

ESTUDIOS

ADOLESCENCIA, FAMILIA Y SUS DIMENSIONES JURÍDICAS*

SUMARIO.—1. Delimitación del tema: A) La adolescencia. B) La familia. C) Las relaciones jurídicas entre el adolescente y su familia.— 2. Dos momentos fundamentales para calificar la situación jurídica del adolescente en las relaciones con su familia: A) La edad. B) Su condición de persona.— 3. La patria potestad como institución familiar para el cuidado y promoción de los hijos: A) Referencia histórica. B) Su regulación por el Código Civil. C) Reformas introducidas por el nuevo Derecho de Familia.— 4. Titulares de la patria potestad: A) Titularidad dual y sus excepciones. B) Titularidad y ejercicio. C) Modalidades del ejercicio de la patria potestad.— 5. Contenido de la patria potestad: A) Deberes de los padres. B) Deberes de los hijos.— 6. Funcionamiento de la patria potestad: A) Actuaciones de los padres. B) Participación de los hijos. C) La intervención judicial.— 7. La irrupción de los derechos fundamentales del menor adolescente en los esquemas funcionales de la patria potestad: A) La libertad del menor. B) Conflictos entre padres e hijos. C) Armonización de libertad del menor y solidaridad familiar. D) Examen de algunos supuestos.

* Ponencia leída en las «II Jornadas de Estudio sobre la familia», organizadas por la «Escuela Superior de Ciencias de la Familia de la Universidad Pontificia de Salamanca» (Murcia, 15-16 de marzo de 1991).

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Antes de entrar en su desarrollo es conveniente que queden debidamente configurados, desde el punto de vista jurídico, las dos importantes realidades sobre las que se asienta nuestro tema: la adolescencia y la familia, que vamos a examinar separadamente para pasar a estudiarlas después en su relación desde la perspectiva del Derecho.

I. LA ADOLESCENCIA

La Psicología ha puesto de relieve la importancia que tiene esta etapa del desarrollo de la persona, que configura de modo decisivo lo que va a ser el adulto. En efecto, la adolescencia es un período de transición desde la infancia a la edad adulta, con transformaciones profundas a través de unos cambios que han de hacerse bien y a su tiempo para alcanzar una adecuada madurez. En un importante documento pontificio, que revela la sabiduría y la experiencia de la Iglesia católica en el conocimiento de la juventud, se describe la adolescencia como «un momento de descubrimiento de sí mismo y del propio universo interior, etapa de proyectos generosos, en que brota el sentimiento del amor, los impulsos biológicos de la sexualidad y el deseo de la socialidad, tiempo de una alegría particularmente intensa, juntamente con el descubrimiento embriagador de la vida. Con frecuencia es también la edad de los interrogantes más profundos, de las indagaciones ansiosas que muchas veces conducen a frustraciones, de una cierta desconfianza hacia los demás con dañosos repliegues sobre sí mismo, tal vez la edad de las primeras derrotas y amargas»¹. Son muy prolijos los análisis y descripciones que ofrece la psicología de la adolescencia, tramo vital que suele situarse entre los 13 y los 18 años para las mujeres y entre los 14 y los 18 para los varones². Algunos autores añaden un año de preadolescencia y otro de postadolescencia. Se trata de apreciaciones generales y estadísticas que, en concreto, presentan variaciones en más o menos por razones individuales, familiares, sociales, escolares y de otro orden³.

1 Exhortación apostólica «Catechesi tradendae» (AAS, LXXI, 1979), p. 1.309.

2 HURLOCK, E.B.: *Psicología de la adolescencia*, México, Buenos Aires, Barcelona, 1985, pp. 15 y ss.

3 LEHALLE, H.: *Psicología de los adolescentes*, Barcelona, 1986, p. 30.

El Derecho no tiene en cuenta la adolescencia como una etapa definida y específica del proceso vital humano. El término más próximo sería la pubertad, que se utilizó para señalar el comienzo de la edad apta para contraer matrimonio y que el Derecho romano fijó ya en 14 años para el varón y 12 años para la mujer, a partir de las cuales se presumía la capacidad procreativa. Pero, la pubertad no coincide con la adolescencia, a la que aporta ciertamente su faceta biológico-reproductiva, pues ésta tiene un contenido mucho más rico y se traduce en una original conjunción de caracteres específicos superadores de los que indentifican la pubertad.

