

AUTONOMÍA PROGRESIVA E INTERÉS DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

Progressive autonomy and interest of the minor

Dr. Vincenzo Barba

Profesor Ordinario de Derecho civil
Universidad de Roma, "La Sapienza" (Italia)
<https://orcid.org/0000-0003-0819-181X>
vincenzo.barba@uniroma1.it

Resumen:

El artículo propone una interpretación del interés superior del niño y de la autonomía progresiva a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño CDN y considerando las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, con el fin de verificar cuál es el alcance aplicativo concreto de estos principios y cuál debería ser su impacto en todos los estados miembros. Partiendo de la idea de que la CDN es una fuente de rango jerárquico superior al derecho común, se afirma que las normas de los Códigos Civiles, que no son susceptibles de interpretación conforme, deben considerarse derogadas y sustituidas por las normas y principios de la Convención. Se afirma que el ejercicio de la capacidad del menor ya no puede considerarse regulado por las normas del Código Civil en conflicto con los principios de la CDN, que deben considerarse derogadas y sustituidas por una norma que atribuya a la persona menor de edad con discernimiento la capacidad de realizar todos aquellos actos jurídicos de la vida corriente propios de su edad y conformes con los usos sociales.

Palabras claves: menor; capacidad jurídica; capacidad de obrar; ejercicio de la capacidad jurídica; autonomía progresiva; anulación del contrato; interés superior del menor; responsabilidad civil; responsabilidad parental; personas con discapacidad.

Abstract

The essay proposes an interpretation of the best interests of the child and progressive autonomy starting from the Convention on the Rights of the Child CDN and considering the General Observations of the Committee on the Rights of the Child, in order to verify what the concrete applicative scope of these

principles is and what the impact should be in all member states. Starting from the idea that the CDN is a source hierarchically superior to ordinary law, it is stated that the norms of the Civil Codes, which are not susceptible to conforming interpretation, must be considered abrogated and replaced with the norms and principles of the Convention. It is affirmed that the exercise of the minor's capacity can no longer be considered to be regulated by the rules of the Civil Code in conflict with the principles of the CDN, which must be considered abrogated and replaced with a rule that attributes to the person who is a minor with discernment the capacity to perform all those juridical acts of current life proper to his age and in conformity with social customs.

Keywords: minor; legal capacity; capacity to act; progressive autonomy; annulment of contract; best interests of the child; best possible welfare; responsibility; parental responsibility; persons with disabilities.

Sumario

1. Derecho de familia e ideologías. 2. Evolución normativa del mejor interés de la persona menor de edad. 3. La Observación General No. 3 del Comité de los derechos del niño. 4. Evaluación normativa del interés mejor de la persona menor de edad. 5. Interés mejor de la persona menor de edad y autonomía progresiva. 6. Autonomía progresiva en la toma de decisiones que, con respecto a la persona menor de edad, deben considerarse endógenas o exógenas. 7. Decisiones tomadas por la autoridad judicial o administrativa y escucha de la persona menor de edad. 8. Responsabilidad parental y autonomía progresiva de la persona menor de edad. 9. Autonomía progresiva del menor y realización de actos de autonomía negocial. 9.1. La relevancia de la capacidad de obrar y su función. 9.2. Primeros síntomas de crisis: autonomía negocial no patrimonial. 9.3. Las convenciones de la ONU y la necesaria superación del concepto de capacidad de obrar. 9.4. Derogación de las disposiciones de los códigos civiles incompatibles con la autonomía progresiva de la persona menor de edad. 9.5. Persona menor de edad y ejercicio de la capacidad jurídica para celebrar negocios jurídicos. 10. Responsabilidad de la persona menor de edad. **Referencias bibliográficas.**

1. DERECHO DE FAMILIA E IDEOLOGÍAS

Pensar en un derecho de familia que pueda responder a las necesidades contemporáneas constituye un reto cultural muy difícil, porque implica tomar decisiones culturales, ideológicas y filosóficas extraordinariamente importantes, respecto a las cuales es esencialmente imposible reunir el consenso de todos.

Juristas de ideologías diferentes, si bien pudieran estar de acuerdo unánimemente o casi unánimemente sobre uno u otro principio técnico del Derecho

de obligaciones, del Derecho de contratos o del Derecho de daños, resulta esencialmente inverosímil que puedan unirse en torno a una idea compartida de la familia. El peso del bagaje cultural de cada uno, su ideología, su propia forma de entender el Derecho y, a veces, el hecho mismo de pertenecer a una escuela, lo hacen esencialmente imposible.

No es casualidad, pues, que el Derecho de familia sea históricamente ese sector del Derecho civil en el que los cambios se producen muy lentamente, y muy a menudo cuando ya existe una convicción muy arraigada en la comunidad sobre ese cambio concreto.

De lo contrario se trata de transformaciones muy difíciles de llevar a cabo y cuya realización trae consigo inevitables y largos debates, dividiéndose siempre toda reforma entre partidarios y detractores. Y unos y otros aportan argumentos jurídicos plausibles en apoyo de sus razones, a menudo basados en principios que se afirman de naturaleza normativa inmanente al sistema.

No se recuerda en la historia contemporánea una reforma del Derecho de familia que no haya ido acompañada de polémica, así como una reforma que no haya sido ampliamente apoyada y también duramente criticada.

Un claro ejemplo de ello puede verse en Italia. La ley italiana sobre la familia y las personas,¹ que encuentra muchos partidarios, es para mí una ley casi inaceptable, y el modelo de familia singular diseñado en ella me parece una clara violación del principio de pluralidad y democracia. Por otra parte, una parte de los y las juristas italianos, a menudo de tendencia católica, que consideran que la familia conyugal heterosexual burguesa es el único modelo digno de

¹ El discurso debería ser diferente cuando se trata de Derecho de las personas. Para muchos y muchas juristas italianos e italianas, el Derecho de las personas apenas requiere cambios, afirmando incluso que la administración de apoyo haría que el Derecho italiano fuera coherente con los principios afirmados por la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. Una vez más, mi disenso es firme y convencido. Me temo, sin embargo, que en este caso no se trata de una cuestión puramente ideológica, sino precisamente de no haber estudiado nunca a fondo la Convención, o lo que es peor, de no haber entendido siquiera su sentido. Si sólo se entiende el sentido de la CDPD, es imposible pensar que el Derecho italiano se ajusta a los principios en ella enunciados. En este sentido, véase BARBA, V., "La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Cubana de Derecho*, No. 1, 2021, pp. 274-307; BARBA, V., "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rassegna di diritto civile*, 2021, pp. 419-449.

protección, no ven ninguna razón para su modificación y promueven la preservación de ese derecho.

Si, por lo tanto, el Derecho de familia se ve obligado a moverse entre ideologías y filosofías de vida, que pueden dividir a los juristas y a la propia comunidad, hay, sin embargo, un aspecto de todo Derecho de familia que ya no creo que pueda admitir ninguna voz discordante y respecto del cual la unanimidad se ha convertido en un imperativo categórico.

Me refiero a la exigencia de que el Derecho de familia, independientemente de las opciones ideológicas a partir de las cuales deba construirse, esté necesariamente informado por la realización del principio del interés superior del niño y el respeto de su autonomía progresiva; justificando hoy más que nunca la importancia de un Derecho del niño que vaya más allá y quizás incluso por encima del propio Derecho de familia.

No creo que pueda haber hoy jurista que, a nivel global, no comparta esta necesidad, aunque como veremos precisamente en el tema del interés superior del menor, muchas veces por negligencia en el estudio de las fuentes convencionales, todavía existen muchas incertidumbres y también se intenta restar importancia a esta cláusula general fundamental, aludiendo a su pretendida generalidad, lo que la haría inútil en el caso concreto, porque es capaz de plerarse a cualquier solución práctica.

El interés superior del menor y el reconocimiento de su autonomía progresiva, valores y principios que necesariamente deben ser compartidos por todos y todas los y las juristas y que no admiten ninguna forma de disenso explícito y, sobre todo, ninguna forma de disenso subrepticio, imponen un replanteamiento del propio Derecho de familia.

La persona menor de edad ya no puede ser considerada como una mera destinataria de situaciones jurídicas o de protección, sino que debe ser el centro sobre el que pivote el propio Derecho de familia.

Debemos pasar de un Derecho de familia en el que la persona el menor de 18 años era una mera destinataria de protección, a un sistema que sitúe a la persona menor de 18 años en su centro y construya sobre ella su Derecho de familia, que se convierte en el Derecho de la persona menor de edad.

Esta no es una operación fácil, porque implica un cambio radical en el Derecho, que necesariamente debe convertirse en un sistema centrado en el niño y la niña, que tiene su centro en la persona menor de 18 años.

El Derecho civil cubano no sólo ha llevado a cabo una reforma del Derecho de familia que debe considerarse pionera por las opciones adoptadas en su conjunto, hasta el punto de que, desde mi punto de vista y sobre la base de la ideología con la que me identifico, me parece un Derecho plural y democrático, fundado en opciones de autonomía y libertad, que debería ser ejemplo para muchas otras legislaciones europeas, sino que, además, ha conseguido aplicar de forma plena y concreta tanto el principio del interés superior del menor, reconocido como principio clave de todo Derecho de familia (cfr. artículo 7), como el autonomía progresiva del menor (cfr. arts. 5, 7).

En las páginas que siguen, incluso prescindiendo de las opciones explícitas del Derecho cubano, sólo intentaré mostrar cómo hoy en día no es posible concebir un Derecho de familia que se prive de estos dos principios fundamentales, pues incluso en ausencia de una opción normativa precisa, constituye una obligación para todos los Estados dar el máximo efecto a estos dos valores.

2. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL MEJOR INTERÉS DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

No puede ponerse en duda, independientemente de lo que afirme hoy cada ordenamiento jurídico, que el interés mejor de la persona menor de edad y el respeto de su autonomía progresiva son principios normativos universales.²

La base del desarrollo legislativo del interés superior del niño fue la Declaración de Ginebra de 26 de diciembre de 1924, que constituye el primer instrumento internacional que reconoce la existencia de derechos específicos de los niños y las niñas, así como la responsabilidad de los adultos para con ellos.

Aunque en la breve Declaración no se hace referencia explícita al interés superior del niño, es el primer instrumento para su afirmación y desarrollo legislativos. Además, es importante destacar que en esta Declaración, cambiando la perspectiva jurídica hasta entonces vigente, ya no se dice que “el niño tiene

² ESCOBAR GALLARDO, P. y M. V. HERNÁNDEZ CÁDIZ, *Interés superior del niño principio general del derecho*, p. 49 y ss.

derecho”, sino que se utiliza la expresión “el niño será”, demostrando la necesidad de crear un Derecho centrado en la persona menor de edad.

El siguiente instrumento normativo convencional que adquiere relevancia en la evolución del concepto de interés superior es la Declaración de Derechos Humanos de 1948, con la que se crean esencialmente las Naciones Unidas, incluso después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial.

El verdadero punto de inflexión se produjo, sin embargo, en 1959, con la aprobación por la Asamblea de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 1386 (XIV), de la Declaración de los derechos del niño (*breviter*: DDN).

La referencia al interés superior del niño se hace explícita, ya que el Principio II establece que *“el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño”*. Además, en el Principio VII se establece que *“el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres”*.

Este instrumento internacional, que, por primera vez, postula el concepto del interés superior del niño, carecía, sin embargo, de fuerza vinculante, por lo que fue necesario crear otro instrumento de carácter coercitivo.

Por esta razón nace la Convención sobre los derechos del niño (*breviter*: CDN), abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

La Convención, que es un instrumento vinculante para todos los Estados Partes y tiene una fuerza de ley mayor que la propia ley ordinaria, deja claro que el Derecho debe construirse teniendo en cuenta el mejor interés de la persona menor de edad y situándola en el centro del sistema jurídico.

La Convención afirma universalmente la centralidad del interés mejor de la persona menor de edad, que debe primar en cualquier asunto o decisión que afecte a los niños y las niñas. Por un lado, obliga a todos los Estados Partes a

adaptar rápidamente su legislación, pero, por otro, se erige en fuente jurídica que vincula inmediatamente a todos los Estados, incluso con independencia de un cambio en su legislación nacional; hasta el punto de que se puede y debe afirmar que, a nivel mundial e independientemente de las opciones normativas de cada uno de los Estados Partes e independientemente de si han transpuesto o no los principios fundamentales de la CDN, estos deben considerarse ya vinculantes para todos los Estados Partes, lo que conlleva una clara derogación de todas las leyes internas que no sólo puedan ser contrarias a dichos principios, sino también incapaces de aplicarlos plenamente.

Es posible afirmar que el principio del interés mejor de la persona menor de edad y el respeto de su autonomía progresiva son principios jurídicos universales; no meros principios éticos o morales, sino verdaderos principios normativos, postulados por fuentes jurídicas vinculantes para todos los Estados Partes.

3. LA OBSERVACIÓN GENERAL NO. 3 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Las fuertes incertidumbres sobre el concepto de interés superior del niño junto con su centralidad llevaron al Comité de los derechos del niño a dedicar una observación específica a este importante concepto.

En 2013 se publicó la Observación General No. 3, dedicada íntegramente al artículo 3.1 de la CDN, sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial.

En sus Observaciones Generales, el Comité pretende poner a disposición de todos los Estados Partes la experiencia adquirida en el examen de los informes presentados, con el fin de facilitar y promover la aplicación de la Convención, señalando a los Estados las deficiencias puestas de manifiesto en sus informes y sugiriendo posibles mejoras. Las Observaciones Generales pretenden ofrecer una interpretación de los derechos contenidos en la Convención o en los tratados, con el fin de promover su máxima aplicación y ayudar a los Estados a cumplir su obligación. Estas Observaciones, basadas en la idea de que la Convención es un documento vivo, cuya aplicación debe ser objeto de un seguimiento constante, pretenden contribuir a abordar aquellos aspectos que el Comité considera que no han recibido la debida atención, o que han sido objeto de una interpretación insuficiente.

Sobre la base de estas consideraciones, que resumen la función de las Observaciones Generales, debe descartarse que puedan ser consideradas fuentes de Derecho, al igual que debe descartarse sustancialmente que puedan ser consideradas actos de interpretación auténtica. Sin embargo, no cabe duda de que no sólo tienen valor político, sino que expresan una importante pauta interpretativa con vistas a lograr una aplicación uniforme de los convenios y tratados.³ Las Observaciones Generales son, por tanto, documentos de valor puramente interpretativo, aunque la interpretación que se propone es de especial importancia por el organismo que las emite. Como actos de valor puramente interpretativo⁴ (nunca auténtico), no pueden tener ninguna función correctora o manipuladora de la Convención o del tratado. Como actos puramente interpretativos, no son vinculantes para los Estados,⁵ y su función sólo puede ser la de explicar la Convención o el tratado, con la posibilidad de complementarlos en la medida en que ello sea posible y compatible con el acto normativo.

