural y adoptiva —art. 108 Cc—, apenas presenta rasgos diferenciales); de ahí que hayamos de referirnos a ella dentro del segundo modelo normativo —el funcional— de que antes he hablado.

(214) Así, cfr. los arts. 7 y ss. de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; y, para Cataluña, *vid.* las reglas específicas que, integradas en el régimen catalán de la filiación, establece la Ley catalana 7/1991, de 27 de abril, de Filiación. Respecto a la primera, hay ya algunos análisis generales: cfr., con gran detalle, RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos...* IV-2.º, *cit.*, pp. 147 y ss. (especialmente, 155 y ss.); monográfica y corrosivamente —el título del trabajo es suficientemente significativo—, también sobre la ley, PANTALEÓN PRIETO «Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida», en *Homenaje al profesor Roca Juan* (Murcia, 1989), pp. 641 y ss. (específicamente *ad rem*, pp. 648 y ss.); además, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, IV (4.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989), pp. 272 y ss.; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...* IV (5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989), pp. 278 y ss.

(215) La cuestión de las relaciones entre la patria potestad y la función de asistencia paterna no es del todo pacífica y se encuentra vinculada a la más inmediatamente práctica de determinación de los sujetos llamados a prestar esa asistencia: ¿quiénes ostentaban la patria potestad antes de la emancipación, o del cumplimiento de los 14 años en Derecho aragonés —respuesta que a mí me parece más probable—, o los padres en general, con independencia de que hubieran sido privados de ella? No podemos entrar en ello; baste señalar que, en mi opinión, no parece razonable dar entrada en esta función de complemento de capacidad, en beneficio del menor, a quien quedó privado de la patria potestad por incumplir sus deberes respecto al mismo. Sobre lo cual, *vid.* GETE-ALONSO, *La nueva normativa...* *cit.*, pp. 121 y s.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, *cit.*, pp. 150 y ss. (y en ellos nuevas referencias).

c) La tutela

Para el menor no emancipado, que no está sometido a la patria potestad, el Código Civil prevé, con clara naturaleza supletoria, y carácter necesario (cfr. arts. 228, 229 y 230 Cc) (216), la constitución de la *tutela*, que se ejercitará en beneficio del menor (art. 216 Cc), bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 230 Cc).

De la regulación de esta figura en el Código Civil, interesa destacar ahora tres cosas:

1) La forma en la que el art. 222.1.º Cc determina los menores sujetos a tutela, que no deja resquicios ni posibilidad de situaciones de desamparo institucional entre ella y la patria potestad: quedan sujetos a tutela los no emancipados (para los emancipados hay, como veremos, otra institución) no sometidos a patria potestad, con independencia de la causa por la que ello sea así; lo importante aquí es el resultado («no estén bajo la patria potestad»), y no sus causas. De manera que un menor, o está emancipado (y entonces, sometido a asistencia paterna o curatela); o se encuentra bajo la patria potestad; o se ve sujeto a tutela. Tratándose de menor no emancipado, entre tutela y curatela *tertium non datur* (217). La conjunción de esta previsión, con la de privación de la patria potestad como consecuencia del incumplimiento de las funciones paternas (art. 170 Cc), hace que la tutela pueda ser considerada como un dispositivo con el que se suple formalmente no sólo la falta o ausencia física de los padres, sino también la ineficacia del régimen protector que pivota en torno a ellos, para obtener las finalidades que con él se persiguen.

2) El Código Civil contempla, además, un conjunto de previsiones dirigidas a garantizar que esa complementariedad institucional entre la tutela y la patria potestad se produzca también en la práctica, a través de la efectiva constitución de la tutela, cuando desaparezca la patria potestad (arts. 228, 229 y 230 Cc). En palabras de Sancho Rebullida «el Có-

(216) Deducible directamente de la dicción del art. 222.1.º Cc. Además, lo ponen de relieve SANCHO REBULLIDA, en LACRUZ BERDEJO *et al.*, *El nuevo régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984), pp. 58 y 71; LETE DEL RÍO, en *Comentarios Albaladejo*, t. IV (2.ª ed., Madrid, EDESA, 1985), p. 260; CASTÁN TOBEÑAS-CASTÁN-VÁZQUEZ, *Derecho Civil Español... 5-II, cit.*, p. 397.

(217) Prescindo en cuanto a la caracterización de las causas de la tutela, del art. 222.4.º Cc, introducido por la reforma de 1987, que es una de las muestras más patentes de las interferencias y disfunciones a que más arriba he aludido: dicho precepto debe situarse, como veremos, en el plano funcional o asistencial, y no en éste. Por lo demás, ni por su ámbito personal, ni por su contenido, ni por las reglas a que se sujetan, coinciden las dos «tutelas» a que se refieren, por un lado el art. 222.1.º Cc, y por otro el n.º 4 del propio citado precepto.

digo trata de que la constitución de la tutela sea inmediata al hecho o situación que la determina. Para ello establece: la actuación de oficio o a instancia de parte; la acción pública de denuncia; y la obligación de denunciar, impuesta a determinadas personas y al Ministerio Fiscal» (218), con la peculiaridad de que el incumplimiento de la obligación de promover la constitución de la tutela, impuesta a los particulares, lleva consigo, en su caso, la de indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 229 Cc) (219).

3) Por último, se establece también un mecanismo de urgencia, con carácter provisional, para atender a la protección de la persona y bienes del menor, en tanto se sustancia el procedimiento constitutivo de la tutela, y queda esta definitivamente constituida (artículo 299 bis) (220).

Nuevamente, hay que aludir al especial régimen del Derecho aragonés, por el diferente ámbito personal de la autoridad familiar, en cuanto a quienes pueden ostentarla. Tras la reforma de la Compilación operada por la Ley de 21 de mayo de 1985, esa función puede ser desempeñada, además de por los padres (y para el caso de que éstos fallezcan, o sean privados de la autoridad familiar o su ejercicio por decisión judicial), por los abuelos del menor, por sus hermanos mayores, o por el «cónyuge no progenitor del bínubo premuerto» (más fácil: padrastro o madrastra) —art. 10 Comp. Ar.— (221): es claro que, en tales supuestos, ejercida la autoridad familiar por esas otras personas, no procede la constitución de la tutela. Por otro lado, la regulación específica que la Compilación del Derecho Civil de Aragón contiene sobre la tutela (arts. 15 a 18), no afecta a las cuestiones que aquí nos interesan. De todas formas, el art. 222.1.º Cc permite, por su dicción literal —y en una interpretación adaptadora a todas luces necesaria— solventar los eventuales

(218) SANCHO REBULLIDA, *Tutela e instituciones afines*, cit., pp. 103 y s.

(219) Se produce aquí una grieta en el modelo institucional de protección, en relación con el caso de incumplimiento por los padres de los deberes inherentes a la patria potestad, puesto que no se establecen dispositivos similares a los aludidos en el texto para garantizar la privación de la patria potestad, requisito previo para la ulterior constitución de la tutela.

(220) Pese a su ubicación sistemática, no parece que se trate de un supuesto de defensor judicial, ni respecto al Ministerio Fiscal, ni en cuanto al administrador de los bienes de que habla el precepto: cfr., en el mismo sentido, LETE DEL RÍO, *op. ult. cit.*, p. 476; PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art. 299 bis Cc, p. 774; MORENO QUESADA, *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP 1985, p. 322; SAURA MARTÍNEZ, *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986), p. 108; FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial* (Madrid, Civitas, 1990), pp. 137 y ss.

(221) Sobre esta oscura expresión, vid. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit. sub art. 10, pp. 450 y s.; también MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios Albaladejo XXXIII-1.º*, cit., pp. 142 y s.

problemas, y ser considerado como aplicable en Aragón, sustituyendo en el mismo la expresión patria potestad, por la de autoridad familiar: así, quedarían sometidos a tutela los menores no emancipados que no estén bajo la autoridad familiar, sea ésta de los padres, o de aquéllos a quienes la extiende el art. 10 de la Compilación.

d) La curatela

La función de complemento de capacidad, cuando no puede ser desempeñada por los padres, se ejercita en nuestro Derecho Civil común, a través de la curatela. Lo que comprende, de acuerdo con el art. 286 Cc, dos situaciones diferentes:

1) Menores que cuando fueron emancipados se encontraban sometidos a patria potestad, y respecto a los que sus padres no pueden desarrollar su función de asistencia, por haber fallecido o haber quedado impedidos para ello (art. 286.1.º), de hecho o de Derecho (222). Respecto a ello, la imposibilidad de que esa función de complemento de capacidad sea llevada a cabo por quienes inicialmente estaban llamados a hacerlo, determina la constitución de la curatela; de modo que ésta actúa con respecto a la asistencia paterna, con el mismo carácter supletorio que la tutela con respecto a la patria potestad (223).

2) Menores sometidos a tutela, que han obtenido el beneficio de la mayor edad —caso que incluye, según acabo de señalar (y de acuerdo con las previsiones del propio Código), a quienes fueron sometidos a tutela por privación de la patria potestad de sus padres—: entonces, la función de complemento de capacidad es desempeñada por el curador, con el añadido de que, de acuerdo con el art. 292 «si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa». En este segundo supuesto, la curatela actúa con respecto a la tutela de la misma forma que la asistencia paterna respecto a la patria potestad.

(222) Cfr. GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la curatela*, RDP 1984, p. 795.

(223) A lo que entiendo, no cabe aquí el supuesto de que los padres se hayan visto privados de la patria potestad (naturalmente, antes de la emancipación: después, se ha extinguido) —como parece apuntar GETE-ALONSO, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., sub art. 286, p. 689—, ya que ello hubiera determinado la constitución inmediata de la tutela; y, más que de emancipación, hubiera habido que hablar de la concesión del beneficio de la mayor edad: pero entonces ya estamos en el campo del art. 286.2.º Cc.

Por lo demás, entiendo que la curatela abarca también el caso del menor emancipado por vida independiente (224), ya que no se ve por qué, de entre los efectos para los que se le reputa emancipado, hay que exceptuar el relativo al complemento de capacidad que establece el art. 323 Cc. En este supuesto, la asistencia deberá ser prestada por los padres, o por el tutor (argumento *ex arts. 323 y 292 Cc*) o, en el caso del art. 286.1.º —los padres que consintieron la vida independiente han fallecido, o han quedado impedidos para prestar su asistencia— por el curador que nombre el Juez (225).