Hoy se habla y se escribe acerca de un Derecho de menores o juvenil, pero aún no ha alcanzado a constituir un Ordenamiento especial sistemático, sino que se construye simplemente por yuxtaposición de normas de diversa naturaleza: penal, civil, administrativa e internacional que tienen como objeto común la protección del menor, tanto durante la infancia como durante la adolescencia ⁴. Por otra parte, ante el protagonismo que los jóvenes van teniendo en la vida social, escolar y política, con exteriorizaciones clamorosas como el mayo francés y las revueltas estudiantiles de la enseñanza secundaria, se va abriendo paso el reconocimiento de la capacidad de obrar de los adolescentes que tienen la suficiente capacidad natural, es decir, madurez suficiente de juicio para actuar responsablemente. No obstante, el *status* jurídico del adolescente permanece estancado y se le sigue calificando como menor de edad, que vive y se desarrolla en el seno de una familia bajo la potestad de sus padres, aunque no puede desconocerse que el adolescente va ganando en autonomía conforme el Derecho impone el respeto a su propia personalidad y el reconocimiento y defensa de los derechos humanos que las normas constitucionales e internacionales reconocen a toda persona, sin discriminación por razón de la edad.

2. LA FAMILIA

Domina hoy, sociológica y jurídicamente, un concepto plural de la familia, por lo que los adolescentes se encuentran insertos en diversos

⁴ Cfr. RICO PÉREZ, F.: La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho civil, Madrid, 1980, pp. 19 y ss.; LÓPEZ HERNÁNDEZ, G.M., La defensa del menor, Madrid, 1987, pp. 15 y ss.

modelos familiares, que pueden condicionar sus relaciones con los padres o con las personas que ejerzan la patria potestad. En nuestra sociedad ocupa el primer plano la familia fundada sobre el matrimonio, también denominada familia legítima, y la Constitución española la favorece protegiendo el derecho a contraer matrimonio (art. 32). Pero, en el art. 39 proclama, sin establecer distinciones, que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», término este que ha de entenderse en sentido amplio para abarcar tanto la familia matrimonial como todo modelo asentado sobre una relación monógama, heterosexual, seria y estable que imite a la familia matrimonial. Cumplen una importante función hacia los menores de edad las familias adoptivas, estén casados o no los adoptantes, siempre que en este último caso constituyan pareja de hombre y mujer unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal, tal como establece la Disposición adicional 3ª a la Ley de 11 de noviembre de 1987, sobre adopción. Hay que añadir las familias que se limitan a acoger legalmente a menores o los guardan de hecho, así como las familias monoparentales constituidas por madre soltera o viuda o unipersonal por cualquier otra causa.

Esta noción amplia de familia favorece el interés del menor, al no ponerse trabas formales, ni sociales, para que aquél encuentre las mayores posibilidades de inserción en una familia, en cuyo seno pueda crecer y desarrollar su personalidad. Es el mismo criterio que sigue la recomendación inserta en el Preámbulo de la «Convención sobre derechos del niño» suscrita en Madrid el 20 de noviembre de 1989 y que dice: «El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión»⁵.

En el aspecto funcional, el respeto a la autonomía de la familia se traduce de hecho en variaciones que cubren una amplia gama que discurre entre dos modelos extremos, el que se basa en la autoridad de los padres para el gobierno de los hijos, sin participación de éstos; y el que se centra en relaciones participativas amplias y de mutua comprensión en la dirección por los padres del cuidado y educación de los hijos.