Las Observaciones Generales son, por ende, actos interpretativos-integrativos que deben ser tomados en la máxima consideración por el intérprete, que no puede prescindir responsablemente de ellas, con el pleno conocimiento de que la función interpretativa-integrativa nunca puede llegar a modificar o corregir el alcance o contenido de la Convención o del tratado.

³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?"; en G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L. B. Pérez Gallardo (dirs.); M. García Mayo (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, p. 90, afirma que las Observaciones generales del Comité "no vinculan a los Estados, pero son una herramienta útil para su interpretación y aplicación por proceder de órganos especialmente cualificados, de forma que los Estados deben considerarlas cuidadosamente y darles un peso relevante a la hora de aplicar la Convención".

⁴ En este sentido, MARTIN, W.; S. MICHALOWSKI, J. STAVERT, A. WARD, A. RUCK KEENE, C. CAUGHEY, A. HEMPSEY, R. MCGREGOR, *The essex autonomy project three jurisdictions report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, 2016, p. 57: "To summarise, while states that ratified a treaty and entrusted a UN Committee with certain functions regarding the interpretation and application of the treaty provisions have an obligation to engage with the UN Committee's views and interpretation in good faith and give it important weight, states are not bound by General Comments or their applications in concluding observations or individual complaints procedures and will not necessarily be in breach of their treaty obligations if they reject an interpretation adopted by a UN Committee".

⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La observación general primera...", *cit.*, p. 91: "la interpretación realizada por el Comité en la Observación General Primera no es una interpretación auténtica (realizada por el propio autor de la norma), ni una 'authoritative interpretation', entendida como una interpretación relativamente indiscutible: se trataría de una interpretación especialmente cualificada, pero en todo caso no vinculante".

Con base en ello, sería imposible y una muestra de negligencia jurídica inaceptable obviar la Observación General No. 3 del Comité de los derechos del niño, más aún si tenemos en cuenta que con ella se pretende aclarar cómo debe considerarse este difícil concepto, precisando que el objetivo es garantizar el pleno y efectivo disfrute de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico de la persona menor de edad.

En este sentido, hay dos aspectos principales que merecen la máxima atención: la consideración del interés mejor del niño como un concepto con triple valencia y la identificación de los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar el interés mejor del niño.⁶

En el primer aspecto, el Comité de derechos del niño precisa que el interés mejor del niño es un derecho subjetivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento;⁷ un derecho subjetivo del propio niño que puede ser invocado directamente por este en cualquier decisión que le afecte. Un principio jurídico a la luz del cual deben interpretarse las demás normas del or-

⁶ Según LENTI, L., "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, No. 1, 2016, pp. 87, 93, el interés superior del menor constituiría un objetivo prioritario en términos de política jurídica y un principio en general. Sin embargo, el autor se muestra muy crítico con esta segunda valencia, ya que afirma que este principio se invoca para subvertir la legalidad.

⁷ Así se lee en los puntos I.A.6 y 7 de la Observación General No. 14: "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple:

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

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

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

"7. En la presente observación general, la expresión 'el interés superior del niño' abarca las tres dimensiones arriba expuestas".

denamiento jurídico. Por último, una norma procedimental, ya que cualquier decisión que afecte a una persona menor de edad presupone la consideración previa de las repercusiones positivas o negativas de dicha decisión para el menor afectado por esta.

En otro orden de cosas, y en relación con el segundo aspecto, la CDN, para facilitar la labor de concreción del interés mejor del menor, señala una serie de factores que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar su contenido. Establece, pues, en el Punto III. 16 que: "Al dar pleno efecto al interés superior del niño, deben tenerse en cuenta los parámetros siguientes: a) El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño; b) El reconocimiento de los niños como titulares de derechos; c) La naturaleza y el alcance globales de la Convención; d) La obligación de los Estados partes de respetar, proteger y llevar a efecto todos los derechos de la Convención; e) Los efectos a corto, medio y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo".

Por último, cabe señalar que el uso de la expresión "interés mejor del niño" debe considerarse preferible a la expresión más comúnmente utilizada "interés superior del niño", ya que esta última podría ser presagio de un malentendido, capaz de generar una aplicación incoherente de la cláusula general.⁸

La CDN establece que el interés mejor del menor debe ser una consideración primordial. Esto no significa que la existencia del interés superior de la persona menor deba prevalecer necesariamente sobre todos los demás intereses que puedan estar en juego en el caso concreto, sino sólo que debe tener la máxima prioridad.⁹

Afirmar que *a priori* el interés del menor está por encima de todos los intereses que puedan estar implicados y que *a priori* todos los demás intereses

⁸ LENTI, L., "Note critiche...", *cit.*, p. 87 y ss.

⁹ Por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Ibérica Americana*, No. 13, agosto 2020, p. 24 y ss., "otra cuestión particularmente controvertida afecta al significado exacto que haya de darse a la primary consideration que el interés del menor ha de tener, según la terminología original del artículo 3.1 de la Convención. Comenzaré por decir que en la versión original primary consideration no significa que el interés del menor sea superior a otros, ni que sea estrictamente preferente a los demás, ni mucho menos que haya de ser tomado en consideración de modo exclusivo y excluyente cuando se produzca un choque con otro tipo de intereses, como equivocadamente parecen dar a entender los ya antecitados artículos 2.1 y 2.4 LOPJM". En el mismo sentido, LENTI, L., "Note critiche...", *cit.*, p. 104 y ss.

deben necesariamente sucumbir es incorrecto. La naturaleza de una cláusula general no sólo excluye la posibilidad de una definición precisa de su contenido, sino también que en la ponderación, todos los demás intereses deban necesariamente sucumbir. Por el contrario, lo que es necesario es siempre una ponderación adecuada,¹⁰ en cuya realización debe garantizarse siempre que el interés superior de la persona menor de edad tenga la máxima prioridad. Esto no significa que tenga prioridad absoluta, ya que debe valorarse en función de cada caso concreto.

4. EVALUACIÓN NORMATIVA DEL INTERÉS MEJOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

Con plena conciencia de que el interés mejor del niño es, al mismo tiempo, un derecho subjetivo, un principio general de interpretación y una norma procesal, es necesario verificar cómo se traduce este concepto en los ordenamientos jurídicos.

En sacrificio de matices y con plena cognición de que tal distinción tiene una relevancia puramente descriptiva, es posible afirmar que existen dos técnicas legislativas diferentes para incorporar el concepto de interés superior del menor a nivel normativo.

La primera, típica de los sistemas de *common law*, consiste en prever una lista de situaciones que deben ser tenidas en cuenta por la autoridad judicial al tomar una decisión relativa a un menor de edad;¹¹ la segunda, típica de los sistemas de *civil law* y de la CDN, consiste en prever una verdadera cláusula general.¹²

¹⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve...?" *cit.*, p. 25 y ss.: "en caso de colisión o conflicto de intereses lo primero que ha de procurarse es el compromiso entre todos ellos, compromiso adecuado al caso concreto; en el supuesto de que dicho compromiso no sea posible, el interés del menor tiene la máxima prioridad y no puede ser meramente una de tantas cosas a tener en cuenta, por lo tanto, es evidente que el interés del menor ni es el único que ha de ser tenido en cuenta ni su consideración ha de ser, necesariamente, superior a la de otros intereses dignos de protección que también pueden tener la máxima prioridad y que incluso pueden ser los de otro menor".

¹¹ ESCOBAR GALLARDO, P. y M. V. HERNÁNDEZ CÁDIZ, *Interés superior del niño...*, *cit.*, p. 75 y ss.

¹² *Ibidem*, p. 61 y ss.

Según la primera técnica, que querría ofrecer una respuesta a la crítica de indeterminación que se plantea con respecto a la segunda,¹³ se contemplan una serie de elementos que deben ser tenidos en consideración por el intérprete a la hora de tomar una decisión relativa a una persona menor de edad. Paradigmática en este sentido es la *Children Act* de 1989, que contempla siete factores, sin jerarquía *a priori*, que deben servir de guía en la determinación concreta del interés mejor del menor.¹⁴

La segunda técnica legislativa, la más extendida, consiste en considerar el interés superior del niño una verdadera cláusula general.¹⁵

Para comprender adecuadamente el concepto de interés mejor del menor como cláusula general es fundamental, desde mi punto de vista, hay que distinguir tres dimensiones distintas, aunque interrelacionadas: el interés superior del menor como mecanismo, es decir, como cláusula general; el interés superior del menor en su dimensión funcional, o sea, como elemento que debe asumir una consideración primordial en la aprobación de cualquier ley o en la toma de cualquier decisión; y, por último, el contenido del interés superior del menor, esto es, cómo debe concretarse este concepto.

Ni que decir que esta técnica legislativa plantea el problema principalmente en relación con la tercera dimensión, ya que la primera y la segunda, al resolverse en cuestiones relativas a técnicas de control del ordenamiento jurídico, plantean menos problemas de interpretación, aunque siempre es imprescindible distinguir una de otra, para evitar la confusión que a menudo sufren los intérpretes.¹⁶

¹³ Esta crítica impregna la obra de BILOTTI, E., "Diritti e interesse del minore", en R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, p. 37 y ss.

¹⁴ En el artículo 1, titulado "Welfare of the child", en el párrafo 3, se lee: "*In the circumstances mentioned in subsection (4), a court shall have regard in particular to:*
(a) *the ascertainable wishes and feelings of the child concerned (considered in the light of his age and understanding);*
(b) *his physical, emotional and educational needs;*
(c) *the likely effect on him of any change in his circumstances;*
(d) *his age, sex, background and any characteristics of his which the court considers relevant;*
(e) *any harm which he has suffered or is at risk of suffering;*
(f) *how capable each of his parents, and any other person in relation to whom the court considers the question to be relevant, is of meeting his needs;*
(g) *the range of powers available to the court under this Act in the proceedings in question.*"

¹⁵ Por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve...?", *cit.*, p. 44.

¹⁶ En este análisis es particularmente clara y extraordinariamente eficaz, si bien con referencia al

Como mecanismo puro, es decir, como cláusula general,¹⁷ se resuelve en las normas y/o en el principio que encauza el funcionamiento del interés mejor del menor. Con la peculiaridad, de gran importancia sistemática, de que la incorporación de la cláusula general, no sólo en las normas de detalle, sino también en la regla de principio (véase el artículo 3.1 de la CDN), la hace vinculante en todos los casos que afecten a personas menores de edad, con independencia de la existencia de normas específicas.

En su dimensión funcional, el interés superior del menor constituye una limitación o freno a la adopción de cualquier ley, medida o decisión contraria a este concepto. Constituye, por tanto, desde el punto de vista funcional, un límite tanto al poder legislativo de los Estados como a los poderes de las autoridades judiciales y administrativas y, por último, a la autonomía privada. Además, es posible afirmar que la dimensión funcional no sólo tiene tal carácter limitativo,

orden público internacional, la obra de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La relatividad esférica del orden público internacional. una descripción básica", en María Paz García Rubio; Josep Joan Moreso (dirs.), Ignacio Varela Castro (coord.), *Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta: orden público, buena fe, pautas de conducta y diligencia*, pp. 21-59.

¹⁷ La expresión *cláusula general* evoca una verdadera técnica de regulación, por la que el legislador pone dentro de una norma jurídica –de ahí la circunstancia de que sólo sea un fragmento de una norma y nunca una norma completa en sí misma (MENGONI, L., "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1986, p. 10 y ss.)–, un criterio elástico de valoración, que remite a una pluralidad de otras valoraciones; más sencillamente, palabras o expresiones de valor semántico intencionalmente indeterminado (por ejemplo, buena fe, orden público, utilidad social, dignidad humana, daño injusto), que introducen elementos de elasticidad aplicativa de la norma. La cláusula general se diferencia del principio no sólo porque este último es una regla completa, que expresa la máxima realización de un valor, mientras que el primero es sólo un fragmento de la norma jurídica, es decir, una expresión de valor semántico indeterminado incluida en una regla o principio, sino también porque en el principio, el parámetro de valoración de la conducta es siempre cierto, siendo sólo incierto su grado de satisfacción (es decir, con qué intensidad y en qué solución se realizará en los supuestos concretos); mientras que en la cláusula general el propio parámetro de valoración de la conducta es incierto, debido a la necesaria vaguedad de su contenido. La cláusula general puede ser un fragmento tanto de una norma como de un principio, sin identificarse ni con uno ni con otro. En este sentido, el interés mejor de la persona menor de edad es la manifestación más clara de esta afirmación. CHIASSONI, P., "Le clause generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica", *Giur. it.*, 2011, p. 1694, distingue entre locuciones (frases valorativas que los juristas califican de c.g.), disposiciones (enunciados de las fuentes del Derecho que contienen una o varias locuciones c.g.), normas explícitas (enunciados normativos que son el resultado de la interpretación de disposiciones c.g.) y normas implícitas (enunciados normativos que contienen locuciones c.g. y que son el producto de actividades de integración del Derecho). Por lo tanto, propone definir las cláusulas generales como "espressioni valutative, disposizioni, norme, che gli operatori del diritto, sulla base di ideologie, qualificano come tali [...] e interpretano vuoi come facenti rinvio a parametri di giudizio interni al diritto, vuoi come facenti rinvio a parametri di giudizio esterni al diritto, vuoi come esprimenti il conferimento al giudice di poteri decisionali di tipo arbitrale".

sino también un rasgo positivo, al estar encaminada a lograr una coordinación de todos los ordenamientos jurídicos.

Finalmente queda la última cuestión, la inherente a su contenido, que constituye el asunto más controvertido y, al mismo tiempo, la espada de Damocles del concepto, ya que su supuesta vaguedad es considerada por muchos como el límite más fuerte a su utilidad concreta.

La Observación General No. 14 del Comité de los derechos del niño, con el fin de facilitar a los intérpretes la labor de concreción del interés superior del niño y con el propósito de vencer las muchas resistencias que se manifiestan al respecto, aun siendo consciente de que la técnica utilizada por la CDN es la de la cláusula general, ha ofrecido, tomando prestado de la otra técnica legislativa, una lista de situaciones a considerar a la hora de determinar el contenido del interés mejor de la persona menor de edad. No se trata ni de una lista exhaustiva ni de una lista jerárquicamente ordenada de situaciones, sino más bien de una serie de elementos cuya valoración conjunta permite identificar cuál debe ser el interés mejor del menor en el caso concreto.