En cuanto al Derecho aragonés, en el que como sabemos la función de asistencia se realiza a partir de los 14 años del menor (art. 5 Comp. Ar.), quienes están llamados a hacerlo, en defecto de los padres, son el tutor o la Junta de Parientes. Lo que quiere decir, a lo que entiendo (y brevemente, porque no es éste el objeto directo del presente análisis): 1) que la función de asistencia no se vincula directamente a la autoridad familiar, por lo que no corresponde a quienes, sin ser padres, la desempeñan; 2) que hasta la emancipación (226), no hay duda de que en defecto de los padres esa asistencia la llevará a cabo el tutor; 3) que a partir de ella, aunque el Derecho aragonés desconoce la figura del curador, y precisamente por el carácter incompleto o parcial de la regulación de la tutela en la Compilación aragonesa, esa función de complemento de capacidad corresponderá a un curador, en los términos en que lo concibe el Código Civil (227).

Por su parte, el Derecho navarro presenta como peculiaridad más destacada la concurrencia entre el curador y los Parientes Mayores, a la hora de prestar esa asistencia en defecto de los padres; concurrencia que, en opinión de Sancho Rebullida, será alternativa, al no especificarse otra cosa (228).

(224) Son de la misma opinión GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la curatela, cit.*, p. 795; MORENO QUESADA, *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, cit.*, p. 309; RODRÍGUEZ-INYESTO, *La prodigalidad... cit.*, p. 242. Contra, LETE DEL RÍO, *Comentarios Albaladejo IV, cit.*, pp. 435 y s.

(225) En mi opinión, la facultad de revocar la emancipación quedaría reservada al juez, previa petición justificada del curador así nombrado. Tampoco creo que hubiera especiales problemas para que fuera el Juez quien consistiera la realización de esos actos (o los ratificara *a posteriori*), si el menor de vida independiente así se lo solicita.

(226) Sobre el sentido de la emancipación en el Derecho aragonés, histórico y actual, cfr. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, sub art. 5, pp. 368 y ss. (y allí, nuevas referencias).

(227) Cfr. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cit.*, sub Título III del Libro 1.º, pp. 519 y ss.

(228) Cfr. SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo XXXVI-1.º, cit.*, sub Ley 66 FN, p. 306.

e) El defensor judicial

Por último, como pieza de ajuste del sistema (229), el Código Civil prevé la figura del defensor judicial, con un doble cometido: *i*) asumir las funciones de representación o asistencia del menor, cuando haya conflicto de intereses entre éste y sus guardadores legales (padres, tutor, curador) —art. 299.1.º Cc— (230); *ii*) asumir las funciones generales de protección del menor «en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo»: art. 299.2.º Cc, y cfr. también, en relación con algunos casos concretos, los arts. 249 ó 256 Cc.

Como puede comprobarse, se trata de una institución de cierre del sistema protector, prevista para procurar una protección efectiva del menor, en los casos en los que los mecanismos legales dispuestos con carácter general para la obtención de dicha finalidad, no la garanticen suficientemente frente a eventuales desviaciones interesadas en el ejercicio de sus facultades, por parte de quienes deben prestarla (conflicto de intereses); o simplemente, se encuentren paralizados por cualquier causa (no ejercicio de las funciones de que se trate) —pero esto último sólo en relación con la tutela o la curatela— (231).

En este escalón, las peculiaridades del sistema aragonés son también acusadas; aunque, como hemos podido ver hasta ahora, es un sistema que se desenvuelve formalmente de manera muy parecida al del Código Civil, en cuanto al ajuste entre las distintas instituciones de protección. También presenta algunos mecanismos de cierre, pero esta vez en dos escalones, con figuras y funciones diferentes: *i*) la función de asistir al menor en caso de conflicto de intereses con sus guardadores legales incumbe, específicamente, a la Junta de Parientes (art. 5.2 Comp. Ar.), lo que creo que, a falta de norma aragonesa expresa, habrá de extenderse también al caso de representación legal; *ii*) la función de sustituir al tutor —en su caso, también al curador—, mientras no sea designado (232), o cuando no pueda desempeñar sus funciones, corres-

(229) Emplean la expresión, que me parece afortunada, JIMÉNEZ ASEÑO, voces (de contenido específico ya muy anticuado) «Defensor de menores» y «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI (Barcelona, Seix, 1985), pp. 342 y 357 respectivamente; y FLORENSA I TOMÁS, *El defensor judicial*, cit., p. 20.

(230) Esa misma función la realiza en Derecho navarro, conforme a la Ley 64 FN. Sobre el cual, por extenso, SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º cit., pp. 284 y ss.

(231) Nuevamente, el caso de paralización de la patria potestad (sin que se haya visto extinguida) queda fuera de las previsiones legales.

(232) Cuyo equivalente en el Código Civil es el ya aludido art. 299 bis.

ponderá al protutor, si lo hay (art. 18.2 Comp. Ar.); y en su defecto, a falta nuevamente de regla expresa, al defensor judicial, conforme a lo dispuesto por el Código Civil (233).

f) Visión de conjunto

Tras este somero repaso de las instituciones de protección de menores en nuestro Derecho Civil, desde la perspectiva de la peculiar situación del menor a la que cada una atiende, y con referencia sólo al modelo institucional, puede obtenerse fácilmente la conclusión de que nuestro sistema ofrece, al menos formalmente, una protección casi integral, que abarca prácticamente todas las posibles situaciones personales en que puede encontrarse el menor: tanto si tiene padres, como si no los tiene, como si los tiene pero han quedado privados de su función protectora —como sanción al incumplimiento de los deberes paternos— (234); tanto si es emancipado, como si no lo es; y, para cerrar definitivamente el sistema (esta vez sí, coherente y orgánico), también para los casos en los que el menor pueda resultar perjudicado, como consecuencia de producirse desviaciones interesadas, por parte del guardador, en el ejercicio de las facultades que le son otorgadas por el ordenamiento en defensa del menor; y para aquéllos en los que la desprotección efectiva del menor no admita esperar hasta la definitiva constitución del mecanismo supletorio de protección, o en los que el mecanismo legalmente establecido no desarrolle su función protectora —pero aquí sólo respecto a la tutela y la curatela—.

La cobertura es, institucionalmente, completa, y el sistema, cerrado, coherente y orgánicamente cohesionado, formando un entramado de instituciones de protección, agrupadas en tres escalones: protección prestada por los padres; protección prestada por tutor o curador; y, como pieza de ajuste, la prestada por el defensor judicial (y, en Derecho aragonés, las figuras equivalentes), para los casos especialmente previs-

(233) Sobre lo cual, cfr. GARCÍA CANTERO, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, cit., sub art. 18, pp. 556 y ss.

(234) Como he indicado ya en varias ocasiones, es en relación con la ineficacia de la patria potestad (subsistente, pero ineficaz por incumplimiento de los deberes paternos) donde este modelo institucional presenta un flanco más débil. No por falta de previsión (para tales casos se prevé con carácter general la privación de la patria potestad), sino por falta de dispositivos conducentes a garantizar que esa privación se produzca, ocurrido el incumplimiento: y aquí la exclusión de la patria potestad del ámbito de actuación del defensor judicial *ex* art. 299.2.º es especialmente significativa. Pero nótese, en todo caso, que esa debilidad procede no de la inexistencia de una institución protectora vigente (la patria potestad), sino de cuestiones relacionadas con su defectuoso o nulo funcionamiento. Es decir, que el problema no es tanto institucional, como funcional.

tos, en los que la protección prevista en los anteriores escalones puede resultar ineficaz (con las limitaciones repetidamente aludidas).

Como puede observarse, la perspectiva adoptada por el Código Civil (y las legislaciones forales analizadas), es predominantemente la de si el menor está o no legalmente sometido a una institución de protección; y por eso se establece un conjunto de medidas dirigidas a procurar que ello sea así. A lo que se atiende, y lo que se intenta impedir, es lo que más arriba he denominado como *desamparo institucional*: es decir, la posible existencia de un menor no sometido a ninguna institución de guarda legal. Precisamente, los flancos de este sistema más abiertos a la crítica son los relacionados con el funcionamiento —o no funcionamiento— en la práctica de esas instituciones, pese a la presencia de algunas previsiones al respecto ya aludidas, y que como veremos a continuación, se han mostrado insuficientes.

B. *El plano funcional: las instituciones asistenciales de protección de menores en nuestro Derecho Civil*

El sistema de protección que he descrito en las páginas que anteceden, pese a su carácter cerrado y completo, precisamente por la perspectiva institucional a que obedece, se ha demostrado en la práctica ineficaz para dar solución adecuada a los problemas que intentaba resolver. De ahí que, también en la práctica, se hayan dado con una cierta frecuencia dos situaciones aparentemente contradictorias, pero estrechamente vinculadas a los defectos del mencionado sistema: la presencia de menores carentes de cualquier protección efectiva, con independencia de si se encontraban o no sujetos a alguna institución legal de protección; y la presencia de menores atendidos en sus necesidades por quienes no ostentaban respecto a ellos título legal alguno para hacerlo (abuelos, parientes, vecinos...), también con independencia de si dicho menor se encontraba o no formalmente sometido a alguno de los mecanismos de protección descritos.

Si las instituciones a que me he referido son, formalmente, suficientes, se puede hablar también de una inepticia funcional de las mismas para garantizar a los menores la protección que necesitan, en los supuestos más graves. De hecho, el sistema sólo resulta eficaz en las situaciones normales de sometimiento a la patria potestad, pero no en aquéllas, de carácter patológico, en las que el menor, esté o no formalmente sujeto a ella, no recibe en la práctica la asistencia que precisa. Lo cual ocurre, fundamentalmente, por dos razones:

1) La rigidez, complejidad y lentitud de la puesta en marcha de los mecanismos supletorios, determinada sobre todo por la intervención judicial, muchas veces en distintos momentos: piénsese, por ejemplo,

en que ante el incumplimiento por los padres de sus deberes respecto a los hijos menores, es preciso, en primer lugar, la privación judicial de la patria potestad —de iniciativa problemática, como sabemos—, y después, la constitución, también judicial, de la tutela. Muchas veces la iniciativa constituyente, pese a todos los dispositivos legales expuestos más arriba, no llega a tener lugar: por ejemplo, si el menor se encuentra atendido de hecho, porque las complicaciones de todo orden son excesivas para obtener una protección de que el menor ya disfruta (235).