La autonomía de la familia respecto del Estado y de los demás poderes

⁵ Fue ratificada por España el 26 de enero de 1990 y entró en vigor en nuestro País el 5 de enero de 1991 (BOE del 31 de diciembre de 1990).

públicos no excluye la regulación jurídica, aunque sea en grado mínimo, de aspectos orgánicos y funcionales que se estiman necesarios para que sea efectiva la protección garantizada por la Constitución, tanto de las personas que integran la familia, como de sus patrimonios y del propio régimen familiar constituido, en su mayor extensión, por reglas tradicionales y consuetudinarias, así como por decisiones acordadas y conductas aceptadas que, sin formalismos, nacen casi rutinariamente del afecto y compenetración entre los padres y entre estos y los hijos, manteniéndose el funcionamiento de estas familias en el ámbito del marco establecido por las leyes ⁶. Por el contrario, en familias con problemas surgidos unas veces del enfrentamiento entre los miembros de la pareja o de su abusivo ejercicio de la patria potestad y otras de desviaciones del hijo adolescente por mal uso de su libertad, se rompen los patrones legales y se rebasan las fronteras del Derecho privado (Derecho de la Familia) y han de entrar en juego otros mecanismos correctores de naturaleza pública (Derecho para la Familia), penales y asistenciales, en donde con frecuencia se impone la sustitución de la familia por otros organismos o personas que la suplen ⁷. Y es que hay y seguirán habiendo familias de riesgo social, en las que se quiebran los esquemas legales previstos para lo que se denomina, en términos metafóricos, fisiología normal de la familia equilibrada y educadora.

La otra quiebra de la familia es la disociación por separación o divorcio de los cónyuges, o por nulidad del matrimonio, y el Derecho también interviene para que, aún de modo imperfecto, prosiga la función de cuidado y educación de los hijos.

En todo caso, la intervención del Derecho es inversamente proporcional al grado de normalidad funcional de la familia, de tal manera que donde reina la comprensión, el afecto y el interés supremo de la familia, que es el interés de todos y cada uno de sus miembros, está ausente la aplicación formal del Derecho, porque están ausentes los graves conflictos y en esa familia actúan eficazmente los mecanismos internos de solución de los que pudieran producirse.

⁶ Cfr. DÍEZ PICAZO, L.: Familia y Derecho, en VARIOS AUTORES, Protección jurídica de la familia, Madrid, 1982, pp. 3 y ss.

⁷ LÓPEZ HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 23 y ss.

3. LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ADOLESCENTE Y SU FAMILIA

En esta relación se va a centrar el presente estudio, teniendo en cuenta la posición jurídica del menor en su familia y la función que ésta desempeña en el desarrollo del adolescente. También puede considerarse a éste como padre o madre de familia, haya contraído o no matrimonio, situación excepcional prevista por el art. 157 del Código civil; pero, insisto, el interés del Derecho y, por consiguiente de nuestro estudio, recae sobre la posición del adolescente desde su perspectiva de hijo, que es la normal, siendo extraordinarios los supuestos de adolescentes en situación de padres.

Aquellas relaciones se han caracterizado tradicionalmente por el omnímodo poder del paterfamilias sobre los hijos y sobre todos cuantos se encontraban bajo su potestad, hasta que salían de ella, dentro de una familia extensa y patriarcal en donde no se ofrecían cauces para formalizar los conflictos que, sin duda existían, y que se desplazaban hacia vías de hecho, violentas o pacíficas. La familia nuclear postindustrial que, además, está protegida por Estados democráticos y de Derecho, no es ya apta para el ejercicio autoritario de poderes, si se tiene en cuenta la igualdad de los cónyuges, equiparados en el gobierno de la familia, y el reconocimiento a los adolescentes de su propia personalidad y de los derechos fundamentales que deben ser respetados por los padres y actuar siempre en interés de los hijos menores de edad.