En la determinación del interés superior del menor deben tenerse en cuenta su opinión, su identidad, la necesidad de preservar el entorno familiar y mantener las relaciones existentes, su cuidado, protección y seguridad, su vulnerabilidad, el derecho a la salud y el derecho a la educación. Todos estos elementos deben ser ponderados entre sí, en el entendido de que si surgiera un conflicto entre algunos de ellos, este debe resolverse considerando que la función del interés mejor del niño es garantizar el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la CDN, así como su desarrollo holístico.¹⁸

El contenido del interés mejor de la persona menor de edad no puede, efectivamente, determinarse arbitrariamente, porque depende de las mismas opciones normativas que lo fundamentan.¹⁹ La concreción del significado no

¹⁸ En la Observación General No. 14 se lee en los puntos 81 y 82: *“Los elementos de la evaluación del interés superior pueden entrar en conflicto cuando se estudia un caso concreto y sus circunstancias. Por ejemplo, la preservación del entorno familiar puede chocar con la necesidad de proteger al niño contra el riesgo de violencia o malos tratos por parte de los padres. En esas situaciones, se tendrán que ponderar los elementos entre sí para determinar la solución que atienda mejor al interés superior del niño o los niños. Al ponderar los diferentes elementos, hay que tener en cuenta que el propósito de la evaluación y la determinación del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño.”*

¹⁹ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *Eidon*, No. 41, junio 2014, p. 34: “salta a

debe producirse introduciendo en la norma –según el enfoque que resuelve la función de las cláusulas generales en la transposición, transformación y delegación– reglas y principios procedentes de otros sistemas distintos del ordenamiento jurídico, sino que debe proceder exclusivamente del propio ordenamiento jurídico,²⁰ que no sólo constituye la única garantía de pluralismo y democracia, sino que, también, confiere significado normativo a las cláusulas generales.

Así se desprende de las propias palabras del Comité de los derechos del niño, que si bien aclara que el interés superior del niño es un concepto complejo que debe determinarse caso por caso, precisa que “el legislador, el juez o la autoridad administrativa, social o educativa podrá aclarar ese concepto y ponerlo en práctica de manera concreta mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, teniendo presentes las demás disposiciones de la Convención”.

El interés mejor del menor no debe, por tanto, considerarse una fórmula mágica capaz de permitir a la autoridad legislativa, administrativa o judicial y a la autonomía privada, adoptar o justificar cualquier decisión, que el intérprete considere preferible según su propia ideología o convicciones personales, sino un concepto normativo que obliga a seleccionar entre las decisiones posibles, aquella que permita la plena realización de la personalidad de la persona menor de edad, en consideración también a su madurez y que permita la máxima realización de los derechos reconocidos, en su conjunto, por la CDN. En el supuesto de que, aunque sea lógicamente difícil de imaginar, no exista una alternativa de decisiones posibles, sino una única decisión, el interés mejor del menor puede, en ese caso excepcional, impedir que se adopte esa decisión, obligando a sus autores a identificar otra distinta, que permita la plena realiza-

la vista el hecho de que se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya interpretación, inevitablemente, provocará problemas y conllevará un cierto grado de inseguridad jurídica. En cualquier caso, no hay más remedio que proceder caso a caso, teniendo siempre en cuenta que se trata del ‘interés preferente de atención en caso de conflicto’, cuyo componente axiológico viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad contemplado en el artículo 10 de la Constitución Española [STS 5 febrero 2013 (RJ 2013, 928)]. Así pues, el respeto a los derechos fundamentales del menor de forma prioritaria respecto a cualquier otro derecho o interés concurrente (STS de 11 abril 2011), así como la preservación del bienestar espiritual y material del menor, son los elementos clave que hay que tomar en consideración a la hora de determinar el concepto de ‘interés superior del menor’.

²⁰ En esta perspectiva, la investigación aguda de BARCELLONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, p. 25 y ss.

ción de la personalidad de la persona menor de edad y de los derechos que le reconoce la CDN.

No es posible entender qué es el interés mejor del niño, en términos concretos, si no se consideran todos los derechos que le son reconocidos en la CDN y, en consecuencia, el derecho a la vida y al pleno desarrollo como persona; a no ser discriminado; a poder expresar libremente sus opiniones, las cuales deben ser tomadas en debida consideración; a preservar su identidad; a crecer en un contexto familiar que pueda favorecer su pleno desarrollo.

A la luz de esta reflexión, se comprende cómo el interés superior del menor, aunque por su naturaleza no pueda ser definido con precisión en sus contornos, no es un concepto vacío o que pueda ser llenado con cualquier contenido, sino un concepto normativo con un contenido determinado en relación con el complejo de derechos que la CDN reconoce a la persona menor de edad, para garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan la máxima realización del bienestar del menor, en consideración también a sus deseos y opiniones, que debe expresar libremente. Además, no existe un interés superior del menor universalmente válido para todas las personas menores de edad, sino que es necesario identificar en cada situación concreta y para cada persona menor de edad, cuál es el interés mejor en esa situación concreta.

Partiendo de esta base y al haber aclarado el contenido del interés mejor de la persona menor de edad, es evidente cuáles pueden ser sus aplicaciones concretas.

Como derecho subjetivo existe la correlativa obligación, por parte de quien deba adoptar una decisión que afecte a una concreta persona menor de edad o a un grupo de personas menores de edad, de atender primordialmente al interés mejor del menor, de modo que de entre las posibles decisiones se elija la que mejor sirva al interés superior del menor o, en el caso de que la única decisión posible no admita otra alternativa, no se adopte.

Como principio jurídico, establecido, además, por una norma que asume si no un rango constitucional, al menos un rango ciertamente superior a cualquier ley ordinaria, exige, en la interpretación de todas las normas relativas a las personas menores de edad, elegir la que sea más coherente con el interés mejor del menor, llegando incluso a posibilitar la inaplicación de una disposición

normativa que sea susceptible de una única interpretación contraria o incoherente con la realización del interés mejor del menor.

Como norma procedimental –esto es, como cláusula general– exige, siempre que sea necesario adoptar una decisión que afecte a una persona menor de edad, que en el proceso de adopción de la decisión se evalúen las posibles repercusiones de esta respecto de la persona menor de edad. Esto guarda necesariamente una estrecha relación con el derecho de la persona menor de edad a ser oída en todos los procedimientos que le afecten y a que su opinión libremente expresada sea debidamente tenida en cuenta.²¹

Si sólo se intenta releer muchas de las resoluciones judiciales nacionales y europeas en las que se utiliza el interés superior del menor, es fácil identificar aquellas en las que la cláusula general se ha utilizado correctamente y aquellas en las que ha servido para otros fines, que no se pueden compartir.²²

Resulta imprescindible comprender el valor normativo del interés mejor de la persona menor de edad y a partir de ello, en relación con su triple dimensión, proponer una aplicación coherente de este al ordenamiento jurídico; en el entendido de que, tanto cuando opera como derecho subjetivo, cuando como principio jurídico y cuando como norma procesal, impone elegir entre las alternativas posibles y plausibles aquella que mejor realice el interés superior de la persona menor de edad y, por ende, aquella que garantice el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la CDN, así como el desarrollo integral de la persona menor de edad.

²¹ GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve...?”, *cit.*, p. 24.

²² Por todos, GARCÍA RUBIO, M. P., “¿Qué es y para qué sirve...?”, *cit.*, pp. 35-43, que clasifica determinados casos jurisprudenciales, en relación con el uso que hacen de la cláusula general del interés del menor, del modo siguiente: a) no sirve para nada o sirve para muy poco; b) sirve para aplicar correctamente la norma; c) sirve para integrar lagunas normativas; d) sirve para modificar la norma escrita; e) sirve para no entrar en el fondo en el recurso de casación. La autora concluye en la p. 44: “Tengo para mí que cabría alargar el número de funciones que en la práctica está cumpliendo el interés del menor. Algunas muy claras y legítimas; otras no tanto. Pero me parece que las señaladas y los ejemplos incluidos nos ponen claramente de manifiesto que el mantra del ‘interés del menor’ se viene utilizando ‘a la carta’, con una utilidad que va desde el todo (derrotar una ley) hasta la nada (cuando se omite su consideración en el caso, incluso aunque se mencione). Lo que debería venir a continuación es otra pregunta: ¿Para qué debería servir el interés del menor? Pero esa es otra historia que ha de ser contada en otro trabajo”.

Sólo por proponer un ejemplo concreto, que extraigo de una reciente sentencia de la Corte de casación italiana,²³ con la que coincido plenamente, a la hora de decidir si una persona menor de edad debe o no tener un régimen de comunicación con sus abuelos o tíos o familiares, no se puede pensar *a priori* que la respuesta deba ser siempre positiva, sino que es necesario valorar en concreto esa relación afectiva y comprobar si puede favorecer el desarrollo sano y equilibrado de la personalidad del menor; al ser, por ejemplo, completamente insuficiente el mero y simple deseo del abuelo de mantener la relación o, peor aún, la mera constatación de que pasar tiempo con los abuelos o el tío no causa un perjuicio real a la persona menor de edad. Por tanto, no basta con hacer una valoración en términos puramente negativos, es decir, que no resulte perjudicial para la persona menor de edad, sino que se requiere una valoración en términos positivos, ya que es imprescindible que dicha relación favorezca su desarrollo, con la aclaración adicional de que no se puede imponer una relación a pesar de la voluntad o deseo libremente expresado por la persona menor de edad.

Otro caso extremadamente difícil, y que ha generado una gran controversia tanto a nivel nacional como europeo, es el relativo a la educación religiosa de una persona menor de edad, especialmente tras la separación de los padres y en los casos en los que estos tienen opiniones divergentes sobre la asistencia a las horas lectivas religiosas o la asistencia a ceremonias religiosas o a ambientes religiosos. El problema que plantean estos casos radica en que existe un conflicto entre los progenitores, que tienen opiniones diferentes y que desearían que su hija o hijo tomara decisiones coherentes con su propia filosofía de vida. Cualquier intento de ofrecer una respuesta imaginando que debe preferirse la propuesta de uno u otro de los dos progenitores, incluso en consideración al progenitor con el que vive la hija o el hijo, sería inadecuado, porque no se trata de dar prevalencia a una u otra decisión, sino de identificar la solución que mejor responda al interés de la persona menor de edad. En este sentido se hace imprescindible escuchar a la persona menor de edad, aunque sea menor de doce años, y adoptar una decisión que sea coherente con lo que más pueda satisfacerle.

He planteado dos casos paradigmáticos, sólo para mostrar que el interés mejor de la persona menor de edad no puede permitir decisiones apriorísticas, ni siquiera arbitrarias, exigiendo que se elija aquella que garantice, en el caso

²³ Cass., civ., Sez. I, 31 gennaio 2023, No. 2881, en *Leggi d'Italia*.

concreto, el goce pleno y efectivo de los derechos reconocidos por la CDN, así como el desarrollo integral de la persona menor de edad.

5. INTERÉS MEJOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD Y AUTONOMÍA PROGRESIVA

El interés mejor de la persona menor de edad está fuertemente vinculado al principio de respeto a la autonomía progresiva, que se consagra sustancialmente en el artículo 12 de la CDN, según el cual: *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”*.

La relación entre estos dos principios es difícil, ya que la autonomía progresiva del menor es, al mismo tiempo, una herramienta de valoración del interés superior del menor, pero también un instrumento potencialmente destinado a entrar en conflicto con el primero, por lo que podría decirse que existe, al mismo tiempo, una relación de compatibilidad y de antítesis.

Surge una relación de complementariedad, porque para identificar lo que es el interés mejor de la persona menor de edad es necesario considerar su opinión libremente expresada, que debe ser debidamente tenida en cuenta, considerando además que la audiencia de la persona menor de edad es necesaria en todos los asuntos que le conciernen. Es decir, siempre que sea posible, hay que atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona menor de edad.

Sin embargo, también se produce una relación de potencial antinomia en todas aquellas circunstancias en las que no puede decirse que el interés mejor de la persona menor de edad coincida perfectamente con sus deseos, anhelos y preferencias, por lo que puede existir un conflicto entre su llamado interés preferido y su llamado interés superior.

Por poner sólo un ejemplo, considérese el caso de una persona menor de edad que no desea someterse a un tratamiento, sin el cual podría morir, o el caso de una persona menor de edad que desea someterse a un tratamiento médico de alto riesgo para su vida.²⁴

²⁴ Los ejemplos en los que existen normas prohibitivas o permisivas específicas son menos eficaces. En el primer sentido se puede pensar en normas que prohíben la venta de bebidas

El contraste es sólo potencial,²⁵ pues a diferencia de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (*breviter*: CDPD), que establece que la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona con discapacidad deben tenerse siempre en cuenta, aunque no respondan a su interés superior, en la CDN el principio clave es la realización del interés mejor de la persona menor de edad, de modo que, aunque teniendo debidamente en cuenta sus deseos, voluntades y preferencias, siempre debe tomarse una decisión que responda a su interés mejor, si bien se desvíe de su interés preferido. Mientras que en la CDPD el principio rector es el del interés preferido de la persona con discapacidad, en la CDN el principio rector es el del interés mejor de la persona menor de edad.

Ello explica la posibilidad de que existan supuestos en los que, aunque la persona menor de edad manifieste una determinada voluntad, determinados deseos o ciertas preferencias, que no por ello deben dejar de ser debidamente tenidos en cuenta, es posible que deba adoptarse una decisión distinta que responda a su interés mejor, atendiendo al pleno y efectivo disfrute de los derechos reconocidos por la CDN y al desarrollo de su personalidad.

alcohólicas a menores de edad o que impiden la venta de revistas o material con contenido pornográfico, o en normas que imponen la escolarización obligatoria hasta cierta edad. En el segundo sentido cabe pensar en normas que permiten a una persona menor de edad decidir si se embarca en un proceso para el cambio de sexo o la posibilidad de contraer matrimonio. En todos los casos en los que existe una norma específica que prohíbe o impone una determinada conducta u obliga a la persona menor de edad a realizar o no una determinada elección, es evidente que el problema del interés mejor del menor se plantea en términos muy diferentes al caso en el que no existe una norma específica. En estos casos, el problema del interés mejor del menor se plantea, principalmente, en una perspectiva más abstracta, ya que es necesario verificar, en términos más generales, la conformidad de la norma específica, permisiva o prohibitiva, con el interés mejor de la persona menor de edad y elegir la interpretación de dicha norma más coherente con el principio. Si la persona menor de edad manifiesta su voluntad de no ir al colegio, pero existe una norma que impone la escolarización obligatoria hasta una determinada edad, es evidente que sucumbe el interés preferido, *máxime* cuando debe considerarse que la norma que impone la escolarización obligatoria garantiza el pleno y efectivo disfrute de los derechos reconocidos por la CDN, entre los que se encuentra la educación, así como el desarrollo de la persona menor de edad. Cuestión distinta es la del tipo de escolarización respecto de la cual no cabe duda de que es indispensable apoyar la inclinación y la voluntad de la persona menor de edad.

²⁵ Muy útil a este respecto es la Observación General No. 12 del Comité de los derechos del niño, que en su punto 74 afirma: *“No existe tensión entre los artículos 3 y 12, sino solamente complementariedad entre los dos principios generales: uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o a los niños. En realidad, no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”*.