2) La inadecuación de la tutela para proporcionar un entorno personal adecuado a las necesidades del menor: efectivamente, la tutela, aun considerada como una institución parafamiliar construida a imagen de la patria potestad, no sirve, en esos mismos casos patológicos a que me he referido (y menos, conforme aumenta la gravedad de la desprotección de hecho del menor) para proporcionar a dicho menor el ambiente familiar que necesita, puesto que la institución tutelar no supone necesariamente su integración en una familia en sentido estricto (236).

Esta incapacidad funcional de los mecanismos institucionales para proveer al menor de una protección eficaz, ha propiciado un más que notable cambio en la perspectiva desde la que el legislador (y ahora, tanto el Código Civil como numerosas regulaciones autonómicas) ha enfocado el problema. Ello se ha manifestado tímidamente en la reforma de la tutela e instituciones afines en 1983, y ya abiertamente en la de la adopción de 1987. La perspectiva con la que ahora se atiende a la protección jurídico-civil del menor se encuentra en estrecha relación con su más radical consideración como elemento teleológico de la legislación enderezada a tal fin: la nueva regulación se hace depender estrechamente de la situación real del menor necesitado efectivamente de protección (como punto de partida), y de la eficacia de los mecanismos de protección arbitrados para obtenerla.

Por lo demás, el modelo funcional presenta la característica de que reúne un conjunto de medidas peculiares de la protección de menores; es decir, no comunes a menores e incapacitados (con la única excepción a que enseguida aludiré), como ocurre con las figuras previstas en el sistema institucional. En la misma línea, se reservan, en cuanto tales mecanismos de protección (237), a la situación de los menores no

(235) Y, acaso, la desaparición de esa situación de hecho, quizás en perjuicio del propio menor.

(236) Sobre la importancia de la familia en el desarrollo del menor, desde los primeros meses de su vida, *vid.* SEVA DÍAZ «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», *cit.*, pp. 29 y ss.

(237) No, cuando sirven a otras finalidades, como ocurre típicamente con la adopción.

emancipados, puesto que se supone que los emancipados no necesitan ya la protección personal que proporcionan tales dispositivos (238).

En mi opinión, este cambio en el enfoque, del institucional al funcional (o asistencial, según se mire), puede ser reconducido a tres puntos, que paso a tratar a continuación.

a) La consideración de la situación de hecho del menor como punto de partida

El dato que el Derecho toma en consideración ya no es el de sometimiento formal o no a un mecanismo legal de guarda, sino la situación de hecho real del menor: su efectiva necesidad de protección, con independencia de si está o no sujeto a uno de esos mecanismos, y, en su caso, a cuál sea éste.

La primera manifestación de ello se encuentra en la regulación de la *guarda de hecho*, por la Ley de 24 de octubre de 1983, en la que, por primera vez, la legislación civil toma en cuenta si realmente el menor (o, en este caso, también el presunto incapaz) (239) se encuentra eficazmente atendido; con la particularidad de que, por la vía indirecta de la remisión que hace el art. 303 Cc al art. 228 Cc, se intenta la regularización de esa situación a través de la constitución del mecanismo tutelar, para que éste asuma, ahora institucionalmente, la guarda y protección del menor (240).

La adopción de esta nueva perspectiva aparece con mucha mayor claridad en la regulación «de la adopción y otras formas de protección de menores», incluida en el Código Civil por la Ley de 11 de noviembre de 1987. En ella (y desde el punto de vista teleológico que a nosotros nos interesa), aparecen como piezas claves del sistema de protección de menores —si es que puede hablarse de tal, como ya veremos—, el concepto de desamparo por un lado (situación que determina la puesta en

(238) Cfr. LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 39, 49, 138 (en relación con las diferentes figuras).

(239) Sobre los supuestos a los que se extiende la guarda de hecho *vid.*, por todos, R. BERCOVITZ, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela, cit.*, sub arts. 303 y ss. pp. 787 y ss.; y ROGEL VIDE, *La guarda de hecho* (Madrid, Tecnos, 1986), pp. 37 y ss.

(240) En palabras de R. BERCOVITZ (*op. ult. cit.*, pp. 788 y s.) «lo primero que destaca en la regulación de la guarda de hecho es que el Código la considera lógicamente como una situación a extinguir. Se trata de resolver los problemas provocados por una conducta anterior y de permitir la adopción de medidas provisionales hasta que se ordene debidamente la representación legal del menor o incapacitado (...). Por ello, lo primero que se establece en el artículo 303 cc es la necesidad, en su caso, de proceder, en consonancia con los artículos 203 y 228, a la incapacitación y/o constitución de la tutela».

marcha de los dispositivos de protección), y el de integración familiar del menor por otro (solución definitiva a esa situación que se considera más deseable).

La situación de desamparo es definida legalmente como «la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.1, 2.ª prop.). De esta definición, que presenta doctrinalmente algunos puntos oscuros (241), interesa destacar ahora dos aspectos:

1) Que se trata de una situación de hecho en la que, pese a lo que pudiera hacer suponer la dicción literal del precepto, interesa más el resultado —la efectiva falta de asistencia moral o material—, que las causas que lo han motivado —y más específicamente, que la imputabilidad del desamparo a quien ostentaba la guardia legal— (242), que operan en un segundo plano (243). Nuevamente aparece clara la primacía de la perspectiva funcional, que se apoya en la efectiva falta de asistencia moral o material al menor, sobre la institucional, que haría mayor hincapié en el incumplimiento de los deberes de protección por parte del guardador legal.

(241) Sobre lo que me remito a las consideraciones de GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento familiar y la adopción*, cit., pp. 10 y s.; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 61 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen de la familia*, IV, *Acogimiento y adopción*, cit., pp. 33 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 76 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 38 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «la protección de menores a Catalunya...» cit., pp. 179 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 2.043 y ss.

(242) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 35 (también, en *Elementos...* IV-2.º, cit., p. 185: en adelante, sólo citaré por la primera obra, y por ésta, en lo que eventualmente añada a aquélla); PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, pp. 84 y ss. Lo critica J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 63 y ss.; pero *vid.* también las observaciones sobre esa crítica de LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 50 y ss.

(243) Efectivamente, el centro de gravedad de la definición legal de desamparo debe situarse en el primer inciso («la que se produce de hecho») y el último («cuando éstos —los menores— queden privados de la necesaria asistencia moral o material»). A partir de esos datos, puede fácilmente entenderse que ha habido incumplimiento de los deberes de protección, o ejercicio inadecuado o imposible de los mismos: porque si siendo posible, no fueron cumplidos, hay evidente incumplimiento. En la misma línea, escribe PÉREZ ALVAREZ (*op. cit.*, p. 83) que «es preciso distinguir entre lo que, propiamente, constituye el desamparo y lo que, más bien, representa el ámbito, así como las causas que pueden motivarlo». Sobre estas cuestiones, y otras relacionadas, cfr. también J.M. RUIZ-RICO RUIZ, *Tutela «ex lege»...* cit., pp. 63 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 49 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya», cit., pp. 186 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» cit., pp. 2.045 y ss.

2) En congruencia con lo anterior, la existencia de un guardador de hecho que efectivamente atienda a las necesidades del menor, excluye la situación de desamparo (244). Necesariamente la guarda *de hecho* excluye que *de hecho* se produzca desamparo del menor (245).

b) Los nuevos mecanismos asistenciales y de protección jurídico-civil de menores

Con base en esa aproximación a la situación real del menor que necesita protección, con independencia de cuál sea su situación legal, se intenta proveer a nuestro Derecho de unos instrumentos de protección que no adolezcan de los defectos que caracterizan al modelo institucional: es decir, que sean simples, eficaces, y permitan una intervención urgente para remediar las también urgentes necesidades del menor.

Uno de los medios empleados para ello es la sustitución de la intervención judicial, que se ha demostrado lenta e ineficaz, por la de determinados organismos administrativos, que se estima más ágil y rápida, capaz por tanto de atender más inmediatamente a las necesidades urgentes del menor (246).

En cuanto a los mecanismos concretos, son los siguientes:

1) La llamada *tutela automática* de las entidades públicas a que se refiere el art. 172.1 Cc, para el caso de desamparo del menor que ya ha tenido lugar. Se concibe como una medida administrativa de intervención rápida, para hacer frente a las necesidades más inmediatas del menor desamparado. Sus características más relevantes son: *i*) que, apa-

(244) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 36; PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 84, nota 108; VALLADARES RASCÓN, *op. cit.*, p. 2.045.

(245) Lo cual tiene, por cierto, ulteriores consecuencias: el mecanismo definitivo de protección del menor sometido a guarda de hecho será más fácilmente el tutelar, ligado institucionalmente a la guarda de hecho, según hemos visto, que el adoptional, ligado más próximamente al desamparo (aunque no se pueda excluir, naturalmente, una adopción en este caso: por ejemplo, por parte del guardador de hecho). Lo cual es un argumento más en favor de la importancia del concepto de desamparo como clave de bóveda, desde el punto de vista de los sujetos protegidos, de las técnicas de protección incluidas por la reforma de 1987.

(246) Lo cual me parece razonable, en aras de la consecución de una protección eficaz. Pero siempre que no signifique una exclusión radical de cualquier control judicial, que debería producirse preferiblemente *a posteriori*, sobre todo en los casos en que la intervención administrativa puede interferir con las instituciones legales de guarda preexistentes (pero ineficaces). De ahí que no me convezcan los intentos de introducir por la puerta falsa de la declaración de desamparo —como propone J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., pp. 64 y ss., especialmente 68 y s.— un dispositivo judicial que se ha querido excluir expresamente por su demostrada ineficacia.

rentemente, se trata de una tutela en sentido estricto (argumento literal, más los procedentes de otros preceptos del Código, como los arts. 222.4.º y 239) (247), de forma que habría que considerar extinguida la patria potestad o tutela anteriormente existente (248); *ii*) a diferencia de la tutela ordinaria, no precisa ser constituida por declaración judicial (249); *iii*) y tiene carácter provisional, en tanto se arbitra una solución definitiva a la situación del menor (reinserción en la propia familia,

(247) Así opina también la mayor parte de la doctrina, aunque observando algunos autores que sería una tutela especial o extraordinaria: cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 60 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, p. 50; EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, pp. 204 y s.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 23 y ss.; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051. Se adecúa mejor, en mi opinión, a las finalidades de esta tutela automática, y plantea menos problemas de adaptación sustantiva al sistema institucional de protección de menores, la postura de PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, pp. 87 y ss., para quien no es sino una medida administrativa de cobertura; esta opinión choca, sin embargo (además de con los preceptos citados en el texto) con la interpretación que de la tutela automática han realizado las Comunidades Autónomas, cuya normativa en la materia presupone que se trata de una tutela en sentido estricto, si acaso con algunas peculiaridades de régimen: puede ser emblemática la cita del art. 8 de la Ley Aragonesa de Protección de Menores (Ley Ar. PM), de 14 de diciembre de 1989, conforme al cual «la Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón».