Han cambiado las bases sociales y económicas de la familia y, consecuentemente, se ha introducido un nuevo orden jurídico de su gobierno basado en normas de distinta procedencia, tanto constitucionales, como ordinarias y de Derecho internacional, con frecuencia imprecisas y no siempre coherentes, lo que dificulta su aplicación y permite que la doctrina se haya afiliado a tres posiciones en lo que se refiere al gobierno de la familia: la que considera preferente el interés de la familia, representado por la autoridad de los padres; la que todo lo subordina al interés supremo del menor, al que ha de someterse la acción de los padres; la que, sensatamente, defiende un sano equilibrio entre la libertad de los hijos y la autoridad de los padres para dirigir esas libertades en interés de los propios hijos que es el de la misma familia.

II. DOS MOMENTOS FUNDAMENTALES PARA CALIFICAR LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ADOLESCENTE EN LAS RELACIONES CON SU FAMILIA

El Derecho no distingue ni regula particularizadamente las sucesivas etapas de la existencia humana perfiladas por la Psicología evolutiva. Este desajuste con la realidad antropológica se debe, a mi juicio, a varios factores: uno es la simplificación reductiva típica del Derecho en aras de la seguridad jurídica en su aplicación; otro es el retraso con que el Derecho asimila los cambios sociales a la espera de comprobar la consolidación de los mismos; y, por último, también ha de considerarse que no todos los análisis de las Ciencias humanas tienen una traducción jurídica.

Pero por lo que respecta a la adolescencia yo estimo que ha alcanzado ya unos caracteres propios e individualizadores con fuertes rasgos de un estadio evolutivo de la persona que rebasa los estrictos límites de la minoría de edad, que está obligando a que se le preste la debida atención desde el Derecho con las adecuadas especificaciones normativas. Y se viene haciendo, pero de manera dispersa, sin sistema, parcheando el régimen jurídico del menor. Porque actualmente el adolescente sigue siendo ante el Derecho un menor de edad, incapaz para actuar jurídicamente, salvo las excepciones que se han ido introduciendo al reconocer la capacidad natural del adolescente y su condición de persona. Así, pues, el adolescente tiene la doble condición de menor de edad y de persona, aquella restrictiva y ésta extensiva de su capacidad jurídica, que habrán de armonizarse para la correcta comprensión de la dimensión jurídica del adolescente.

I. LA EDAD

La vida del hombre se encuadra por el Derecho en dos grandes etapas: la minoría de edad y la mayoría de edad. «La peculiaridad del sistema moderno —escribe el Prof. De Castro— es la división radical de la vida del hombre en dos estados, cuyas fronteras se cruzan al pasar de esa edad que hace mayor, con lo que la mayoría de edad adquiere el valor sustantivo de ser una edad creadora y la única que crea, por sí sola, el estado en que se goza

de la plenitud de la capacidad⁸. La edad por sí sola es la que crea el estado de capacidad de obrar, de la que antes de ella se carece. Y el adolescente queda del lado de la minoría de edad, pese a que, sucesivamente, se ha rebajado la mayoría de edad desde la histórica de 25 años hasta la actual de 18 años, pasando por los 23 que estableció el Código civil y los 21 que introdujo la Ley de 13 de diciembre de 1943⁹. El adolescente sigue teniendo la condición jurídica del menor de edad, como el niño que apenas cuenta con unos días de vida y todavía carece de uso de razón. Este es el punto de partida para la valoración del adolescente por el Derecho y un texto tan avanzado como la citada «Convención sobre los derechos del niño» comienza estableciendo en su art. I que «para los efectos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad».