Además, es importante considerar que la relación entre el interés mejor de la persona y el interés preferido no es una relación que pueda y deba considerarse siempre la misma, porque está inevitablemente destinada a cambiar con el tiempo y a medida que el niño o la niña crece y asume una capacidad cada vez mayor para tomar decisiones.

La característica más significativa de la autonomía progresiva, en contraste con el concepto tradicional de capacidad de obrar, reside en la idea de que el camino de maduración no es un proceso lineal igual para todos los niños y las niñas, que termina en un momento preciso, sino un camino que depende de las circunstancias individuales concretas, del contexto económico social y cultural y de las aptitudes específicas de cada persona. La edad, por sí sola, no puede determinar la trascendencia de la opinión de la persona menor de edad, que depende de su madurez concreta, es decir, de su capacidad para comprender y valorar las consecuencias de un determinado asunto y para expresar su opinión de manera razonable e independiente.

La autonomía progresiva implica, pues, una valoración del caso concreto, de forma que la idoneidad de una persona menor de edad para tomar decisiones sobre el ejercicio de sus derechos requiere tanto una valoración de las características de la persona, atendiendo a su edad, madurez, entorno social y cultural, como una valoración específica de la decisión concreta, teniendo en cuenta el tipo de ejercicio de derechos que impone, los riesgos y sus consecuencias, también a largo plazo, así como los beneficios.

A la luz de ello, es posible componer la relación entre el interés mejor de la persona menor de edad y la autonomía progresiva, señalando que se trata de principios que, como tales, no pueden entrar en conflicto, pero respecto de los cuales sólo es posible una concurrencia, que exige, por tanto, su ponderación para determinar la relación de compatibilidad entre ellos.

En todas las circunstancias que afecten a una persona menor de edad, siempre es necesario, cuando sea posible, escuchar al niño o a la niña y tener debidamente en cuenta sus deseos, anhelos y preferencias para tomar una decisión. El hecho de que la persona menor de edad deba ser siempre oída no significa que la decisión deba ser siempre en su interés superior, ya que el principio rector es el del interés mejor de la persona menor de edad. No obstante, debe advertirse que a medida que la persona menor de edad madura, la relación entre el interés preferido y el interés mejor está inevitablemente abocada a cambiar, porque mientras la persona alcanza la plena madurez, es evidente que el interés preferido y el interés mejor tienden inevitablemente a aproximarse, hasta

el punto de que una vez que la persona menor de edad ha dejado de serlo, sólo debe aplicarse necesariamente el criterio del interés preferido.

Además, como señala el Comité de los derechos del niño en su Observación General No. 12, dedicada al derecho a ser oído, la afirmación del principio de autonomía progresiva exige que todos los Estados o, más exactamente, todos los ordenamientos jurídicos, no presuman la incapacidad de los menores de edad, sino, por el contrario, su capacidad para formarse sus propias opiniones, garantizando el derecho a expresarlas.

La revolución copernicana de la CDN, en la medida en que garantiza el principio de autonomía progresiva de la persona menor de edad, reside en la inversión radical de la presunción de capacidad: no se presume que el menor de edad sea incapaz de ejercer sus derechos, sino que es capaz de formarse su propia opinión y de tomar sus propias decisiones.

6. AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LA TOMA DE DECISIONES QUE, ON RESPECTO A LA PERSONA MENOR DE EDAD, DEBEN CONSIDERARSE ENDÓGENAS O EXÓGENAS

La autonomía progresiva exige, siempre que sea posible, que la persona menor de edad pueda expresar libremente su voluntad, sus deseos y sus preferencias.

Esto se aplica tanto en los supuestos en que la persona menor de edad tiene que tomar una decisión que afecta a su propia esfera jurídica, como en los supuestos en que otra persona tiene que tomar una decisión que afecta a la esfera jurídica de la persona menor de edad.

La autonomía progresiva interfiere, por ende, a mi juicio, en dos aspectos jurídicos que deben mantenerse diferenciados y que podríamos considerar, en relación con la decisión adoptada, son endógenos y exógenos respecto de la persona menor de edad.

Por un lado, se establece una relación que podemos definir como endógena y que se refiere a la relación entre la autonomía progresiva y la capacidad de la persona para tomar una decisión que concierne a su propia esfera jurídica.

En referencia a este primer aspecto, por un lado, se plantea la cuestión de la validez de los actos jurídicos realizados por una persona menor de edad y, por tanto, cómo debe resolverse la relación entre la autonomía progresiva y la

capacidad de ejercicio de los derechos, más tradicionalmente conocida como capacidad de obrar. Por otro lado se plantea la cuestión de la imputabilidad del acto jurídico realizado por el menor de edad y, por consiguiente, el problema de su posible responsabilidad.

Desde otra perspectiva, existe una relación que podemos denominar exógena, que se refiere a la relación entre la autonomía progresiva de la persona menor de edad y el poder de decisión del tercero, es decir, los supuestos en los que otras personas distintas deben adoptar una decisión que afecta a la esfera jurídica de la persona menor de edad.

En relación con este segundo aspecto, se plantean dos cuestiones diferentes:

Por un lado, está el tema de las decisiones que debe adoptar una autoridad judicial o una autoridad administrativa, respecto de las cuales, también en consideración a la ausencia de relación personal entre la persona menor de edad y la autoridad, se plantea el problema de cómo debe llevarse a cabo la escucha de la persona menor de edad, para que su opinión se tenga en debida cuenta.

Por otro lado, se plantea el problema del ejercicio de la responsabilidad parental y, por ende, cómo deben coordinarse estas normas con la progresiva autonomía de la persona menor de edad y, por tanto, cómo debe reescribirse la relación paterno y materno-filial.

En todas las cuestiones, como he tratado de dejar claro, el principio de autonomía progresiva debe equilibrarse siempre con el principio del interés mejor de la persona menor de edad.

En las páginas que siguen, aunque sólo a grandes rasgos, intentaré esbozar estos temas, a sabiendas de que cada uno de ellos exige un estudio monográfico específico en profundidad y de que estas pocas páginas sirven solamente para sistematizar las cuestiones y plantear los problemas.

7. DECISIONES TOMADAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA Y ESCUCHA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

La CDN exige categóricamente a todos los Estados Partes que concedan a la persona menor de edad el derecho a ser oída en todos los procedimientos judiciales o administrativos que le conciernan, para que sus deseos sean debidamente tenidos en cuenta a la hora de tomar la decisión.

No es necesario insistir en la relación entre el interés preferido y el interés mejor de la persona menor de edad, puesto que ya he intentado aclarar, a nivel general, la relación que debe establecerse entre uno y otro. Y esto también sirve para explicar lo que significa que todos los Estados Partes deben “garantizar” que la voluntad, la opinión y los deseos de la persona menor se tengan debidamente en cuenta.

La referencia a cualquier decisión adoptada por una autoridad judicial o administrativa se extiende a todos los procedimientos en los que esté en juego el interés del menor, con la consecuencia de que esta norma también se aplica en los casos en que la intervención tiene carácter autorizador, porque la ley exige una autorización para que se pueda llevar a cabo un negocio jurídico.

En términos más generales, y en relación con la cuestión que aquí se esboza específicamente, se plantean dos cuestiones claves: en qué condiciones debe ser oída una persona menor de edad y cómo debe hacerse en los procedimientos que le conciernen.

En cuanto a la primera cuestión, la CDN no pone ningún límite de edad al derecho de la persona a expresar su opinión y prefiere remitirse a una apreciación concreta, afirmando que este derecho debe garantizarse a la persona menor de edad que está en condiciones de formarse su propio juicio y de expresar libremente su opinión. Por lo tanto, la CDN no elige, como ha enseñado históricamente la tradición jurídica, un límite de edad preciso, sino que se remite a una determinación concreta en la que sólo debe valorarse la idoneidad de la persona menor de edad para expresar libremente su opinión, precisando, a continuación, que esa opinión debe tenerse debidamente en cuenta. Eso es, el derecho a expresar la propia opinión es totalmente independiente de la edad y se basa exclusivamente en la idoneidad de la persona para expresar su opinión, teniendo en cuenta la decisión concreta que debe tomarse. Por otra parte, la edad y la madurez deben valorarse a la hora de tomar la decisión y para determinar qué peso concreto debe tener.

En el mismo sentido, el Comité de los derechos del niño, en su Observación General No. 12, desaconseja *“a los Estados Partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan”*, señalando que existen estudios que demuestran que la persona menor de edad es capaz de formarse opiniones desde una edad muy temprana, aun cuando todavía no sea capaz de expresarlas verbalmente.

La existencia de esta norma precisa, por un lado obliga a los Estados a no introducir un límite de edad, prefiriendo una norma abierta que obliga a oír a la persona menor de edad siempre que, en relación al caso concreto, sea capaz de expresar libremente su opinión; por otro lado permite derogar las normas de aquellos Estados que establecen una edad mínima para escuchar a una persona menor de edad y, por consiguiente, permite oír incluso a una persona menor de la edad establecida por una disposición normativa precisa.²⁶

Hecha esta aclaración, es necesario identificar las modalidades mediante las cuales debe llevarse a cabo la audiencia y, por tanto, las precauciones que deben adoptarse. En este sentido, de la interpretación del artículo 12 de la CDN es posible derivar, como sugiere el Comité de los derechos del niño, cinco medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a escuchar a la persona menor de edad: preparación, audiencia, evaluación de la capacidad; información sobre la consideración dada a sus opiniones; quejas y recursos.

Incluso antes de proceder a la audiencia, la preparación requiere que la persona menor de edad sea adecuadamente informada de su derecho y no obligación de ser escuchada, de la forma en que se desarrollará la audiencia y, por ende, de dónde, cómo, cuándo y en presencia de quién tendrá lugar, de que su opinión será tenida en la máxima consideración y, por tanto, de cómo puede influir en la decisión final. Además, será fundamental informar a la persona menor de edad de que puede expresar su opinión directamente o a través de un representante, explicándole la diferencia entre ambos supuestos y sus posibles consecuencias, y cuidando de considerar también su opinión con respecto a este perfil procesal.

La escucha debe realizarse de forma que la persona menor de edad se sienta cómoda y el contexto debe inspirarle confianza. La persona menor de edad debe tener la seguridad de que la persona adulta no sólo está dispuesta a escuchar, sino también de que tendrá muy en cuenta las opiniones expresadas. La escucha no debe adoptar la forma de un interrogatorio, sino de una entrevista, y debe tener lugar preferiblemente en condiciones de confidencialidad y

²⁶ Comparto una reciente sentencia de la Casación Italiana (Cass., civ., Sez. I, 7 marzo 2023, No. 6802, en *Leggi d'Italia*), según la cual: *"Il limite individuato dalla legge di dodici anni è chiaramente soltanto tendenziale, come dato che rispecchia l'id quod plerumque accidit in base alle conoscenze acquisite dalle scienze pedagogiche e dell'evoluzione, ma che ben può essere oggetto di differente valutazione anche per minori di età inferiore. L'audizione è necessaria in tutte le ipotesi in cui il confronto con il minore può offrire al giudice idonei elementi per meglio comprendere quali siano i provvedimenti più opportuni nel suo interesse"*.

no en una audiencia pública. La persona que lleve a cabo físicamente la escucha deberá tomar todas las precauciones necesarias y, si es preciso, solicitar la asistencia de un especialista.

La audiencia debe realizarse siempre de forma tal que la persona menor de edad pueda expresar su opinión libremente y, por consiguiente, sin la influencia de otras personas. La persona encargada de la audiencia debe comprobar que la persona menor de edad tiene, en relación con el caso concreto y las circunstancias específicas, la madurez suficiente. Por otra parte, es importante señalar que la madurez también depende del tipo de decisión que deba tomarse, de su complejidad y del tipo de opinión que deba expresar la persona menor de edad. En efecto, no cabe duda de que la madurez requerida para expresar una opinión sobre la realización de un acto de disposición relativo a un bien inmueble y sus consecuencias es diferente de la madurez requerida para determinar qué tipo de relación afectiva existe con una persona, o si desea tener un régimen de comunicación con un determinado familiar, o si prefiere asistir a una determinada escuela o cuáles son sus inclinaciones a efectos de una decisión sobre el tipo de escuela. Además, para que la persona menor de edad pueda expresar libremente su opinión, no es necesario que tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que le conciernen, sino que basta con que tenga un conocimiento suficiente para poder opinar.

Una vez tomada la decisión, es importante informar a la persona menor de edad del resultado del proceso y de cómo se han tenido en cuenta sus opiniones y preferencias en el caso concreto a la hora de tomar la decisión. La comunicación del resultado a la persona menor de edad sirve para evitar que la audiencia se reduzca a una mera formalidad o que no se tengan en debida cuenta sus opiniones. Esta información puede inducir al menor a insistir, a aceptar la decisión, a hacer otra propuesta o incluso, en el caso de procedimientos judiciales o administrativos, a presentar un recurso o una reclamación.

Por último, es indispensable que la persona menor de edad que no esté satisfecha con la decisión adoptada tenga la posibilidad de presentar formalmente una reclamación para que se revise esa decisión y se adopten las medidas oportunas. Ni que decir que el tipo de reclamación difiere según se trate de un procedimiento administrativo o judicial, y dentro de los procedimientos administrativos difiere según se trate de una decisión adoptada en el seno de la escuela, o por una autoridad judicial administrativa.

8. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

La cuestión de la autonomía progresiva exige también una necesaria revisión de la forma en que debe ejercerse la función parental, que ya no puede considerarse patria potestad, expresión que tiñe la relación en términos adulto-céntricos, sino una verdadera responsabilidad, para poner de relieve que las personas menores de edad necesitan cuidados y protección por parte de los adultos que, por ello, tienen una verdadera responsabilidad para con ellos.

La responsabilidad parental, como relación jurídica no patrimonial, se caracteriza por la indeterminación de las prestaciones, que implica una indefinición *a priori* del alcance de los derechos y las obligaciones de las partes, que deben definirse en función de los intereses de la persona menor de edad, de su madurez y de su capacidad de discernimiento.²⁷

El tema de la autonomía progresiva y, por tanto, la exigencia de que la persona menor de edad exprese siempre sus opiniones en todos los asuntos que le conciernen, en relación con su madurez, encuentra una aplicación fundamental precisamente en las relaciones familiares, en las que, por definición, los progenitores están constantemente llamados a tomar decisiones en interés de sus hijas e hijos. Con la aclaración, además, de que cuando existe un conflicto entre los progenitores, especialmente en caso de crisis de pareja, la cuestión se ve abocada a una necesaria judicialización, requiriendo la intervención de la autoridad judicial, a fin de tomar la mejor decisión para la persona menor de edad.