(248) Así, por ejemplo, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, p. 65; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051; en cambio, se inclina por pensar que sólo hay suspensión de su ejercicio EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 204; y, en congruencia con su posición sobre la naturaleza y alcance de esa tutela automática, PÉREZ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 92, entiende que «la tutela administrativa no conlleva de por sí la extinción de la patria potestad, tutela o guarda preexistente».

(249) Se deriva de la propia dicción del art. 172.1 Cc, y del mecanismo que diseña. Expresamente, lo recalcan LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 52 y ss. (con observaciones extensas sobre el particular); EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 202; y VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.049. Es de notar el esfuerzo de J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 64 y ss., para dar entrada a la decisión judicial a través, si no de la tutela, sí de la declaración de desamparo: pero no me convence, como ya he tenido ocasión de decir, porque podría comprometer seriamente la eficaz de dicha tutela automática. Por último, no está de más señalar, también, que las legislaciones autonómicas sobre la materia contienen previsiones específicas bien sobre la declaración administrativa de desamparo, bien sobre la constitución de la tutela *ex lege*: por ejemplo, art. 7.2 Ley Ar. PM; art. 14 del Decreto de Castilla y León sobre Protección de Menores, de 7 de abril de 1988 (Dec. C-LPM); art. 8 del Decreto gallego de Protección de Menores, de 28 de julio de 1988 (Dec. Gal. PM); art. 2.a) del Decreto Andaluz de Adopción y Protección de Menores (Dec. And. PM), de 13 de septiembre de 1988; o art. 7 del Decreto riojano de Adopción y otras formas de Protección de Menores (Dec. R.PM), de 18 de abril de 1991.

adopción, o constitución de tutela regular: cfr. arts. 172.4, 239 Cc y artículo 13 Ley Ar.PM.) (250).

2) La *guarda administrativa*, para «cuando quienes tienen potestad sobre el menor lo soliciten justificando no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias graves» (251). Se trata, en palabras de Sancho Rebullida, de «una suerte de desamparo como futuro, potencial o previsto» (252). En efecto, el supuesto es fácilmente reconducible a la hipótesis del desamparo, pero no como producido, sino como previsto (o previsible) por los titulares de la institución legal de guarda preexistente. Con esta figura se atenúan las graves consecuencias que puede acarrear sobre dicha guarda legal, y sobre el futuro del menor en general, el hecho de que se produzca el desamparo y se dé así lugar a la tutela automática. Como escribe Pérez Alvarez «el recurso previo a la guarda administrativa evitará que después pueda la entidad pública apreciar que el menor se encuentra privado de asistencia moral o material y evitará, por tanto, que pueda la entidad pública dar al menor en régimen de acogimiento preadoptivo o en adopción» (253). Como en el caso de la tutela automática, se trata de una institución de carácter claramente provisional, cuya regulación positiva presenta notables lagunas e indefiniciones (254). Entre ambos mecanismos queda aparentemente cubierta la situación de desamparo, actual (tutela automática) o potencial (guarda administrativa); pero una consideración más detenida revela la existencia de casos en los que el desamparo potencial puede no quedar atendido, por denegación administrativa de la solicitud de guarda (255).

(250) Cfr. ARCE Y FLÓREZ VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 263 (1987), p. 757; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 52; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y ss.; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., p. 26; EGEA I FERNÁNDEZ «La protecció de menors a Catalunya...», cit., p. 206.

(251) Además de para cuando el juez la acuerde, en los casos que legalmente proceda. Pero aquí el que interesa, por su relación con la situación de desamparo, es el inciso reproducido en el texto.

(252) SANCHO REBULLIDA, *Elementos...* IV-2.º cit., p. 186; similarmente, PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 102.

(253) PÉREZ ALVAREZ, *op. et loc. cit.*

(254) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., p. 72.

(255) Que es perfectamente posible: cfr., por ejemplo, J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»...* cit., p. 71 (quien se muestra partidario, en beneficio del menor «de que el ente prestase ayuda a todos los menores cuyos padres solicitasen de ellos (sic) la constitución de la “guarda”, sin entrar momentáneamente en el análisis de las causas de solicitud, y dejando siempre abierto el camino de un ulterior recurso a la autoridad judicial para clarificar la situación»); o LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática...* cit., pp. 75 y ss.

c) La preferencia por los sistemas de protección de carácter familiar

Por último, se produce una clara opción del legislador por los sistemas de protección del menor en desamparo (como siempre: actual o potencial) de carácter familiar, por entender que ése es el entorno más beneficioso para el menor en general, y en particular para el menor que carece más gravemente de él. Así, se arbitran una figura tuitiva de carácter provisional, y otra de carácter definitivo (256).

1) La primera de ellas, introducida por el art. 173 es el *acogimiento familiar*, figura de contornos imprecisos, regulación insuficiente y amplio campo de aplicación (257), que, en opinión de Sancho Rebullida, es clave en la reforma de 1987 (258). Pérez Alvarez la caracteriza como «medio de integración familiar que tiene por objeto propiciar la participación personal del menor en un ámbito familiar idóneo» (259). Se trata, a lo que entiendo, de una figura que podría ser calificada como adjetiva o polivalente, ya que puede cumplir la función que le es propia —«la participación del menor en un ámbito familiar idóneo», en las citadas palabras de Pérez Alvarez— en relación con situaciones del menor diferentes entre sí: lo determinante, en este caso, es el empleo de un mecanismo de integración familiar como instrumento más adecuado para la protección integral del menor (260), en circunstancias jurídicamente bien distintas (con o sin desamparo, ya sea actual o previsto; con tutela automática o guarda administrativa, o sin ellas; con finalidad adoptiva, o no).

(256) A lo que hay que sumar las previsiones de muchas regulaciones autonómicas sobre apoyo a la familia de origen. Con ello se trata de arbitrar medidas asistenciales de orden administrativo, que eviten con carácter previo la situación de desamparo, sin que sea preciso extraer al menor de su entorno familiar natural (apoyo económico, guarderías, ayuda domiciliaria, servicios de asistencia y orientación, etc.): cfr. arts. 9.a), 10 y 11 Ley Ar. PM; arts. 2.1, 4 y 5 del Decreto Foral Navarro sobre Adopciones, Acogimiento Familiar y Atención de Menores (Dec. F.N. AM), de 25 de marzo de 1986; arts. 9, 11 y 12 Dec. C-L.PM; arts. 2.a) y 6 Dec. Gal. PM; arts. 3, 8 y 9 Dec. R. PM.

(257) Cfr. los planteamientos de J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, páginas 145 y ss.

(258) SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, p. 1.987.

(259) PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, p. 133.

(260) Mejor, desde luego, que el hospitalismo: cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 61 y s. De hecho, las legislaciones autonómicas contemplan la posibilidad de internamiento de los menores en centros públicos, residencias o instituciones de atención de menores semejantes, como el último recurso, ante el que se prima, desde luego, el acogimiento: cfr. art. 20 de la Ley Catalana de Protección de Menores (Ley Cat. PM) de 21 de noviembre de 1988; art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

Como he dicho antes, puede ser considerado como un mecanismo de carácter provisional (261), pero sin una duración preestablecida, ya que ello dependerá de cuál sea la situación del menor en que se inserta —y a la que sirve— dicho acogimiento (262). De ahí que probablemente sea lo más acertado decir que es de duración indefinida (263).

2) En segundo lugar, y como respuesta de carácter definitivo a la situación de desamparo del menor, nuestro Código Civil establece, bien la reinserción del menor en su familia de origen, bien la plena integración en una familia de recepción diferente de la de procedencia, a través de la adopción (264).

Como puede verse, el legislador ha utilizado el mecanismo adopcional en función (no única, pero sí la más importante) de la protección de los menores (265); de esta forma, se ha dado el último paso en la etapa final (por el momento...) de la larga y atormentada evolución de la adopción. Etapa cumplida desde su apurada introducción en el Código

(261) Resalta el carácter provisional del acogimiento PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 120.

(262) Lo que acarrea que, de hecho, esa situación provisional pueda no desaparecer, y desembocar en la mayor edad o emancipación del acogido; así se deduce, por ejemplo, del art. 175.2 Cc (cfr., también GARCÍA CANTERO, *La reforma del acogimiento...* cit., p. 14).

(263) «El acogimiento no tiene duración prevista; es indefinida y está concebida como institución de tránsito a la reinserción del menor en su propia familia (arts. 172,4 y 173,2) o la adopción (arts. 175,2 y 176,2,3.º)»: SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 14).

(264) Lo expone con especial claridad (que creo que compensa la extensa cita), PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 119 y s.: «La finalidad que persigue la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, consiste en proteger a los menores privados de una vida familiar normal, propiciando su integración familiar (cfr. preámbulo, párrafos 2.º, 4.º y 5.º). Y en la reforma de 1987 se atiende a esta integración familiar de los menores desamparados por medio de dos cauces antagónicos: uno está representado por la reinserción del menor en su familia; el otro, por la adopción. La *reinserción* es la medida preferente que debe procurar la Administración y constituye un medio de integración del menor desamparado en el propio ámbito familiar del que ha sido extraído al haber asumido la entidad pública la tutela que le atribuye el artículo 172.1 del Código Civil (cfr. art. 172.4 Cc). A su vez, la *adopción* constituye un medio de integración del menor desamparado en un núcleo familiar diferente al originario; dicha integración es consecuencia de la nueva relación de filiación establecida entre adoptante y adoptado, así como de la extinción de los vínculos jurídicos entre el menor y su familia anterior que la adopción conlleva (art. 178.1). En todo caso, la adopción es un medio de integración familiar no provisional (cfr. art. 180), al que sólo se accede en virtud de resolución judicial (cfr. art. 176) y de carácter pleno; ello, por cuanto la relación de filiación a que da lugar es equiparable a la derivada de la filiación por naturaleza (cfr. art. 108 cc).

(265) Cfr. DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema... IV cit.*, p. 302; ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción...* cit., p. 769.

Civil, hasta su regulación actual, a través de las diferentes reformas que ha sufrido (266).

Hay que hacer ahora una breve referencia a una institución tradicional del Derecho navarro, intermedia —a lo que entiendo— entre el acogimiento y la adopción. Se trata del *prohijamiento*, regulado por la Ley 73.4 FN: «las personas entregadas formalmente por establecimientos tutelares o benéficos y acogidas en prohijamiento, se equiparan a las adoptadas con adopción simple o menos plena, siempre que la relación se haya mantenido durante un plazo de diez años y que la persona que prohijó no tuviera al hacerlo hijos por naturaleza o adopción plena». Lo característico de esta figura es que, a diferencia del acogimiento familiar, es un dispositivo definitivo de protección de menores, en cuanto supone la permanencia estable del prohijado en el seno de la familia de recepción (267). Tras la reforma del Código Civil de 1987, y el Dec.F.N. AM de 25 de marzo de 1986 —que no contempla la institución—, Arregui Gil ha señalado que el prohijamiento ha quedado virtualmente derogado (268). Con todo, entiendo que puede seguir teniendo una virtualidad específica cuando se produzca la situación que en la norma se contempla; para lo cual, hay que entender vigentes en Navarra las reglas de la adopción simple o menos plena, derogadas respecto al Código Civil (269).

d) Breve apunte crítico

Resta sólo hacer ahora una valoración conjunta de estas medidas previstas por nuestro Ordenamiento para el caso de desamparo real (actual o previsto) del menor. La principal es que, a diferencia de los mecanismos establecidos de acuerdo con el modelo institucional, aquí no puede hablarse con propiedad de un verdadero sistema, aunque haya atisbos (pero nada más), del mismo. Entre esos atisbos de que he hablado cabe mencionar la estructuración del tratamiento jurídico del desamparo real en dos momentos diferentes (desamparo actual y desamparo

(266) Un análisis detallado de esta última etapa, en PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 13 y ss.; por otro lado, un interesante estudio comparativo de la evolución de los principios rectores de la adopción en las sucesivas reformas del Código Civil en esta materia en MORENO QUESADA «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», *Centenario del Código Civil*, II, cit., pp. 1.513 y ss.

(267) Cfr. BELTRÁN AGUIRRE, *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, cit., p. 135.

(268) Cfr. ARREGUI GIL, en *Comentarios Albaladejo*, XXXVI-1.º, cit., sub Leyes 73 y 74, p. 401.

(269) Es la conclusión que propone ARREGUI GIL, *op. cit.*, p. 400 aunque sólo para quienes conserven esa situación de prohijados.

previsto), haciendo variar en correspondencia la intensidad de la actuación administrativa; o también la fijación como criterio de atención preferente al menor el de procurarle un entorno familiar, bien transitoriamente (acogimiento familiar), bien definitivamente (reinserción familiar, adopción).

Pero eso no basta para construir un verdadero sistema (270): la regulación positiva es fragmentaria e incompleta, según ya se ha indicado; y el ajuste entre las diferentes piezas de este engranaje funcional brilla por su ausencia. Como señala Sancho Rebullida «la intención y teleología de la reforma es, sin duda, encomiable. Su realización concreta, no tanto» (271).

Así, pueden señalarse algunos —no todos— de esos desajustes internos (de los externos, en relación con las figuras propias del modelo institucional, hablaremos a continuación):

1) La tutela automática no garantiza —porque, en realidad, no hay forma de hacerlo—, aunque facilita una cobertura real del menor desde que se produce la situación de desamparo: por definición, esa tutela comienza, automáticamente (272), cuando el menor empieza a estar desamparado; lo cual no quiere decir que la entidad pública conozca esa situación, y pueda acudir a remediarla. De hecho, en este caso, el menor está tan desamparado (por ejemplo), por su padre, como por la entidad pública que ya ostenta la tutela automática (273).

(270) Sobre todo si, como veremos, esos planteamientos «sistematizadores» no están exentos de lagunas y faltas de coordinación interna.

(271) SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, *cit.*, p. 29.

(272) Y en ello es claro que las por otro lado comprensibles previsiones de las diferentes regulaciones autonómicas sobre la declaración del desamparo o constitución de la tutela, se alejan de lo que pretende con su automatismo el art. 172.1 Cc.

(273) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, p. 60; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, *cit.*, p. 52; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...», *cit.*, p. 2052. En cambio, para EGEA I FERNÁNDEZ («La protección de menores a Catalunya...», *cit.*, p. 193, y nota 31) «la entidad pública, por definición, no puede desamparar a un menor». Pero esto supone volver a la perspectiva institucional: el menor no está desamparado porque está sometido a un régimen de protección (la tutela automática). En cambio, de acuerdo con el enfoque funcional, desamparo es el que se produce de hecho. Otra cosa es que el desamparo por la entidad no tenga consecuencias peculiares sobre el régimen de protección ostentado por ella: éste es el de último grado, ante la ineficacia de los demás; su (posible) ineficacia no está contemplada, por lo que la tutela automática sigue en pie... hasta que la entidad se entere (si se entera). De ahí que las diferentes regulaciones autonómicas señalen como punto de partida de su actuación el *conocimiento* de la situación de desamparo: cfr. art. 5 Ley Cat. PM; art. 14 Dec. C-L. PM; art. 8 Dec. Gal. PM; o art. 5 Dec. R. PM. Por su parte, el art. 7.3 Ley Ar. PM, con una técnica que se ha demostrado ineficaz en la regulación de la tutela ordinaria, prevé que «toda persona que tenga conocimiento de una situación de desamparo deberá notificarlo a la Administración de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de las comunicaciones procedentes a la autoridad judicial competente o al Ministerio Fiscal».

2) Como he indicado, parece que la tutela automática está prevista para el caso de desamparo actual, y la guarda administrativa para el de desamparo previsto. Pero una y otra pueden ejercerse a través del acogimiento familiar (274), o de alguna otra forma (275). Por otro lado, la eventual denegación por parte de la entidad competente de la guarda administrativa solicitada por el guardador legal, puede desembocar en que el desamparo previsto pase a ser efectivo, y de esta manera se llegue a la tutela automática (mecanismo de intervención con consecuencias considerablemente más intensas que las de la mera guarda administrativa, según también hemos visto).

3) El desamparo del menor, por su parte, sólo aparentemente ocupa un lugar central en la organización global de estos mecanismos, precisamente por lo que cabría denominar polivalencia o «polifuncionalidad» de figuras decisivas en el modelo funcional (acogimiento y adopción); así, el desamparo no es requisito del acogimiento (276) ni de la adopción (277), aunque puede dar lugar a ambos. A su vez, el acogimiento puede desembocar o no en la adopción (respecto a la que tiene prioridad la reinserción del menor en su propia familia: art. 172.4 Cc) (278); o incluso, como hemos visto, puede prolongarse hasta la mayor edad emancipación del menor (supuesto en el que, una vez producido, cabe también la adopción: art. 175.2 Cc). Estos desajustes o faltas de correspondencia entre los diferentes dispositivos predisuestos por el legislador impiden que se pueda hablar de un sistema por completo coherente, y desdibujan en ocasiones su verdadera finalidad. No hay una correspondencia exacta entre la situación del menor y los instrumentos legales con que se intenta su protección, que a veces dan la impresión de solaparse desordenadamente, sin un criterio claro de delimitación (279).

(274) Expresamente, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil IV*, cit., p. 285.

(275) Y aquí, nuevamente, la mención de las regulaciones autonómicas, es ilustradora: cfr. art. 20 Ley Cat. PM; art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

(276) Cfr. SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción*, cit., p. 62; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., pp. 133 y s.

(277) Cfr. VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» cit., p. 2.042.

(278) Cfr. también PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 120.

(279) Por ejemplo: el menor en desamparo (y prescindiendo por ahora de las instituciones de guarda legal pertenecientes al modelo institucional) queda sometido a la tutela automática de la entidad pública; ésta puede ejercerla a través del acogimiento familiar, que, a su vez, puede desembocar en la adopción, en la reinserción familiar, en la tutela ordinaria (art. 239.2) o en la mayoría de edad. Pero: 1) por un lado ni el desamparo o la tutela automática son siempre requisito previo del acogimiento; ni tampoco el desamparo, la tutela automática o el acogimiento son siempre requisito previo de la adopción; 2) por otro lado, ni la tutela automática desemboca siempre en el acogimiento familiar; ni la tutela automática o el acogimiento acaban siempre en la adopción.

· 4) Este que acabo de mencionar es precisamente uno de los aspectos más confusos del modelo funcional de protección, puesto que deja en una considerable indefinición los criterios conforme a los que se acude a una u otra de las medidas legalmente establecidas; es decir, el sistema de relaciones internas entre los mecanismos jurídicos integrantes del mencionado modelo funcional. De hecho, el único criterio que aparece claramente definido es el que sirve de fundamento último de todas estas actuaciones (y también del modelo institucional, y de la que he llamado protección de contenido negativo...): el beneficio del menor. Pero este es un principio demasiado ambiguo, que no permite aclarar mínimamente las eventuales prioridades entre unas y otras de las figuras contempladas: acogimiento familiar, guarda por la entidad, o por una institución dependiente; adopción, reinserción o tutela (280). El solapamiento entre las diferentes posibilidades contribuye poderosamente a aumentar esa sensación de confusión institucional que produce el modelo funcional: y es que si el modelo institucional tiene su flanco más débil en sus aspectos funcionales, el modelo funcional lo tiene en sus aspectos institucionales.

Todo lo cual se ve complicado por la presencia de unas regulaciones autonómicas cada vez más numerosas, que guardan un cierto mimetismo, pero entre las que hay, también, notables diferencias.

Cuanto he expuesto, en su conjunto, aún siendo cuestiones muy razonables y hasta explicables tomadas una a una, no puede menos que causar una sensación de falta de cohesión, indefinición, incoherencia y, en suma, de inseguridad. Sensación que se acentúa todavía más si lo ponemos en relación (ahora ya *ad extra*) con el modelo de protección institucional diseñado por nuestro Código, tal y como ha quedado descrito más arriba.