La CDN es plenamente consciente de ello y dedica precisamente al ejercicio de la responsabilidad parental el artículo 5, que establece que: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establez-*

²⁷ SENIGAGLIA, R., “Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale”, *Giustizia civile*, No. 1, 2019, p. 110: “Il rapporto giuridico va, quindi, dogmaticamente qualificato come patrimoniale o non patrimoniale guardando alla struttura della singolare relazione interpersonale; sì che soltanto se la funzione del legame consiste nella formazione, nell’affermazione, nella valorizzazione dell’identità personale altrui –di talché l’obbligo si traduce nella cura, anche se sorretta da sacrifici economici– il rapporto andrà qualificato come non patrimoniale. In esso la ‘prestazione’ non è quantitativamente determinata o determinabile, come, invece, deve esserlo nel rapporto obbligatorio, sì da consentire, in ogni momento, la sua conversione in una somma di denaro, nonché, in ogni caso, la liberazione definitiva del debitore che non volesse o potesse adempiere”.

ca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

En esta disposición percibimos la importante tensión existente entre, por un lado, el ejercicio de lo que tradicionalmente se denominaba patria potestad o tutela y, por otro, la necesidad de tener en cuenta la autonomía progresiva, para que la responsabilidad parental se ejerza de acuerdo con la evolución de las facultades, capacidades y habilidades de las personas menores de edad.

El ejercicio de la responsabilidad parental debe cambiar totalmente su fisonomía, ya que los padres deben ejercer su responsabilidad respetando las capacidades, inclinaciones y aspiraciones de sus hijas y sus hijos.²⁸

Los progenitores no deben tomar decisiones como meros representantes sustitutos de las hijas y de los hijos, sino escuchar sus opiniones, que deben ser tenidas en la máxima consideración, y tomar decisiones coherentes con sus deseos,²⁹ respetando siempre el interés mejor del menor.³⁰ La llamada representación parental no debe entenderse, pues, como una representación sustitutiva de la persona menor de edad, sino como un apoyo en la toma de la decisión, respecto de la cual es imprescindible escuchar al menor y tener en la máxima consideración su opinión.

²⁸ SENIGAGLIA, R., “Il dovere di educare i figli nell’era digitale”, *Persona e Mercato*, No. 3, 2021, p. 24: “nella relazione tra genitori e figli le scelte educative e, più in generale, di promozione della persona²⁰ sono prerogativa esclusiva dei genitori, presidiate da un principio di libertà, la cui estensione è delimitata dal *best interest of the child*”.

²⁹ SENIGAGLIA, R., “The best interest of the child tra persona e contratto”, *Diritto delle successioni e della famiglia*, No. 3, 2019, p. 820: “rispetto al figlio minore con capacità di discernimento il ruolo genitoriale non consiste in quello tecnicamente proprio della rappresentanza, bensì nell’assistenza, nell’associarsi all’interesse del figlio così come dallo stesso affermato. Un’assistenza/associazione che soltanto per taluni atti assume carattere formale, di controllo preventivo, per quelli cioè che devono essere posti dal genitore con l’ascolto del figlio; invece, per gli atti della vita corrente il ruolo assistenziale dei genitori perde ogni connotato formale per sostanzarsi in un controllo a posteriori dell’attività del figlio al fine di tutelare la sua libertà”.

³⁰ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *cit.*, p. 33: “la facultad representativa de la que gozan los progenitores o tutores no es absoluta y arbitraria, esto es, no puede ser ejercida de forma unilateral y basándose exclusivamente en sus intereses personales. Muy al contrario, la intervención de los representantes legales se encuentra sometida a dos límites fundamentales: el interés superior del menor, que condiciona las decisiones que se puedan tomar, así como el derecho del menor a ser oído, que garantiza su participación en el proceso de determinación de cuál es su propio interés”.

La persona menor de edad tiene, en consecuencia, derecho a una dirección y orientación que deben compensar su falta de conocimientos, experiencia y comprensión, y ser proporcionales al desarrollo de sus capacidades. A medida que la persona menor de edad va conociendo, experimentando y comprendiendo, los progenitores deben transformar su dirección y orientación en meras recomendaciones y consejos, hasta el punto de que la relación debe considerarse un verdadero intercambio de iguales.

En los casos en que los progenitores tengan que adoptar decisiones de contenido negocial o quieran solicitar la anulación de un negocio jurídico celebrado por su hija o hijo menor de edad, cualquier decisión de la autoridad judicial, ya sea en términos de autorización o de demolición de los efectos, nunca podrá prescindir de la opinión de la persona menor de edad, con la consecuencia de que, en ausencia de perjuicio para ella, entre la decisión del progenitor o progenitores y la persona menor, siempre deberá prevalecer esta última.³¹

Reescribir la relación parental significa no sólo rediseñar el contenido de las facultades y deberes de las partes, que deben construirse en relación con el interés mejor del menor,³² sino también rediseñar la forma en que, en caso de crisis o conflicto, debe ejercerse el control de la autoridad judicial sobre el acto concreto de ejercicio de la responsabilidad parental, dentro de los límites y plazos establecidos.

La importancia de esta norma radica no sólo en la reescritura de la relación paterno y materno-filial, de acuerdo con el derecho de la persona menor de edad a expresar sus opiniones, que deben ser tenidas en la máxima consideración, sino también en su alcance preceptivo inmediato, como es el de determinar o bien una interpretación de las normas vigentes coherente con esta nueva fisonomía de la relación o, si ello no es posible, una verdadera derogación de todas aquellas normas que resulten incompatibles con este nuevo enfoque cultural, con su consiguiente sustitución.

³¹ SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, p. 58: "Se l'ascolto portasse a ritenere l'atto conforme alla 'necessità e utilità evidente del figlio, ovvero al suo *best interest*', esso dovrebbe neutralizzare l'azione di annullamento dell'esercente la responsabilità genitoriale, anche nell'ipotesi in cui l'atto si qualifichi come eccedente l'ordinaria amministrazione".

³² OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El menor maduro ante el derecho", *cit.*, p. 33: "incluso en aquellos casos en que la intervención de los representantes legales sea preceptiva, los intereses del menor de edad prevalecerán sobre cualquier otro, ya que la representación nace de la ley con el objetivo de proteger los derechos de los menores y en su exclusivo beneficio".

La importancia de esta norma es, por tanto, no sólo prospectiva, de cara a futuras reformas o modificaciones de las leyes de cada país, sino también preceptiva, porque determina por sí misma este cambio cultural radical, planteándose como una norma inmediatamente aplicable a la relación paterno y materno-filial, incluso en sustitución de normas internas que entren en conflicto con ella.

9. AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL MENOR Y REALIZACIÓN DE ACTOS DE AUTONOMÍA NEGOCIAL

9.1. LA RELEVANCIA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y SU FUNCIÓN

El aspecto del Derecho civil en relación con el cual, el principio de la autonomía progresiva de la persona menor de edad tiene mayor relevancia, por las consecuencias fundamentales que comporta, es sin dudas el de la autonomía negocial.

Casi todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, también sobre la base de la tradición romanista, han abordado y resuelto históricamente la cuestión de la autonomía negocial de las personas a partir del criterio-concepto de la capacidad de obrar, entendida como la aptitud de la persona para realizar válidamente un acto jurídico.³³

Partiendo de la base de que un negocio jurídico es un acto de voluntad, los ordenamientos jurídicos afirman que su validez requiere que la persona que lo realiza tenga plena capacidad de querer y entender, es decir, de darse cuenta de lo que ocurre a su alrededor y de querer las consecuencias de ese acto.³⁴

Partiendo de esta premisa, cada ordenamiento jurídico, por razones de simplificación del mercado,³⁵ ha fijado convencionalmente una edad a partir de la cual se presume que la persona adquiere plena capacidad de querer y entender, estableciendo que esta es la mayoría de edad y que con ella se adquiere la

³³ Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. II, p. 45.

³⁴ GETE-ALONSO I CALERA, M. C., "Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana", *InDret*, No. 1, 2005, p. 4: "La diversificació d'edats permet una doble lectura: a)- D'una part, la protecció del menor, tant referent a les institucions de guarda com a la protecció de la societat davant de determinats menors conflictius (els de conducta social arriscada, arts 43 i ss. LPMA); b)- D'una altra, la diferència d'edats obeeix al reconeixement d'autonomia del menor, a l'admissió d'una independència malgrat la situació de minoria d'edat".

³⁵ GIARDINA, F., "Il minore e il contratto", in R. Senigaglia (coord.), *Autodeterminazione e minore età...*, cit., p. 172 y ss.

llamada capacidad de obrar.³⁶ Se trata de una mera presunción, ya que siempre se puede demostrar que la persona no tenía en concreto capacidad de querer y entender en el momento de la realización del negocio jurídico.

De ello se desprende, como corolario, que la persona menor de edad, al no tener capacidad de obrar no puede realizar válidamente ningún negocio jurídico, el cual, de ser efectivamente realizado por la persona menor de edad, es anulable. El menor de edad carece de capacidad de obrar y no puede velar por sus propios intereses, razón por la cual es representado por sus progenitores o, en su defecto, por tutores designados judicialmente.

La lógica asunción de que un negocio jurídico es un acto de voluntad y que la capacidad de obrar es necesaria para su validez ha impuesto, igualmente y de nuevo por razones de simplificación del mercado, la identificación de “remedios” para el caso en que la persona, aun siendo mayor de edad, no tenga, por la razón que sea, plena capacidad de obrar.

Así pues, los ordenamientos jurídicos han previsto la posibilidad de privar o limitar la capacidad de obrar de las personas mayores de edad que, como decían los códigos del siglo XIX, sufren una “enfermedad mental”.

A partir de un enfoque médico-asistencial de la discapacidad, se ha afirmado por casi todos los ordenamientos jurídicos que las personas con discapacidad cognitiva, al estar enfermas no sólo requieren asistencia médica, sino que ni siquiera pueden proveer a sus necesidades, por lo que es necesario limitar o excluir su capacidad, y prever el nombramiento de un tutor o curador que pueda tomar decisiones por ellas y representarlas en la realización de negocios jurídicos.

Sobre la base de este enfoque cultural, el criterio-concepto de la capacidad de obrar constituía el factor discriminatorio para llevar a cabo válidamente negocios jurídicos. Las personas sin capacidad de obrar, ya sea por ser menores de edad o por padecer deficiencias cognitivas, carecen de capacidad de obrar y, por ende, no pueden realizar válidamente ningún negocio jurídico.

³⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “El menor maduro ante el derecho”, *cit.*, p. 29: “Es cierto que, idealmente, podría recurrirse a un sistema en el que la capacidad de obrar se estableciera caso a caso y en función de la capacidad natural concreta de cada sujeto, pero tal opción resulta completamente inviable, ineficaz e insegura. En consecuencia, la edad, en cuanto parámetro que sirve para fijar las condiciones habituales de madurez y desarrollo intelectual de la persona, es el elemento determinante por antonomasia de la capacidad de obrar”.

Este enfoque, típico de todos los sistemas jurídicos liberales, tenía la ventaja de la simplicidad, ya que establecía pocas normas para determinar quién podía y quién no realizar válidamente un negocio jurídico.

Además, cabe señalar que este sistema se injertaba en la lógica puramente liberalista de los ordenamientos jurídicos, según la cual, los únicos negocios jurídicos relevantes eran los de carácter patrimonial, con la consecuencia de que la incapacidad de obrar (ya fuera por minoría de edad o por discapacidad) impedía a la persona participar en el juego del mercado, y consecuentemente era sustituida por sus representantes.

9.2. PRIMEROS SÍNTOMAS DE CRISIS: AUTONOMÍA NEGOCIAL NO PATRIMONIAL

La linealidad de este sistema mostró los primeros síntomas de crisis con la aprobación en la segunda mitad del siglo pasado de las llamadas Constituciones escritas, rígidas, garantistas y largas, es decir, aquellas Constituciones nacidas tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial y los regímenes totalitarios, que no sólo situaban los derechos fundamentales dentro del Derecho positivo, sino que ya no los consideraban meramente como límites al ejercicio del poder político, sino como parte integrante del sistema.³⁷

Además, la afirmación en las nuevas Constituciones de una nueva axiología, que sitúa el valor de la persona humana y su dignidad en el centro y la cúspide del ordenamiento jurídico, sobre la base de un sistema fundado en los principios de la democracia, el personalismo y el solidarismo, impone a quienes desean proponer una interpretación fiel al nuevo sistema de fuentes,³⁸ un replanteamiento de algunas de las categorías tradicionales del Derecho civil y del sistema en su conjunto.³⁹

³⁷ PINO, G.; H. SÁNCHEZ PULIDO, P. CABALLERO ELBERSKI, A. MORALES VELÁSQUEZ, F. ORLANDO, D. DEI VECCHI, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*; PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*; PINO, G., *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*.

³⁸ Por todos, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II – *Fonti e interpretazione*, p. 207 y ss.; PERLINGIERI, P., “Interpretazione e qualificazione: profili dell’individuazione normativa”, in *Dir. giur.*, p. 826 y ss.; PERLINGIERI, P., “L’interpretazione della legge come sistemática ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell’art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell’esegesi”, in *Rass. dir. civ.*, p. 990.

³⁹ En Italia, el dogma de la incapacidad total se cuestiona desde la segunda mitad del siglo pasado. Véase STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; BUSNELLI, F. D., “Capacità e incapacità del minore”, *Diritto della famiglia e delle persone*, p. 61 y ss.; GIARDINA, F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli.

En primer lugar, cae, o debe caer, el dogma de la pura y exclusiva patrimonialidad del negocio jurídico, aunque en muchos Estados esta idea, también por impulsos puramente legalistas, tarda mucho en cuajar.

El negocio jurídico ya no es sólo un acto de autonomía privada que sirve para regular intereses de naturaleza exclusivamente patrimonial, sino, más en general, un instrumento de autorregulación de todos los intereses jurídicamente relevantes. Y aún hay más, en el nuevo sistema de fuentes, que sitúa en su cúspide a la persona humana y su dignidad, las situaciones de naturaleza patrimonial se colocan en una situación subordinada respecto de las existenciales, que deben, por tanto, tener primacía sobre las primeras.

La obligación y el contrato, instrumentos de Derecho positivo caracterizados por la necesaria patrimonialidad de los intereses resultan inadecuados para regular los intereses existenciales. La no patrimonialidad del interés, que impide recurrir a la teoría de la obligación (ya que la prestación debe siempre tener carácter patrimonial) y del contrato (destinada a regular exclusivamente relaciones jurídicas patrimoniales) no queda excluida del tráfico jurídico, sino que impone un profundo replanteamiento del acto de autonomía negocial con contenido no patrimonial.

Junto a la autonomía negocial de contenido patrimonial, dominada por la obligación y el contrato, debe elaborarse la teoría del acto de autonomía negocial de contenido no patrimonial, sujeta a reglas y principios bien distintos de los de la autonomía negocial patrimonial.

Afirmada la relevancia del acto de autonomía negocial de contenido no patrimonial, como acto negocial, unilateral y revocable por el que una persona dispone de sus intereses existenciales, se plantea el problema de la capacidad requerida para llevarlo a cabo válidamente.