(Con la advertencia de que no me refiero en estos casos a que, *excepcionalmente*, un acogimiento o una tutela automática no generen una adopción, sino a que está previsto que haya casos en que ello sea como he dicho: el problema, pues, es estructural, no de aplicación práctica). Como se ve, la falta de correspondencia entre unas y otras instituciones es más que notable, e impide en realidad que pueda hablarse aquí de un verdadero sistema.

Todo lo cual se complica todavía más si se admiten figuras diferentes de las hasta ahora contempladas, pero que bien podrían fundarse (precisamente por esa «polifuncionalidad» a que me he referido) en el acogimiento: véase, por ejemplo, el intento de J. M. RUIZ-RICO RUIZ en relación con la admisibilidad en nuestro Derecho de la delegación de la patria potestad: *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, *cit.*

(280) Las regulaciones autonómicas, sin embargo, sí establecen (a veces implícitamente) un cierto orden de prioridades en sus actuaciones: cfr. art. 9 Ley Ar. PM; art. 2 Dec. F.N. AM; art. 9 Dec. C-L. PM; art. 2 Dec. Gal. PM.

3. Las instituciones jurídico-civiles de protección de menores: disfunciones y ensayo de construcción conjunta

Como he venido diciendo, la coexistencia en el Código Civil de esos dos modelos (institucional y funcional) de protección de menores, ha provocado la existencia de disfunciones, desajustes y falta de coherencia entre ellos, así como de desviaciones en la aplicación de cada uno de ellos, por influencia de previsiones pertenecientes al otro. A continuación señalaré las que son, a mi juicio, las más importantes de esas disfunciones o desajustes, para intentar después una reconstrucción sistemática y unitaria, en la medida en que lo consientan la propia fragmentación de fondo del sistema global de protección —cuyos mecanismos responden a dos planteamientos o enfoques bien distintos— y la defectuosa técnica utilizada.

A. Los problemas de ajuste y coordinación entre el modelo institucional de protección y el modelo funcional

Prescindiendo ahora de los eventualmente derivados de la defectuosa integración interna de los dispositivos de carácter funcional, tal y como han quedado descritos, entiendo que las dificultades de ajuste y descoordinación aparecen, sobre todo, en dos planos:

1) En primer lugar, respecto a los principios que orientan la relación interna entre los diferentes dispositivos con que se intenta atender a las necesidades del menor en cada uno de los dos modelos. Así, como hemos visto, el modelo funcional responde al criterio de integración familiar del menor, manifestado en la preferencia del acogimiento familiar como mecanismo de protección de carácter transitorio (pero duración indefinida), y de la inserción familiar o adopción como solución definitiva a esas necesidades de protección. Trasladando estas previsiones —sobre todo, las definitivas: inserción y adopción— a la perspectiva institucional, quiere decir que a la patria potestad (o tutela) preexistente e ineficaz, le sustituye, no ya la tutela (como ocurre en el modelo institucional), sino la patria potestad nuevamente, bien en el marco del mismo núcleo familiar de procedencia (supuesto de inserción del menor en la familia de origen), bien en el de otro núcleo familiar diferente (adopción). Es decir, que la tutela como instrumento de protección, en caso de desamparo del menor, queda relegada a un segundo plano, frente a los de carácter más puramente familiar (281). Ello, con dos adver-

(281) De la misma manera que la tutela automática, la guarda administrativa y el acogimiento desplazan a las medidas urgentes y provisionales del art. 299 bis Cc.

tencias: la primera, que la tutela no queda radicalmente relegada, ni existe entre ella y la integración familiar un orden jerárquico rígido, en virtud de lo dispuesto por el art. 239.2 Cc; la segunda, que la tutela —aunque sea extraordinaria y especialísima— aparece como el instrumento fundamental de asistencia inmediata al menor actualmente necesitado de ella: es el caso de la tutela automática (282).

De manera que el sistema institucional se ve directamente afectado en sus previsiones de funcionamiento y en sus mecanismos de relación interna, por la incidencia de previsiones pertenecientes al modelo funcional, en caso de desamparo del menor (283).

2) En segundo lugar, uno de los puntos más oscuros de la reforma de 1987, que me parece conceptualmente sin salida (pese a todos los meritorios y bienintencionados esfuerzos de la doctrina por dársela, incluido en su caso el que brevemente expondré luego), es el de las relaciones entre la tutela automática de la entidad pública y el régimen institucional de guarda legal eventualmente preexistente: sobre todo, patria potestad, pero también tutela (284).

Hay que considerar, en primer lugar, el supuesto de concurrencia de la tutela automática con un régimen legal de guarda preexistente. El desajuste es patente: desde el punto de vista institucional, la patria potestad y la tutela son incompatibles (art. 222.1.º Cc) (285), de forma que la tutela automática, o no puede constituirse (pero se constituye: arts. 172.1, 222.4 Cc) o debería acarrear la desaparición o extinción de la patria potestad previamente existente sobre el menor; pero para la privación de la patria potestad hace falta una declaración judicial (art. 170 Cc, y Ley 66.5 FN para el Derecho navarro) que en el caso de la tutela automática brilla por su ausencia. Cabría entonces concluir que

(282) Aunque, como sabemos, entre ésta y la ordinaria las diferencias sean casi mayores que las similitudes.

(283) Sobre lo cual, puede verse también las consideraciones de LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 26 y ss.

(284) A lo que, como he indicado, la doctrina ha consagrado notables esfuerzos: cfr. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, *El acogimiento familiar y la adopción... cit.* pp. 756 y ss.; J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 65 y ss.; SANCHO REBULLIDA, *Acogimiento y adopción, cit.*, pp. 50 y ss.; PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción, cit.*, pp. 92 y ss.; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema... IV cit.*, p. 304; LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 27 y ss. (con referencias específicas al caso en que el régimen preexistente sea el de tutela ordinaria); VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, pp. 2.049 y ss.; EGEA I FERNÁNDEZ «La protecció de menors a Catalunya...» *cit.*, pp. 199 y ss.

(285) Cfr. J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, p. 65; VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051; contra, DE LA HAZA DÍAZ, *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento en el Código Civil español*, RGLJ 263 (1987), p. 984.

el art. 172.1 comete una incorrección terminológica, que el intérprete estaría autorizado a subsanar, entendiendo que no se trata de una tutela propiamente dicha. Pero esa conclusión, probablemente la más correcta en un plano abstracto, es difícilmente sostenible frente a los artículos 222.4.º y 239 Cc (286). Como he dicho, el conflicto me parece directamente insoluble, y sólo cabe hacerle frente a través de una interpretación correctora —que es lo que hace la doctrina a la que me he referido— (287).

Los problemas a que he aludido se plantean también en relación con el art. 239.2 Cc, de acuerdo con el cual «se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste». Parece claro que respecto a este supuesto no cabe argüir con base en la excepcionalidad de la tutela automática *ex art.* 172.1 (ó 239.1); por tanto, esa constitución de la tutela «conforme a las reglas ordinarias» deberá ser precedida

(286) Consideraciones parecidas podrían hacerse cuando la concurrencia fuera entre una tutela ordinaria y la tutela automática: ésta última no puede considerarse, en puridad, un caso de tutela plural o cotutela (cfr. VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.051), porque las competencias atribuidas a la entidad pública *ex arts.* 172.1 y 222.4.º no son compartidas. Ahora bien, la remoción del tutor anterior exige, en nuestro Derecho, previa declaración judicial (art. 248 Cc). Como se ve, el problema es muy similar.

(287) Así, están quienes parte de que la patria potestad no se extingue, porque la tutela automática no lo es en sentido estricto (PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, *cit.*, pp. 92 y ss., quien se inclina, además, por una intervención judicial *a posteriori* para controlar la actuación de la entidad pública: pp. 97 y s.); quienes entienden que la patria potestad no se extingue, sino que queda en suspenso su ejercicio (EGEA I FERNÁNDEZ «La protección de menores a Catalunya...» *cit.*, p. 202); quienes, a partir de la extinción de la patria potestad por la tutela automática, propugnan el control judicial previo (J. M. RUIZ-RICO RUIZ, *La tutela «ex lege»... cit.*, pp. 63 y ss.), concomitante (VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.055 y s.), o *a posteriori* (LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática... cit.*, pp. 30 y ss.).

Por mi parte (siendo consciente de que se trata de una interpretación tan correctora como las demás), brevemente, entiendo: 1) que, a falta de declaración judicial, no hay privación de la patria potestad; 2) que, más correctamente, habría que hablar de un *desplazamiento* de su contenido desde ella hacia la tutela automática; 3) que ese desplazamiento debe encontrarse sometido a control judicial posterior, bien a instancia de los titulares de la patria potestad, bien de la misma entidad pública, a través de un procedimiento dirigido a la privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes que le son inherentes (sobre las vías del procedimiento judicial, *vid.* PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, *cit.*, p. 97); en todo caso, el juez podría decidir la atribución a la entidad no de la tutela, sino de la mera guarda (VALLADARES RASCÓN «La tutela de los menores...» *cit.*, p. 2.056); 4) mientras no se produzca la privación de la patria potestad, los padres del menor siguen siendo titulares de la misma, a los efectos principalmente, bien de instar la finalización de la tutela automática, bien de intervenir en el procedimiento adoptacional con su asentimiento o audiencia, en los términos del art. 177.2.2.º y 177.3.1.º (si se tratara de tutor ordinario, 177.3.2.º).

de la privación de la patria potestad o de la remoción del anterior tutor; sobre lo cual, el art. 239.2 calla (288).

Pasemos ya al caso en que la tutela automática no coexista con ninguna institución legal de guarda (289). En buena lógica, la asunción de esa tutela automática por la entidad pública debería enervar la eficacia de lo dispuesto por los arts. 228, 229 y 230 Cc, puesto que, desde la perspectiva institucional, el menor no está desamparado, sino sometido a la tutela automática: no hay, institucionalmente, ningún vacío que llenar (que es la hipótesis a que se aplican dichos preceptos). De forma que, paradójicamente, los artículos citados sólo tendrían pleno sentido en aquellos casos en los que el menor carente de guardador legal está siendo atendido de hecho por otra persona; es decir, en los de guarda de hecho (290). De manera que también en este supuesto se produce un desplazamiento de las normas que regulan la protección de menores según el modelo institucional, por las propias del modelo funcional.

B. Intento de reconstrucción conjunta del sistema jurídico-civil de protección de menores

En mi opinión, la reconstrucción unitaria del sistema jurídico-civil de protección de menores, en la medida en que es posible hacerlo, gira en torno a la situación real del menor, y más concretamente alrededor de una situación fáctica de desamparo, actual o previsto. Dicha situación es la que determina la puesta en marcha de los mecanismos de carácter funcional, y el consiguiente desplazamiento, con mayor o menor intensidad y alcance, según los casos, de los de carácter institucional.

(288) No me parece que cupiera entender que el art. 239.2 lo que hace es prever un caso en que la tutela automática cede ante la ordinaria y no se constituye, puesto que ello sería contrario a los principios de atención inmediata al menor, a que responde la reforma de 1987. Una tal interpretación significaría una concesión al modelo institucional cuyo sentido y procedencia no veo claras en absoluto. Creo, más bien que habrá tutela automática en tanto no se constituya la ordinaria (previa privación de la patria potestad o remoción de la tutela anterior), que aparece así en un segundo momento, como una solución estable a la situación del menor sometido a la tutela administrativa, hasta cierto punto alternativa a la reinserción en la propia familia o a la adopción.

(289) Por ejemplo, por fallecimiento de los padres sin constitución posterior de la tutela.

(290) Eventualmente, cabría añadir los casos comprendidos en el art. 239.2 (aunque no está claro, por el empleo de ese enigmático impersonal: «se procederá...» ¿quién procederá?); y aquéllos en los que la inmediatez del suceso que ha motivado la extinción del régimen inicial de guarda legal permitan identificar no una situación de guarda de hecho estable, sino una puramente transitoria, en tanto se constituye la tutela: pero la proximidad conceptual a la guarda de hecho en sentido estricto, es bien patente.

Con la advertencia de que éstos últimos constituyen, en todo caso, la columna vertebral de la protección de menores en nuestro Derecho Civil, puesto que en ellos desembocan, en los términos que a continuación veremos (y con excepciones posibles, pero no contempladas estructuralmente como soluciones estables a la situación del menor), los de índole funcional: pero siguiendo la lógica interna de éste último modelo, y no la propia del modelo institucional —es decir, con el orden de prioridades que establece el modelo funcional entre los mecanismos de carácter institucional— (291).

1) Si no hay desamparo real, actual o previsto, resulta de aplicación el sistema institucional de protección, tal y como ha quedado descrito más arriba, con el complemento de las previsiones legales sobre la guarda de hecho (292).

2) Si hay desamparo real, actual o previsto, se produce un desplazamiento del sistema institucional por parte de los mecanismos y técnicas de carácter funcional. Pero se trata, según hemos visto, de un desplazamiento de contenido desigual y alcance diverso, según los casos. A fin de atender a esa situación fáctica de desamparo, se establecen, como sabemos, dispositivos de carácter —estructuralmente— provisional, y otros de índole definitiva.

i) Entre los de carácter provisional, hay que distinguir nuevamente entre el desamparo previsto y el desamparo actual.

El desamparo previsto ocasiona la guarda administrativa, que no afecta a la titularidad de la patria potestad o a la tutela antecedentes. Antes bien, puede ser considerada como una forma de cumplir los deberes inherentes a la guarda legal, por delegación legalmente autorizada en la entidad pública. Su destino natural es la recuperación plena del contenido delegado de la patria potestad o tutela, una vez cesadas las causas que motivaron la solicitud de guarda (293). Como puede com-

(291) Conviene advertir, antes de seguir adelante, que me limitaré a exponer el sistema de relaciones entre el modelo institucional y el funcional, dejando de lado lo que son relaciones internas en cada uno de esos modelos: por ejemplo, interesa aquí la guarda administrativa solicitada por el titular de la guarda legal (relaciones entre los dos modelos), y no cuando es pedida por el acogedor del menor (relaciones internas del modelo funcional).

(292) Aunque ésta, como sabemos, se ve inmersa también en la lógica interna del sistema institucional, a través de la remisión del art. 303 Cc al art. 238 Cc.

(293) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *La nueva adopción*, cit., p. 107. Que ese sea el destino natural de la guarda administrativa no quiere decir que sea el único posible. Como escribe SANCHO REBULLIDA (*Acogimiento y adopción*, cit., p. 55): «La mera guarda está prevista como solución urgente y, además, transitoria (*durante el tiempo necesario*, dice el precepto), abocada a situaciones más estables: patria potestad o tutela (curada la enfermedad de los padres o del tutor), nueva tutela ordinaria (si se extinguiese la ante-

probarse, en principio el desplazamiento del sistema institucional por el funcional es mínimo, limitándose a añadir una posibilidad de ejercicio del contenido de la guarda legal, para las situaciones de desamparo previsible (294).

Por su parte, el desamparo actual motiva un desplazamiento más significativo del sistema institucional, puesto que supone la constitución inmediata y automática de la tutela de la entidad pública, con las características y consecuencias que ya han quedado indicadas. Aquí, el desplazamiento del contenido de la patria potestad, o de la guarda legal en general, es sin previa solicitud de su titular; y de la misma forma, la posición jurídica de la entidad pública es considerablemente más intensa, al ser titular de la tutela extraordinaria, y no meramente de una delegación de contenidos.

En todo caso, tanto la mera guarda como la tutela automática pueden ser ejercitadas a través del acogimiento familiar.

ii) Pasemos ya al examen de los mecanismos de carácter definitivo. Precisamente aquí es donde de nuevo vuelven a encontrarse el modelo institucional y el funcional, ya que éste desemboca en instituciones propias de aquél; pero no necesariamente, según he puesto ya de relieve, en las que aquél hubiera desembocado.

Para el caso de desamparo actual, se prevén tres posibles soluciones, que provean al menor de un régimen de protección estable y definitivo (295): la reinserción en la propia familia (y con ella, la rehabilitación de la patria potestad anteriormente existente); la adopción (es decir, el sometimiento a una patria potestad derivada del vínculo de filiación que nace con dicha adopción); o la tutela ordinaria, en los términos del art. 239.2 Cc. En todo caso, el criterio para optar por una u otra

rrior o la patria potestad), tutela administrativa (si, removida la circunstancia grave, los titulares de la potestad no reiniciasen la guarda a ella correspondiente y se produjese, así, desamparo actual), acogimiento o adopción, conforme al régimen de tales institutos».

(294) De ahí que, como acertadamente señala PÉREZ ALVAREZ (*op. cit.*, pp. 102 y 107), en principio la mera guarda «es excluyente de la adopción, ya que no deberá originar situaciones irrevocables que obsten al restablecimiento de la situación familiar que la hubiera precedido». En este sentido, entiendo que la alusión de SANCHO REBULLIDA a la adopción en el texto reproducido en la nota precedente, ha de entenderse referida a la previa situación de desamparo de que habla, que extingue la mera guarda sustituyéndola por la tutela automática.

(295) No cabe incluir aquí el acogimiento familiar, aunque sea susceptible de prolongarse hasta la mayoría de edad, porque esa es una prolongación de índole excepcional, fruto más de la duración indefinida del acogimiento que de su eventual carácter definitivo.

de estas posibles soluciones será el del beneficio o interés del menor (arts. 172.4, 176.1 y 239.2 Cc).

En el caso de desamparo previsto, según acabamos de ver, la mera guarda desemboca naturalmente en el restablecimiento de la institución legal de guarda preexistente; y eventualmente, a través del desamparo actual y la consiguiente tutela automática, en la poco probable reinserción familiar, en la adopción o en la tutela ordinaria, en los términos que acabo de indicar.

De esta manera, se advierte cómo el modelo funcional desemboca habitualmente (aunque en algunos casos pueda no suceder así) en el institucional, al preverse, como solución definitiva a la situación del menor desamparado, la patria postestad (a través de la reinserción familiar o la adopción) o la tutela ordinaria (en los casos del art. 239 Cc).

Cáceres, septiembre de 1991.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCIA: *Derecho Civil*, I-1.º (10 ed., Barcelona, Librería Bosch, 1985).
- *Curso de Derecho Civil*, IV (4.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989).
- ARCE Y FLOREZ VALDES: *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 263 (1987).
- ARREGUI GIL: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXVI-1.º (Fuero Nuevo de Navarra), sub leyes 73 y 74, pp. 380 y ss.
- BAVIERA: *L'adozione speciale* (2.ª ed., Milano, Giuffré, 1982).
- BELTRAN AGUIRRE: *Régimen jurídico de la protección de menores en Navarra*, RJN 4 (1987), pp. 117 y ss.
- BELTRAN DE HEREDIA Y ONIS: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dir. ALBALADEJO), t III, vol. 2.º (Madrid, EDERSA, 1982), sub arts. 142 y ss., pp. 1 y ss.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona* (Madrid, Montecorvo, 1976).
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub arts. 303 y ss. pp. 784 y ss.
- BUCCIANTE: «La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione», en *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO) 4-III (Torino, UTET, 1982), pp. 463 y ss.
- BUSNELLI: *Capacità e incapacità di agire del minore*, RDFP 1982, pp. 54 y siguientes.