La aplicación de la regla de principio típica de la autonomía negocial patrimonial, según la cual la capacidad de obrar es necesaria para llevar a cabo válidamente un negocio jurídico, deviene incompatible en el nuevo ordenamiento jurídico, pues excluiría la posibilidad de regular intereses existenciales tanto para las personas menores de edad como para los "incapacitados". De ahí que poco a poco se afirme la idea de que para la válida realización de actos de autonomía negocial de contenido no patrimonial sólo es necesaria la

capacidad natural,⁴⁰ es decir, la concreta capacidad de querer y entender, con la consecuencia de que el acto podría ser válidamente llevado a cabo tanto por la persona menor de edad como por la persona “incapacitada” que tienen capacidad de discernimiento.⁴¹

Además, se afirma que sería contradictorio reconocer derechos fundamentales a estas personas si luego se les privara de la posibilidad misma de ejercerlos, ya que titularidad y ejercicio, especialmente en lo que se refiere a situaciones existenciales, no admiten una escisión, lo que daría lugar a una limitación sustancial del propio reconocimiento de los derechos fundamentales.

Una vez afirmada la idea de que la capacidad de obrar no es un concepto-instrumento necesario e idóneo para establecer qué personas pueden válidamente llevar a cabo negocios jurídicos no patrimoniales, y una vez afirmada la idea de que es necesario realizar una valoración del caso concreto para verificar la posibilidad de ejercicio del derecho por parte de la persona, se tiende también a ampliar significativamente los espacios de autonomía negocial no patrimonial.

Por poner sólo un ejemplo, en un ordenamiento jurídico como el italiano, que, hoy en día, no permite a las personas menores de edad otorgar válidamente ningún tipo de testamento, se afirma que el contenido esencial del testamento es sólo la institución de heredero y la ordenación de legados, y que junto al testamento existen actos de última voluntad distintos del testamento, que pueden tener cualquier contenido, con la única excepción del contenido típico del testamento, que pueden ser otorgados válidamente por una persona menor de edad o por una persona con capacidad judicialmente reducida.⁴²

Por otra parte, los propios límites entre intereses puramente patrimoniales y no patrimoniales se hacen difíciles de trazar, hasta el punto de que en lugar

⁴⁰ BALLARANI, G., *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, p. 33 y ss.

⁴¹ BATELLI, E., “I diritti dei minori nell’ordinamento italiano, europeo e internazionale”, en E. Battelli (coord.), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, p. 25: “con riguardo ai diritti della personalità, pertanto, si ritiene che sia opportuno svincolarsi dai rigidi parametri della capacità di agire, dovendo avere la valutazione come parametro di riferimento non l’età (o le c.d. fasce d’età: infanzia, adolescenza, ecc.) dell’individuo, bensì la sua capacità di discernimento e la concreta capacità di intendere e di volere connessa al minore quale persona nel suo essere in divenire”.

⁴² Esta es la consecuencia que se extrae de la tesis desarrollada por BARBA, V., *Testamento e atti di ultima volontà*.

de hablar de intereses no patrimoniales, es preferible hablar de intereses existenciales, a sabiendas de que determinados intereses patrimoniales también pueden entrar dentro de esta categoría. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la propia imagen o en el derecho al tratamiento de datos personales, que bien pueden tener un contenido patrimonial, pero que ciertamente no pueden dejar de ser considerados intereses de naturaleza existencial y, por tanto, pueden ser objeto de actos de autónoma negocial de contenido no patrimonial.

9.3. LAS CONVENCIONES DE LA ONU Y LA NECESARIA SUPERACIÓN DEL CONCEPTO DE CAPACIDAD DE OBRAR

La superación definitiva de la capacidad de obrar, ya gravemente socavada por la CDN, se consuma con la aprobación de la CDPD, que confirma su incompatibilidad con el nuevo orden jurídico internacional y afirma la necesidad de que todos los Estados Partes, que aún no lo han hecho y que se apoyan cansinamente en este concepto, se replanteen el tema general de la capacidad de las personas.

La CDN, al afirmar que todos los Estados Partes deben prever el reconocimiento de la autonomía progresiva de las personas menores de edad demuestra, sin temor a equivocarse, que el rígido binarismo capacidad-incapacidad de obrar no ofrece respuestas adecuadas a los problemas jurídicos que plantean las personas menores de edad.

El sistema jurídico según el cual una persona menor de edad es incapaz de realizar cualquier negocio jurídico es incompatible con los principios y preceptos establecidos por la CDN, que exige que se reconozca a la persona menor de edad la facultad de realizar válidamente negocios jurídicos, en relación con su madurez y capacidad de discernimiento.

La inadecuación del concepto de capacidad de obrar se hace total con la aprobación de la CDPD, que supera el enfoque médico-asistencial de la discapacidad, en favor del enfoque social y de derechos humanos, estableciendo que ninguna persona podrá ser privada del ejercicio de su capacidad por motivos dependientes de una discapacidad y exige a todos los Estados Partes que garanticen que las personas con discapacidad puedan ejercer libremente sus derechos, con los apoyos necesarios, sin limitación alguna y en igualdad de condiciones con los demás.⁴³

⁴³ TORRÉS COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los*

La CDPD supera la lógica binaria de capacidad-incapacidad al exigir a los Estados Partes que adapten su legislación, de forma que ninguna persona, independientemente del grado de su discapacidad, pueda ser privada de su capacidad en general. Se aclara que la persona con discapacidad debe poder tomar siempre sus propias decisiones, que no puede darse el supuesto de sustitución representativa, salvo en el caso absolutamente excepcional de que le resulte objetivamente imposible (y no meramente difícil) expresar su opinión y, por último, que debe garantizarse siempre el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Así pues, se pasa de un sistema de representación basado en el interés superior de la persona con discapacidad a un sistema de apoyo basado en el interés preferido de la persona con discapacidad.

Se parte de la base de que la persona con discapacidad conserva su plena capacidad para el ejercicio de los derechos y que en ningún caso puede establecerse una limitación en el ejercicio de su capacidad, estableciendo que la persona con discapacidad que lo precise debe recibir apoyo para que pueda tomar sus propias decisiones.

La CDPD completa la revolución copernicana de la capacidad, descartando que en la época contemporánea el concepto-criterio de capacidad de obrar pueda ser una herramienta útil para establecer quién puede realizar válidamente negocios jurídicos.

La capacidad de obrar, por ende, es inadecuada cuando se refiere a personas menores de edad, ya que serviría para sancionar la validez de los negocios jurídicos en un plano abstracto y al margen de la capacidad de discernimiento del individuo, en contra de lo que afirma el CDN. También es inadecuada respec-

Derechos de las personas con discapacidad, Madrid, p. 3 y ss.; LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, p. 11 y ss.; GARCÍA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, p. 64; BARBA, V., "Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York", en Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Manuel García Mayo (dirs.), Cristina Gil Membrado, Juan José Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, pp. 79-99; BARBA, V., "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en José Ramón de Verda y Beamonte (dir.), Pedro Chaparro Matamoros, Álvaro Bueno Biot (coords.), *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio*, pp. 23-54.

to de las personas mayores de edad, pues ninguna persona con discapacidad puede ser privada de su capacidad de obrar y las instituciones jurídicas que determinan una limitación o exclusión de la capacidad de obrar son absolutamente contrarias a los principios y al espíritu de la CDPD, por lo que en los ordenamientos jurídicos en los que están formalmente reguladas deben considerarse derogadas.

Las dos convenciones internacionales, aprobadas sustancialmente por la casi totalidad de los Estados del mundo, han sancionado esencialmente la inadecuación del concepto de capacidad de obrar, imponiendo a todos los Estados Partes un replanteamiento global del tema de la capacidad de las personas.

Se trata de una verdadera revolución cultural que, por sus implicaciones conceptuales y por imponer el abandono de una categoría clásica e histórica del Derecho Civil, resulta difícil de comprender y, más aún, de realizar y aplicar.

Pensar en la capacidad de las personas sin utilizar el concepto de la capacidad de obrar es difícil, porque se hace necesario sustituir la vieja categoría por otra que sea coherente con el nuevo sistema jurídico diseñado por las convenciones internacionales y que supere la lógica binaria con la que los civilistas han sido educados y han sido fieles durante siglos.

Ya no es posible hablar de capacidad jurídica y capacidad de obrar como esquemas para establecer la titularidad de situaciones jurídicas subjetivas y la idoneidad para realizar negocios jurídicos válidos, sino que es necesario hablar exclusivamente de capacidad jurídica y de su ejercicio.

Toda persona, incluidos los menores, no sólo tiene capacidad jurídica, sino también la facultad de ejercerla, independientemente de su edad o de cualquier forma de discapacidad.

No se puede contemplar limitación alguna en el ejercicio de la capacidad, sino únicamente prever medidas de apoyo que puedan ayudar a las personas que lo precisen a desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, ayudándoles en su comprensión y razonamiento y facilitándoles la posibilidad de expresar sus preferencias, de forma que el apoyo tenga como única finalidad posibilitar el pleno desarrollo de la personalidad y el desenvolvimiento jurídico en igualdad de condiciones.

Se trata de un cambio extraordinariamente difícil, porque exige que el abandono y el olvido de categorías de la tradición secular del derecho civil y el aprendizaje de un nuevo lenguaje y sistema.

Es un cambio muy difícil que algunos sistemas jurídicos ya han iniciado en gran medida, como el derecho peruano y el derecho argentino, que otros sistemas jurídicos han completado formalmente, como el derecho español o el derecho cubano, que otros sistemas jurídicos, como el italiano, ni siquiera han comenzado todavía.

La única certeza, considerando el derecho convencional internacional, es que se requiere una superación del concepto de capacidad de obrar, por ser inadecuado para tratar las cuestiones del ejercicio de la capacidad tanto de las personas menores de edad como de las personas con discapacidad.

9.4. DEROGACIÓN DE LAS DISPOSICIONES DE LOS CÓDIGOS CIVILES INCOMPATIBLES CON LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

El valor preceptivo de los principios afirmados por la CDN exige, por una parte, que el derecho vigente en cada Estado Parte se interprete de conformidad con ellos y, por otra, que se deroguen las normas internas que no sean susceptibles de una interpretación conforme.

Esta observación exige un replanteamiento de la cuestión de la capacidad de una persona menor de edad también en aquellos Estados Partes que aún no han transpuestos los principios rectores de la CDN.

La capacidad de las personas menores de edad se regula tradicionalmente en los códigos civiles, que suelen ser una fuente primaria.

La prevalencia de la Convención Internacional sobre los códigos civiles no puede cuestionarse ni por un momento, ya que tanto el criterio jerárquico, como –aunque no se quiera atender a ello– el criterio cronológico ayudan en esta dirección.

En primer lugar, el criterio jerárquico, ya que los Convenios internacionales deben considerarse fuentes jerárquicamente superiores respecto de la ley ordinaria, e incluso, fuentes de rango constitucional, al menos en todos los ordenamientos jurídicos que admiten una limitación de su soberanía sobre la base del Derecho convencional. Esto implica que cualquier norma contenida en un

Código civil contraria al Convenio internacional debería, a falta de una posible interpretación conforme, considerarse derogada.

Incluso si no se quisiera hacer referencia al criterio jerárquico y se quisiera, impropriadamente, considerar el Convenio internacional jerárquicamente comparable a una fuente primaria, por el mero hecho de estar ratificado en los Estados Partes por ley ordinaria, el resultado seguiría siendo el mismo. El contraste entre las normas del Convenio y las normas de un Código civil exigiría que las normas de este último se considerasen derogadas si son absolutamente incompatibles con las primeras, en la medida en que no son susceptibles de una interpretación conforme.

Una interpretación estricta de las fuentes y una teoría de la interpretación coherente con un sistema de fuentes complejo y abierto exigen que se consideren derogadas las normas contenidas en un Código civil que sean contrarias a las normas de un convenio internacional, en este caso la CDN.

La cuestión que debe plantearse es si una norma o conjunto de normas contenidas en un Código Civil que establece que una persona sólo adquiere la capacidad de obrar al alcanzar la mayoría de edad y que los negocios jurídicos celebrados por una persona menor de edad son siempre anulables por causa de incapacidad debe considerarse compatible, o no, con la CDN.

Por extrema que pueda parecer la conclusión, creo que debe responderse afirmativamente a la cuestión anterior, ya que es contrario a las normas y al espíritu de la CDN que cualquier norma prive *a priori* a una persona menor de edad de la capacidad de realizar válidamente cualquier negocio jurídico.⁴⁴ Por el contrario, debe reconocerse que la capacidad de una persona menor de edad debe valorarse teniendo en cuenta su madurez y considerando el negocio jurídico individual al que nos estamos refiriendo. Con la aclaración de que, aunque la persona no pueda realizar un determinado negocio jurídico, su opinión debe tenerse siempre en debida cuenta.

No sería posible salvar el marco normativo limitándose a afirmar que la regla sobre la capacidad de obrar se refiere únicamente a la realización de negocios jurídicos patrimoniales y no también a los de naturaleza no patrimonial,

⁴⁴ SENIGAGLIA, R., "The best interest of the child...", cit., p. 811: "ammessa generalmente l'idoneità al compimento diretto dei c.dd. atti della vita quotidiana e degli atti non negoziali vantaggiosi per l'interessato, il profilo di interesse riguarda il riconoscimento, in capo all'infradiciottenne, della capacità contrattuale per ciò che va oltre la 'quotidianità'".

para los que, según la interpretación que se ha planteado, podrían ser realizados por la persona, incluso menor de edad, que tuviera capacidad de discernimiento. Tampoco sería suficiente, a mi juicio, formular otra interpretación correctora en el sentido de que los negocios jurídicos de la vida cotidiana no se verían afectados por la anulabilidad, asumiendo que la regla de la anulabilidad sólo afectaría a los negocios jurídicos patrimoniales más importantes o de administración extraordinaria.

La primera interpretación, aunque bien fundada argumentalmente, no es suficiente, porque es necesario reconocer que una persona menor de edad también puede celebrar válidamente negocios patrimoniales y no sólo los no patrimoniales.

La segunda interpretación, que querría distinguir entre actos de la vida cotidiana y negocios jurídicos más importantes, es, a mi juicio, difícil de justificar desde un punto de vista dogmático, ya que no es fácil encontrar un argumento jurídico sólido que pueda fundamentar esta interpretación, a menos que se quiera hacer referencia o bien al hecho de que la regla de protección se convierte en una regla de exclusión social, o bien a normas individuales de cada ordenamiento jurídico que afirman la capacidad de una persona menor de edad para realizar negocios jurídicos de la vida cotidiana.

En cualquiera de los dos casos la base normativa de la interpretación no sería especialmente sólida, ya que deja intacto el criterio de capacidad-incapacidad, limitándose a realizar algunas correcciones que deben, necesariamente, ser consideradas como supuestos de capacidades especiales.