- CASANOVAS MUSSONS: *La contribución de la curatela al concepto de la personalidad civil restringida*, RJC 1985, pp. 85 y ss.
- CASTAN VAZQUEZ: *La resolución del Consejo de Europa sobre la edad de la plena capacidad jurídica*, RDP 1973, pp. 3 y ss.
- *La patria potestad como función en el nuevo Derecho de la familia*, DJ 33-36 (1982), monográfico dedicado a la reforma española del Derecho de familia, vol. I, pp. 177 y ss.
- «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1983), pp. 43 y ss.
- CASTAN TOBENAS: *Derecho civil español, común y foral*, I-II (reimpr. de la 14 ed., revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, Madrid, Reus, 1987); 5-II (9.ª ed., revisada y puesta al día por GARCIA CANTERO y CASTAN VAZQUEZ, Madrid, Reus, 1985).
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, t. II (Madrid, 1952; reed. Madrid, Civitas, 1984).
- COBACHO GOMEZ, *La deuda alimenticia* (Madrid, Montecorvo, 1990).
- DELGADO ECHEVERRIA: en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol II (Madrid, Tecnos, 1984), sub arts. 142 y ss., pp. 1.027 y siguientes.
- *Comentario a la sentencia de 5 de noviembre de 1984*, CCJC (1985), pp. 2.127 y ss.
- *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), t. I (Zaragoza, 1988), sub arts. 9 y ss., pp. 405 y siguientes.
- DE DIEGO LORA: «El menor, centro de atribución de derechos en las relaciones paternofiliales», en RIVERO *et al.*, *El derecho de visita. Teoría y praxis* (Pamplona, EUNSA, 1982), pp. 443 y s.
- DIEZ-PICAZO: *Las líneas de inspiración de la reforma del Código Civil en materia de tutela*, DJ, t. XI (enero/marzo 1984), pp. 3 y ss.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 200, pp. 178 y ss.
- DIEZ-PICAZO y GULLON: *Sistema de Derecho Civil*, I (7.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989); IV (5.ª ed., Madrid, Tecnos, 1989).
- D'ORS: *Derecho Privado Romano* (6.ª ed., Pamplona, EUNSA, 1986).
- DURAN RIVACOBA: *La capacidad en las capitulaciones matrimoniales*, ADC 1991, pp. 97 y ss.
- EGEA I FERNANDEZ: «La protecció de menors a Catalunya. Els diferents regims de protecció», en *V Jornades de Dret Catala a Tossa. Cent anys de Codi Civil des de Catalunya* (Barcelona, PPU, 1990), página 161 y ss.
- EICHLER: *System des Personenrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1989).
- ESPIN CANOVAS: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española*, (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDESA, 1984), sub art. 39, pp. 17 y ss.
- FALZEA: voz «Capacità (teoria generale)», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI (Milano, Giuffrè, 1960), pp. 8 y ss.

- FLORENSA I TOMAS: *El defensor judicial* (Madrid, Civitas, 1990).
- GALGANO: *Diritto civile e commerciale*, vol. 1.º (Padova, CEDAM, 1990).
- GALVEZ: en *Comentarios a la Constitución* (dir. GARRIDO FALLA, Madrid, Civitas, 1985), sub arts. 39, 49 y 50, pp. 757 y ss. y 837 y siguientes.
- GARCIA CANTERO: *El nuevo régimen de la tutela*, RGLJ 1984 (octubre), pp. 465 y ss.
- *Notas sobre la curatela*, RDP 1984, pp. 787 y ss.
- «Los principios de la nueva normativa de la tutela», en *Estudios sobre la tutela* (Madrid, RGLJ, 1986), pp. 85 y ss.
- *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BERDEJO), t. I (Zaragoza, 1988), sub arts. 15 y ss., pp. 495 y siguientes.
- *La reforma del acogimiento familiar y de la adopción*, adición al t. 5-II de CASTAN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. (Madrid, Reus, 1988).
- GETE-ALONSO: *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (Madrid, Civitas, 1985).
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 286, pp. 688 y ss.
- GITTER: en el *Münchener Kommentar zum BGB*, t. I (2. Aufl., München, Beck, 1984), sub §§ 1 y ss., pp. 79 y ss.; y 104 y ss., pp. 690 y ss.
- GOMEZ LAPLAZA: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 267, pp. 488 y ss.
- GORDILLO CAÑAS: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos* (Madrid, Tecnos, 1986).
- GOUBEAUX: *Les personnes*, en el «Traité de Droit civil» —dir. GHES-TIN— (París, LGDJ, 1989).
- HABIB: «La definition de l'enfant en Droit International Public», en *La protection Internationale des Droits de l'enfant* (ed. TORRELLI, París, PUF, s.d., pero 1983), pp. 65 y ss.
- DE LA HAZA DIAZ: *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código Civil Español*, RGLJ 263 (1987), pp. 959 y ss.
- HEINRICHS: *Palandt BGB* (50 Aufl., München, Beck, 1991), sub §§ 6 (pp. 10 y ss.), y 104 y ss. (pp. 71 y ss.).
- JIMENEZ ASEÑO: voces «Defensor de menores» y «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VI (Barcelona, Seix, 1985), pp. 342 y ss. y 356 y ss.
- JORDANO FRAGA: *La capacidad general del menor*, RDP 1984, pp. 883 y siguientes.
- LACRUZ BERDEJO *et al*: *Elementos de Derecho Civil*, I-2.º (2.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1990); IV-1.º (3.ª ed., Barcelona, Librería Bosch, 1989); IV-2.º (3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1989).
- LARENZ: *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerliches Recht* (6. Aufl., München, Beck, 1983).

- LETE DEL RIO: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. IV (2.ª ed., Madrid EDERSA, 1985), sub arts. 199 y ss., pp. 159 y ss.
- *Derecho de la persona* (Madrid, Tecnos, 1986).
- LUNA SERRANO y RIVERO HERNANDEZ: *La tutela del deficiente mental*, ponencia presentada al «Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia» (Madrid, Tapia, 1987).
- LLEBARIA SAMPER: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1990).
- MAJADA: *La incapacitación, la tutela y sus formularios* (Barcelona, Editorial Bosch, 1985).
- MEDICUS: *Allgemeiner Teil des BGB* (4. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 1990).
- MENEGAZZI MUNARI: «L'abassamento della "maggiore età" nelle piú recenti riforme dei paesi membri del Consiglio d'Europa», en CRISTOFARO y BELVEDERE (dir.), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società* (Milano, Giuffrè, 1980), pp. 645 y ss.
- MERINO HERNANDEZ: en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXIII, vol. 1.º (Madrid, EDERSA, 1986), sub arts. 5 y ss. Comp. Ar., pp. 69 y ss.
- MONTSERRAT VALERO: *La prodigalidad*, RGLJ 259 (1985), pp. 877 y ss.
- MORENO QUESADA: *El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho*, RDP 1985.
- «La composición de intereses en la adopción durante la vigencia del Código Civil», en ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil II* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 1.513 y ss.
- MORITZ: *Die (zivil-) rechtliche Stellung der Minderjährigen und Heranwachsenden innerhalb und außerhalb der Familie* (Berlin, Dunker & Humblot, 1989).
- NEIRINCK: *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents* (París, LGDJ, 1984).
- OSORIO SERRANO: *La prodigalidad* (Madrid, Montecorvo, 1987).
- DE PABLO CONTRERAS: en DE PABLO y MARTINEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho Civil navarro*, t. I (Pamplona, EUNSA, 1990).
- PAIS DE SOUSA y FRIAS DE OLIVEIRA: *Da incapacidade juridica dos menores, interditos e inabilitados* (Coimbra, Almedina, 1983).
- PANTALEON PRIETO: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 278, pp. 616 y ss.
- «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida», en *Homenaje al profesor Roca Juan* (Murcia, 1989), pp. 641 y ss.
- PEREZ ALVAREZ: *La nueva adopción* (Madrid, Civitas, 1989).
- PEREZ DE CASTRO: *El menor emancipado* (Madrid, Tecnos, 1988).
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ: *La declaración de prodigalidad en Derecho Español*, RGLJ 262 (1987), pp. 857 y ss.
- PESCARA: «Provedimenti di interdizione e inabilitazione e le tecniche proiettive dei maggiorenni incapaci», en el *Trattato di Diritto Privato* (dir. RESCIGNO), t. 4-III (Torino, UTET, 1982), pp. 691 y ss.

- PIZZORUSSO: «Le persone fisiche», en el *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (dir. GALGANO, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro Italiano, 1988), pp. 111 y ss.
- PUIG FERRIOL: en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II (Madrid, Tecnos, 1984), sub arts. 314 y ss., pp. 1.222 y ss.
- *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 299 bis Cc, pp. 773 y ss.
- RESCIGNO: *I minori tra famiglia e società*, RDFP 1982, p. 271 y ss.
- ROCA TRIAS: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub art. 215 Cc, pp. 219 y ss.
- RODRIGUEZ-YNNESTO VALCARCE: *La prodigalidad en el nuevo sistema civil de la capacidad de obrar de la persona* (Pamplona, Aranzadi, 1990).
- ROGEL VIDE: *La guarda de hecho* (Madrid, Tecnos, 1986).
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M.: *La tutela «ex lege», la guarda y el acogimiento de menores*, AC 1988, pp. 57 y ss. y 137 y ss.
- *Acogimiento y delegación de la patria potestad* (Granada, Comares, 1989).
- SAGARDOY BENGOCHEA: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDERSA, 1984), sub art. 50 y pp. 375 y ss.
- SALVADOR CODERCH: en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* (coord. AMOROS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Madrid, Tecnos, 1986), sub arts. 294 y ss., pp. 715 y siguientes.
- SANCHO REBULLIDA, en LA CRUZ BERDEJO *et al.*: *El nuevo régimen de la familia, III Tutela e instituciones afines* (Madrid, Civitas, 1984); y *Acogimiento y adopción* (Madrid, Civitas, 1989).
- *Tratamiento actual de las fuentes del Derecho civil navarro* (Pamplona, Universidad de Navarra, 1984).
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dir. ALBALADEJO), t. XXXVI, vol. 1.º —Fuero Nuevo de Navarra— (Madrid, EDERSA, 1990), sub leyes 50, pp. 120 y ss., y 63 y ss., pp. 248 y ss.
- SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS: en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón* (dir. LACRUZ BÉRDEJO), t. I (Zaragoza, 1988), sub arts. 4 y ss., pp. 302 y ss.
- SAURA MARTINEZ: *Incapacitación y tuición* (Madrid, Tecnos, 1986).
- SEVA DIAZ: «El niño desamparado desde el punto de vista psiquiátrico», en *El régimen jurídico de la adopción* (Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1989).
- STANZIONE: *Capacità e minore età nella problematica della persona umana* (Camerino, Jovene, 1975).
- STOLJAR: en *International Encyclopedia of comparative law*, vol. IV (*Persons and family*), Capítulo —fascículo— 7 (*Children, Parents and Guardians*, 1973).

- STOLL y WEINREICH: *Evolución del Derecho privado alemán en los años 1987-1989* (trad. SANTOS BRIZ), RDP 1991, pp. 491 y ss.
- VALLADARES RASCON: «La tutela de los menores en relación con el concepto legal de desamparo», en ASOCIACION DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, *Centenario del Código Civil II* (Madrid, CEURA, 1990), pp. 2.041 y ss.
- VIDA SORIA: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL) t. IV (Madrid, EDERSA, 1984), sub art. 49, pp. 363 y ss.
- WEIL y TERRÉ; *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités* (5.^a ed., París, Dalloz, 1983).