Desde otra perspectiva, no convence en absoluto la idea de considerar que la persona menor de edad que contrata actúa como representante del progenitor,⁴⁵ tanto porque se concilia mal con el hecho de que el progenitor sea el representante legal, como porque es totalmente contraria al CDN, reduciendo al menor a un mero *nuncius*. No se trata, pues, de encontrar un espacio para la especial autonomía de la persona menor de edad, que esta interpretación, por otra parte, sería incapaz de encontrar, sino que se trata de reconocer que la persona menor de edad, en relación con su madurez, debe poder válidamente llevar a cabo por sí misma negocios jurídicos que le permitan satisfacer sus necesidades.

⁴⁵ Entre otros, ALPA, G., "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contratti*, p. 517; CINQUE, M., *Il minore contraente*, p. 116.

Me parece que el sistema global elaborado por los Códigos Civiles y basado en el binomio capacidad-incapacidad es totalmente irrespetuoso con el principio de autonomía progresiva y me parece mucho más coherente, aunque pueda parecer más disruptiva, la idea que considera totalmente derogado el complejo de estas normas jurídicas por incompatibilidad con la CDN. Ello implica la necesidad de llenar el vacío mediante la aplicación de las normas y los principios establecidos por la propia CDN, que tienen fuerza preceptiva y son inmediatamente vinculantes para todos los Estados Partes.

Creo, por consiguiente, que una propuesta de rediseño de la capacidad de las personas menores de edad, en aquellos ordenamientos jurídicos que aún no han llevado a cabo una reforma y en aquellos en los que esta no ha sido completa, debe partir de la idea de que el conjunto de normas que establecen a nivel general y abstracto la incapacidad de la persona menor de edad debe considerarse derogado por contrario a una fuente jerárquicamente superior o, en todo caso y residualmente, a una fuente posterior en el tiempo.

Ello hace necesario colmar esta laguna mediante la aplicación inmediata y directa de los principios establecidos en la CDN, rediseñando por completo el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas menores de edad.⁴⁶ Tal propuesta tendría además el mérito, que no debe considerarse baladí, de provocar una aplicación sustancialmente uniforme del derecho convencional en todos los Estados Partes, con el resultado de armonizar los diferentes ordenamientos jurídicos, también con vistas a hacer más efectivo el reconocimiento de los principios establecidos por la CDN.

Aunque estoy firmemente convencido de que este es el camino dogmáticamente más sólido y fiel al nuevo sistema de fuentes normativas, para repensar la capacidad de las personas menores de edad, no cabe duda de que la propuesta que vengo a formular también podría justificarse sin partir de esta premisa tan radical y preservando el actual marco normativo a través de la corrección de la especial capacidad de obrar de la persona menor de edad con capacidad de discernimiento, de modo que pueda realizar válidamente no sólo actos negociales de contenido no patrimonial, no sólo actos no nego-

⁴⁶ SENIGAGLIA, R., *"The best interest of the child..."*, cit., p. 818: *"al dodicenne o anche al soggetto di età inferiore purché munito della capacità di discernimento deve riconoscersi il potere di concludere direttamente contratti della vita corrente, che riguardano, cioè, beni o servizi offerti nel mercato del consumo minorile, parametrati alle sue condizioni di vita e acquistati con mezzi messi a sua disposizione"*.

ciales, sino también actos negociales de contenido patrimonial, dentro de los límites que veremos más adelante.

La propuesta que pretendo formular puede leerse, por tanto, bien como un replanteamiento global de la capacidad de las personas menores de edad, bien como una interpretación correctora de las normas existentes. En esta segunda dirección, sin perjuicio del principio general de que con la mayoría de edad se adquiere capacidad para realizar todos los actos, para los que no se establece una edad distinta, se afirma que un menor con capacidad de discernimiento puede realizar válidamente determinados actos de autonomía negocial y, por ende, que la capacidad de discernimiento constituye el fundamento de una especial capacidad de obrar de la persona menor de edad.

Huelga decir que, aunque el resultado pueda parecer el mismo, existe una profunda diferencia entre ambos modelos, ya que el primero permite la plena aplicación de la CDN, mientras que el segundo es sólo una adaptación, que mantiene el concepto de capacidad de obrar y se limita a realizar una pequeña corrección, identificando un supuesto especial de capacidad de obrar a favor del menor con capacidad de discernimiento. La idea de la CDN no es, sin embargo, que el menor con capacidad de discernimiento tenga una especial capacidad de obrar, sino que el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona debe reconocerse en función de su edad y madurez, es decir, sobre la base del concepto de autonomía progresiva.

9.5. PERSONA MENOR DE EDAD Y EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA CELEBRAR NEGOCIOS JURÍDICOS

Afirmar que una persona menor de edad está totalmente incapacitada para actuar y, por tanto, que todos los negocios jurídicos celebrados por esa persona son anulables es, sin temor a equivocarme, fuertemente contrario a los principios del CDN y, en particular, al principio que reconoce la importancia de la autonomía progresiva y la preeminencia de la opinión libremente expresada por el menor en todos los asuntos que le conciernen.

Por otro lado, afirmar que la persona menor de edad puede válidamente llevar a cabo cualquier negocio jurídico y que éstos son siempre válidos es igualmente incoherente con la CDN, porque contrastaría con el principio de atribuir relevancia a la opinión del menor en función de su madurez, así como con la necesidad de cuidar de la persona y realizar su interés mejor.

Se trata pues, como ha sugerido en varias ocasiones un maestro de la talla de José María Miquel, de: distinguir, distinguir, distinguir.

En primer lugar, es bueno afirmar que el concepto de minoría de edad debe permanecer, en el entendido de que no debe vincularse al ejercicio de la capacidad jurídica, sino únicamente al cuidado y protección de la persona, quien necesita una especial protección del ordenamiento jurídico durante la minoría de edad, para poder aplicar cabalmente el estatuto jurídico diseñado por la CDN.

La persona menor de edad necesita atención y cuidado por parte de todos los adultos y, en particular, por parte de los progenitores, que deben ejercer su responsabilidad, asegurando que la persona menor de edad, en función del desarrollo de sus capacidades, reciba la orientación y el asesoramiento adecuados para el ejercicio de los derechos que le reconoce la misma CDN.

La persona menor de edad tiene plena capacidad jurídica que puede ejercer de acuerdo con su madurez.⁴⁷

El concepto clave para establecer en qué medida una persona menor de edad puede ejercer su capacidad jurídica es, pues, el de madurez suficiente, que implica no sólo una valoración de la persona individual, pues la llamada “madurez” depende tanto de su condición personal como de las condiciones económicas, sociales y familiares, sino también del acto concreto, pues la madurez requerida para la realización de cada negocio está estrechamente vinculada a su naturaleza, complejidad, función, efectos y consecuencias.

A partir de estas reflexiones, creo que la regla de principio debe ser⁴⁸ que una persona menor de edad con madurez suficiente no sólo puede realizar todos los negocios jurídicos de la vida cotidiana, es decir, todos aquellos negocios

⁴⁷ Con referencia a la norma del Código civil español, MARTÍN BRICEÑO, M. R., “La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores”, *Actualidad Civil*, No. 11, 2021, p. 7, afirma: “La redacción actual del artículo 1263 C. c. no solo prescinde del segundo párrafo dirigido a quienes tenían limitada su capacidad, sino que mejora además el lenguaje empleado por el legislador al referirse a la capacidad contractual de los menores de edad no emancipados. Se opta por una redacción de naturaleza afirmativa, y, por tanto, se descarta aquella otra de carácter negativo”.

⁴⁸ Una norma de este alcance se encuentra en el artículo 1263 CCEs.

jurídicos que satisfagan las necesidades de la persona,⁴⁹ sino también todos los negocios jurídicos propios de su edad y de acuerdo con los usos sociales.⁵⁰

La madurez suficiente debe constatarse en el caso concreto, y sería un error *a priori* establecer en abstracto quién es el sujeto con madurez suficiente, afirmando, por ejemplo, que son quienes han cumplido los doce años o cualquier otra edad, ya que puede haber personas menores de esa edad que ya hayan adquirido esa madurez suficiente, en relación con sus capacidades y el contexto social, económico y familiar, así como personas que hayan superado esa edad y, sin embargo, aún no hayan alcanzado esa madurez. Considerando el contexto global general, podría hipotéticamente asumirse que la persona de 12 años ya tiene la madurez suficiente, pero siempre hay que advertir que se trata de una mera y simple presunción, que no puede ser válida como regla categorizadora.

Desde otro punto de vista, es indispensable atender al negocio jurídico individual, pues no es lo mismo la madurez exigida para la compra de un juego en

⁴⁹ SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto...*, cit., p. 216, preferisce il riferimento, ai contratti della vita corrente, che, peraltro, reputo opportuno precisare, è quello accolto nel Codice civile spagnolo (cfr. artículo 1263 CCEs.): *“Il riferimento, infatti, non è agli atti minuti, di scarsa rilevanza economica, classificati secondo un criterio quantitativo; né a quelli della vita di tutti i giorni di un soggetto che versa in quella stessa situazione giuridica, quelli cioè che scandiscono la sua vita quotidiana, individuati secondo la tecnica dell’astrazione; né a quelli di ordinaria amministrazione, parametrati al patrimonio del soggetto no dovendo avere ricadute significative sul patrimonio. Si ha riguardo, piuttosto, agli atti che rientrano nella singolare situazione esistenziale del soggetto e che, evidentemente, cambiano da persona a persona tenuto conto della sua condizione familiare, culturale, sociale ed economica”*.

⁵⁰ El principio se afirma, aunque con matices diferentes, en la jurisprudencia española, desde la STS, 450/1991 de junio de 1991, ponente: Pedro González Poveda (TOL 1.727.016), en cuyo FD 3 se lee: *“la calificación por la Sala a quo como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad ‘Telesquís de la Tossa de Alp, Das y Urus, S. A.’ y el actor recurrente no resulta contradicha por la circunstancia de que éste fuera menor de edad y careciese, por ende, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad, ya que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (las normas), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas’ (artículo 3.1 del Código civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria; por todo ello procede desestimar el motivo”*.

línea que la exigida para la venta de un bien inmueble o, de nuevo, la exigida para la donación de una prenda de vestir a un amigo o para la donación de bien inmueble o, por último, la exigida para celebrar un contrato de asociación deportiva o estudiantil y la exigida para un contrato constitutivo de una sociedad anónima.

Por último, la referencia al uso social, aunque pueda parecer de escasa relevancia práctica, debe considerarse de gran importancia, ya que permite evaluar el caso concreto en relación con los rápidos cambios de nuestro tiempo.⁵¹

Pensar que una persona menor de edad pudiera ser titular de una tarjeta de débito, con la que realizar pagos en ejecución de compras celebradas en Internet, estaba hasta hace diez años muy lejos de la realidad, mientras que hoy pertenece a la costumbre social; del mismo modo que debe considerarse usual que un menor de edad pueda celebrar un contrato de acceso a una red social, como Instagram, Tiktok o el propio WhatsApp. Por último, nadie puede dudar de que una persona menor de edad con capacidad de discernimiento puede celebrar válidamente un contrato de compra de una tarjeta de débito (*rectius*: celebrar un contrato de prestación de un servicio financiero), más aún si tenemos en cuenta que muchas entidades bancarias y el propio correo han creado específicamente estos particulares instrumentos dirigidos al público menor de edad.

Sin tener en cuenta que una importante porción del mercado de consumo está hoy expresamente dedicada a los menores de edad, hasta el punto de que en casi todos los ordenamientos jurídicos con legislación de protección de los consumidores y usuarios han sentido la necesidad de introducir normas de protección de los menores,⁵² como prueba de que los mismos ordenamientos

⁵¹ GETE-ALONSO I CALERA, M. C., "Manifestacions de l'autonomia...", *cit.*, p. 7: "La que s'identifica com a capacitat general del menor és la que se li reconeix conforme a la seva edat i comprèn els actes ordinaris i comuns de la vida per als quals, fins i tot sense text exprés de la llei, s'entén que gaudeix d'autonomia i independència, ja perquè s'admet l'actuació independent del menor (conducta arrelada a la societat) ja perquè es pressuposa el consentiment / complement de capacitat dels titulars de les potestats (Cf. artículo 11 de la LAPIA). D'aquesta mena són les adquisicions d'articles, productes i serveis propis de l'edat, amb la limitació derivada del seu valor econòmic".

⁵² Cfr. artículos 31 y 67 - *quater* del Codice del Consumo Italiano; artículos 96 y 121 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

consideran, en concordancia con los usos sociales, que los menores puedan acceder a este tipo de bienes y servicios.⁵³

La referencia a los usos permite seleccionar todos aquellos negocios jurídicos patrimoniales que, en un determinado contexto histórico, económico y social, pueden ser celebrados directamente por la persona menor de edad, atendiendo a su naturaleza y efectos. Se trata de una categoría que cambia en función de las necesidades e intereses que la sociedad considera que la persona menor de edad debe poder satisfacer de forma autónoma; con la particularidad de que en caso de madurez suficiente de la persona menor de edad y de un contrato propio de su edad, de conformidad con los usos sociales, aunque sea desventajoso, no podría, sin embargo, ser anulado.

Reconocer que una persona menor de edad puede ejercer su capacidad jurídica implica también hacerle responsable, también para la protección del tercero que contrata con ella; con la consecuencia de que no se trata sólo de permitir la realización de negocios jurídicos ventajosos efectuados con medios puestos a su disposición,⁵⁴ que la persona menor de edad puede ciertamente celebrar, sino, más ampliamente, de todos los negocios que, en relación con su edad, estén acordes con los usos sociales. En este sentido, también deben incluirse los contratos de asociación a un club deportivo o recreativo, aunque impliquen el pago de una cuota anual, sobre todo si consideramos que son expresión del derecho de asociación; o todos los contratos de consumo, aunque no sean ventajosos para la persona menor de edad.

Los dos criterios fundamentales son, por un lado, el de la madurez suficiente y, por otro, el de contratos que sean, en relación con la edad, conformes con los usos sociales.

Mediante una norma con este contenido, es posible la plena aplicación de la CDN, reconociendo al menor de edad una capacidad coherente con su autonomía progresiva, sin privarle de la protección que la propia CDN le reserva.

Se entiende que para el cumplimiento de todos aquellos contratos que no entren en la categoría de los que el menor con madurez suficiente puede válida-

⁵³ DI SABATO, D., "Il contratto del minore tra incapacità di contrattare e capacità di consumare", *Rivista diritto dell'Impresa*, 2011, p. 75 y ss.

⁵⁴ SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto...*, cit., p. 54.

mente celebrar por sí solo, se requiere la asistencia de los progenitores o, en su defecto, del tutor.

Reiterando las consideraciones realizadas, sin embargo, es imprescindible que la representación no sea puramente sustitutiva, sino colaborativa, de modo que la persona menor de edad debe ser siempre escuchada y ayudada a comprender los fenómenos, incluidos los económicos, para que pueda participar en el proceso de toma de decisiones y en este proceso crecer y madurar. Se debe, por tanto, pasar de una representación puramente sustitutiva por parte de los progenitores o tutores a un apoyo colaborativo, que debe tener como finalidad primordial permitir el pleno desarrollo de la personalidad y su desenvolvimiento jurídico, para el correcto ejercicio de la capacidad jurídica.

10. RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA MENOR DE EDAD

El reconocimiento de la autonomía progresiva del menor de edad implica también su responsabilidad, de modo que no puede quedar exento por el mero hecho de ser menor.

El tema, que por su complejidad requeriría un estudio monográfico y que aquí sólo puede mencionarse de forma superficial, exige distinguir entre la responsabilidad civil del deudor, la responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad precontractual.

En lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, es un hecho sustancialmente aceptado que una persona menor de edad puede ser imputable cuando ha alcanzado la madurez suficiente.⁵⁵

Partiendo, en efecto, del presupuesto de que el hecho dañoso constituye un acto jurídico en sentido estricto, para su imputabilidad no es necesaria la llamada capacidad de obrar, sino la capacidad natural. Esto significa que una persona menor de edad que tenga la suficiente madurez y pueda comprender

⁵⁵ LLAMAS POMBO, E., "Daños causados por los menores de edad", *Práctica de Derecho de Daños*, No. 138, 2019, p. 3: "en definitiva, venimos sosteniendo la responsabilidad civil del menor de edad imputable civil que causa un daño (no constitutivo de delito) que sea culpable por haber vulnerado la diligencia debida. Y esto sobre la base del artículo 1902 del CC. No obstante, al no existir una referencia en el CC a la edad en que se adquiere la 'aptitud de culpa civil', será una cuestión a apreciar en cada caso por el Tribunal, si el menor de edad causante del daño es capaz de discernir lo que significa socialmente dañar a otro, sin ser necesario la capacidad para determinarse libremente".

la ilicitud de la conducta y su lesividad debe responder civilmente de forma personal.⁵⁶

Distinta y mucho más compleja, aunque estrechamente relacionada con ella, es la cuestión de la culpa, es decir, si la responsabilidad civil puede darse por la mera realización del hecho o si se requiere también culpa.⁵⁷ La respuesta a esta cuestión depende de las opciones de cada ordenamiento jurídico, ya que es necesario establecer los presupuestos de la responsabilidad y, por ende, cuándo el daño sufrido debe ser indemnizado por el causante y cuándo debe seguir siendo soportado por el perjudicado.

La afirmación de la responsabilidad civil por el hecho dañoso del menor de edad no excluye que cada ordenamiento jurídico pueda prever también la responsabilidad subsidiaria de la persona mayor de edad que tuviera a su cargo al menor de edad, también para facilitar la eventual reclamación de indemnización por parte del dañado.⁵⁸ Una vez más, se trata de una cuestión de elección

⁵⁶ SERRANO CHAMORRO, M. E., "La responsabilidad civil del menor de edad: supuestos de moderación", *Actualidad Civil*, No. 15, 2011, p. 1 y ss.; GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., "Responsabilidad civil del menor: cuestiones controvertidas", *La Ley. Derecho de familia*, No. 8, 2018, p. 5: "Se pueden distinguir tres franjas o periodos de edad: 1) En el periodo de la infancia se carece de la necesaria capacidad para comprender la importancia de los propios actos y sentirse obligado hacia los demás: hasta los 6 o 7 años el menor no es capaz de entender la idea de la culpa y estos menores deben ser considerados totalmente incapaces. 2) A partir de los 7 años la percepción de la culpa se va asentando en la personalidad del menor, correspondiéndole al juez valorar la capacidad del menor en atención a su edad y desarrollo intelectual. 3) En una tercera franja encontramos a los menores próximos a la mayoría de edad cuya madurez psicofísica es equiparable a la de los adultos, lo que deberá ser tomado en consideración a la hora de valorar su contribución a la producción del evento dañoso".

⁵⁷ Creo que en todo caso hay que distinguir entre la culpa como elemento subjetivo de la conducta y la imputabilidad como requisito para considerar responsable a la persona. Cabe señalar que en los ordenamientos jurídicos en los que no existe una norma específica sobre la imputabilidad, se tiende a superponer ambos fenómenos, afirmando que cuando se exige la culpabilidad, se exige también la capacidad, ya que sólo puede ser capaz de culpa quien tiene capacidad de querer y entender. Creo, sin embargo, que hay espacio para mantener los dos aspectos separados, pues podría darse un comportamiento culpable por parte de una persona no imputable, es decir, una persona que no tiene una capacidad de querer y entender.

⁵⁸ GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., "Responsabilidad civil del menor...", *cit.*, p. 5: "para proteger a la víctima o perjudicado, se ha determinado que en caso de responsabilidad del menor imputable responderá solidariamente junto con sus padres, tutores o guardadores; siendo así que las probabilidades de reparación de la víctima se ven favorecidas al existir otras personas responsables. Es dudoso que el artículo 1904 CC, que contempla la posibilidad de repetir frente al causante del daño por quien ha tenido que asumir el pago de la indemnización, pueda ser aplicado contra el menor para hacerle responsable de la reparación abonada por los padres o guardadores".

para cada ordenamiento jurídico, que debe determinar si pretende identificar como único responsable a la persona menor de edad o también a la persona adulta que tenía el cuidado o la responsabilidad.

En lo que respecta a la responsabilidad precontractual, no cabe duda de que, una vez afirmado que una persona menor de edad tiene capacidad para celebrar válidamente determinados contratos, debe afirmarse en consecuencia que también existe su responsabilidad precontractual.

La persona menor de edad es, por tanto, responsable si durante las negociaciones actúa de mala fe, o se retira de las negociaciones injustificadamente,⁵⁹ o propicia la celebración de un contrato que luego es anulable por una razón que conocía. Sería paradójico reconocer que una persona menor de edad tiene capacidad para celebrar válidamente el contrato y luego negar que sea responsable por una conducta de mala fe durante las negociaciones.

Una vez más, corresponderá a cada ordenamiento jurídico establecer si la persona menor de edad debe ser la única responsable o si también existe una responsabilidad indirecta de la persona mayor de edad que tiene la responsabilidad sobre la persona menor. En este supuesto, yo me inclinaría por excluir una responsabilidad de la persona adulta, ya que el pleno reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica exige que se afirme, precisamente por respeto al principio de autonomía progresiva, que existe una responsabilidad exclusiva de la persona menor de edad.

⁵⁹ Para que exista responsabilidad precontractual por abandono injustificado de las negociaciones, no creo que sea necesaria la existencia del requisito de la confianza legítima de la otra parte. Por consiguiente, comparto la tesis de GARCÍA RUBIO, M. P., "La responsabilidad precontractual", en Emilio Blanco Martínez y Antonio Manuel Morales Moreno (dirs.), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. I, p. 367, quien afirma que los tres requisitos son los siguientes: "(i) que una de las partes negociadoras viole el deber de buena fe y lealtad contractual, mediante lo que suele denominarse ruptura injustificada de los tratos preliminares; (ii) que se haya provocado un daño a la parte interesada en seguir negociando; (iii) que exista una relación de causalidad entre la ruptura injustificada y el daño causado". En particular, la autora señala que el requisito de la confianza razonable no puede considerarse un requisito en sentido estricto, sino una forma de realizar la ruptura injustificada de los tratos preliminares. La conocida como ruptura de tratos preliminares se convierte en injustificada precisamente cuando implica la quiebra de tal relación de confianza. "Pero también se puede quebrar la confianza en la fase de negociaciones preliminares realizando otro tipo de actuaciones distintas de la ruptura de tratos y de las que también cabe derivar la existencia de responsabilidad, cuando esas actuaciones terminan causando daños a la otra parte negociadora".

Por último, queda el caso de la responsabilidad civil por incumplimiento, es decir, la responsabilidad por la infracción de una obligación o deber por parte de la persona menor de edad.

El incumplimiento, al igual que el ilícito civil, no es un comportamiento negocial, ya que se trata de un acto jurídico en sentido estricto que, además, tiene también el carácter de deber.

La capacidad exigida no es la tradicional capacidad de obrar, sino la simple capacidad natural. De ahí debe afirmarse que una persona menor de edad, con suficiente madurez, debe responder plenamente del incumplimiento.

Con respecto a las obligaciones derivadas de contratos que la persona menor de edad con madurez suficiente tiene capacidad para celebrar y a las obligaciones y deberes cuyo cumplimiento puede esperarse de la persona menor de edad, también debe aceptarse su responsabilidad por incumplimiento.

En definitiva, del principio de autonomía progresiva debe desprenderse también la responsabilidad de la persona menor de edad, con plena conciencia de que situar a la persona menor de edad en el centro del ordenamiento jurídico significa no sólo el reconocimiento de derechos, facultades y poderes, sino también de deberes y responsabilidades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, G., "I contratti del minore. Appunti di diritto comparato", *Contratti*, 2004.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La relatividad esférica del orden público internacional. una descripción básica", en María Paz García Rubio; Josep Joan Moreso (dirs.), Ignacio Varela Castro (coord.), *Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta: orden público, buena fe, pautas de conducta y diligencia*, Reus, Madrid, 2020.

BALLARANI, G., *La capacità autodeterminativa del minore nelle situazioni esistenziali*, Giuffrè, Milano, 2008.

BARBA, V., *Testamento e atti di ultima volontà*, Napoli, 2020.

BARBA, V., "La protección de las personas con discapacidad en el derecho civil italiano a la luz del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Cubana de Derecho*, No. 1, 2021, pp. 274-307.

BARBA, V., "Persone con disabilità e capacità. Art. 12 della Convenzione sui diritti delle Persone con Disabilità e diritto civile italiano", *Rassegna di diritto civile*, 2021, pp. 419-449.

- BARBA, V., "Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York", en Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, Manuel García Mayo (dirs.), Cristina Gil Membrado, Juan José Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, Las Rozas, Madrid, 2021.
- BARBA, V., "El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006", en José Ramón de Verda y Beamonte (dir.), Pedro Chaparro Matamoros, Álvaro Bueno Biot (coords.), *La reforma en materia de discapacidad: una visión integral de la ley 8/2021, de 2 de junio*, tirant lo blanch, Valencia, 2022.
- BARCELONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra Codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.
- BATTELLI, E., "I diritti dei minori nell'ordinamento italiano, europeo e internazionale", en E. Battelli (coord.), *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Giappichelli, 2021.
- BILOTTI, E., "Diritti e interesse del minore", en R. Senigaglia (a cura di), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Pacini, Pisa, 2019.
- BUSNELLI, F. D., "Capacità e incapacità del minore", *Diritto della famiglia e delle persone*, 1982.
- CHIASSONI, P., "Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica", *Giur. it.*, 2011, p. 1694.
- CINQUE, M., *Il minore contraente*.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. II, Instituto de estudios Políticos, Madrid, 1952, reedición 2008, Aranzadi, Navarra.
- DI SABATO, D., "Il contratto del minore tra incapacità di contrattare e capacità di consumare", *Rivista diritto dell'Impresa*, 2011, p. 75 y ss.
- ESCOBAR GALLARDO, P. y M. V. HERNÁNDEZ CÁDIZ, *Interés superior del niño principio general del derecho*, Hammurabi, Chile, 2018.
- GARCÍA PONS, A., "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España", *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, 2013.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Ibérico Americana*, No. 13, agosto 2020, p. 24 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P., "La responsabilidad precontractual", en Emilio Blanco Martínez y Antonio Manuel Morales Moreno (dirs.), *Estudios de derecho de contratos*, Vol. I, BOE, Madrid, 2022.

- GETE-ALONSO I CALERA, M. C., "Manifestacions de l'autonomia del menor en la normativa catalana", *InDret*, No. 1, 2005, p. 4.
- GIARDINA, F., *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1985.
- GIARDINA, F., "Il minore e il contratto", in R. Senigaglia (coord.), *Autodeterminazione e minore età. Itinerari di diritto minorile*, Giappichelli, Torino, 2020.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. R., "Responsabilidad civil del menor: cuestiones controvertidas", *La Ley. Derecho de familia*, No. 8, 2018, p. 5.
- LENTI, L., "Note critiche in tema di interesse del minore", *Rivista di diritto civile*, No. 1, 2016, pp. 87, 93.
- LLAMAS POMBO, E., "Daños causados por los menores de edad", *Práctica de Derecho de Daños*, No. 138, 2019, p. 3.
- LÓPEZ BARBA, E., *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., "La observación general primera del Comité de Derechos de las personas con discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en G. Cerdeira Bravo de Mansilla y L. B. Pérez Gallardo (dirs.); M. García Mayo (coord.), *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Bosch, 2021.
- MARTIN, W.; S. MICHALOWSKI, J. STAVERT, A. WARD, A. RUCK KEENE, C. CAUGHEY, A. HEMPSEY, R. MCGREGOR, *The essex autonomy project three jurisdictions report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, 2016, disponible en <https://autonomy.essex.ac.uk/wp-content/uploads/2017/01/EAP-3J-Final-Report-2016.pdf> [consultado el 18.04.2023].
- MARTÍN BRICEÑO, M. R., "La vulnerabilidad de las personas con discapacidad como consumidores", *Actualidad Civil*, No. 11, 2021, p. 7.
- MENGGONI, L., "Spunti per una teoria delle clausole generali", *Riv. crit. dir. priv.*, I, 1986, p. 10 y ss.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., "El menor maduro ante el derecho", *Eidon*, No. 41, junio 2014, p. 34.
- PERLINGIERI, P., "Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa", in *Dir. giur.*, 1975.
- PERLINGIERI, P., "L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi", in *Rass. dir. civ.*, 1985.
- PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Vol. II – *Fonti e interpretazione*, 4ª ed., Napoli, 2020.

- PINO, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- PINO, G., *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*, Mucchi Editore, Modena, 2019.
- PINO, G.; H. SÁNCHEZ PULIDO, P. CABALLERO ELBERSKI, A. MORALES VELÁSQUEZ, F. ORLANDO, D. DEI VECCHI, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*, Universidad del Externado, 2014.
- SENIAGLIA, R., "Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale", *Giustizia civile*, No. 1, 2019, p. 110.
- SENIAGLIA, R., "The best interest of the child tra persona e contratto", *Diritto delle successioni e della famiglia*, No. 3, 2019, p. 820.
- SENIAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Giappichelli, Torino, 2020.
- SENIAGLIA, R., "Il dovere di educare i figli nell'era digitale", *Persona e Mercato*, No. 3, 2021, p. 24.
- SERRANO CHAMORRO, M. E., "La responsabilidad civil del menor de edad: supuestos de moderación", *Actualidad Civil*, No. 15, 2011, p. 1 y ss.
- STANZIONE, P., *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975.
- TORRÉS COSTAS, M. E., *La capacidad jurídica a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, 2020.

Recibido: 14/2/2023

Aprobado: 9/4/2023

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International (CC BY-NC 4.0)