La restricción típica del menor es su incapacidad jurídica para obrar, es decir, para realizar por sí actos jurídicos. Así se deduce, *sensu contrario*, de lo dispuesto por el art. 322 del Código civil: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código». Esta incapacidad está justificada respecto de la edad infantil, pues el niño propiamente dicho carece de suficiente uso de razón para considerarle activamente capaz; pero, no es razonable que se extienda al adolescente esa incapacidad siendo así que reúne aptitudes naturales para actuar social y jurídicamente. Esta es la razón por la que se han tenido que reconocer excepciones a la regla general de incapacidad en relación con determinados actos concretos, como la edad de 14 años para otorgar testamento, excepto el ológrafo (art. 663 del Código civil) y ser testigo a partir de dicha edad en causa civil (art. 1.246 del Código civil) y criminal (art. 705 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Además, los

8 DE CASTRO, F.: Derecho civil de España, Parte general, II-1, Madrid, 1952, p. 156.

9 El art. 12 de la Constitución española ha establecido la mayoría de edad en los 18 años. Esta cobertura constitucional de la mayoría de edad, que garantiza su estabilidad y la unificación en todo el territorio del Estado, no significa que las leyes ordinarias no puedan establecer excepciones concretas de capacitación del menor para determinados actos jurídicos, ni que se haya borrado la diferencia de tratamiento de la minoría de edad en el derecho público y en el privado.

adolescentes, como menores de edad, han de estar representados por los padres que ostenten la patria potestad, salvo las excepciones que luego se verán (art. 162 del Código civil); pero, a veces, han de consentir expresamente ciertos actos, como repudiar herencia, legado o donaciones, si hubieren cumplido los 16 años (art. 166 del Código civil).

Como se aprecia, las excepciones a la incapacidad son muy escasas en el ámbito del Derecho civil, mientras que van alcanzando, por exigencias sociales, un amplio marco en el ámbito del Derecho público, en donde para el ejercicio de numerosos derechos la regla general es la capacidad del adolescente. Ya se va haciendo habitual en el léxico normativo el protagonismo de los jóvenes en numerosos campos de la vida social, laboral, cultural, política, etc., siendo frecuentes las referencias a asociaciones de agricultores jóvenes, a planes de empleo juvenil, a asociaciones culturales y deportivas juveniles, asociaciones estudiantiles, secciones juveniles en numerosas corporaciones y en los partidos políticos, habiéndose constituido en el Gobierno central y en los autonómicos, así como en los municipios, órganos burocráticos para coordinar y promover la acción juvenil. Estas regulaciones jurídicas de la adolescencia parten del reconocimiento de cierta capacidad de Derecho público para favorecer su directa participación en numerosas actividades con plena eficacia jurídica ¹⁰.

Y se está produciendo el fenómeno de que este avance hacia la autonomía del menor en el ámbito del Derecho público está influyendo poderosamente para que en el terreno del Derecho privado se vayan abriendo cauces de autonomía, aunque más moderada, en beneficio de la libertad del menor y del desarrollo de su persona, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

2. SU CONDICIÓN DE PERSONA

Las restricciones establecidas para el adolescente por razón de la edad contrastan con la amplia proyección jurídica que le atribuye, como a toda persona, la Constitución española, cuyo art. 10.1 proclama como funda-

¹⁰ El art. 48 de la Constitución dispone que «los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural».

mento del orden político y de la paz social, entre otros, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. Previamente, en el art. 9.2, se establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

De estos textos se deduce que el menor de edad, como persona facultada para protagonizar el ejercicio y defensa de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad, tanto individualmente, como dentro de la familia como grupo primario en el que se integra, debe gozar de capacidad de obrar en tanto y cuanto tenga posibilidad de hacerlo por gozar de aptitud natural suficiente; y por debajo de esa edad serán sus representantes legales o el Ministerio Fiscal los que accionarán por él, e incluso el propio menor podrá denunciar directamente situaciones injustas para su persona o peticiones de asistencia social, como también podrá hacerlo cualquier pariente o allegado¹¹.

Este desequilibrio entre las restricciones de capacidad del adolescente por considerársele menor de edad y las ampliaciones que derivan de su condición de persona, es exponente de la etapa de transición en que nos encontramos y que ha de evolucionar para que se vayan reajustando y

11 Hay que distinguir entre denuncia, que el menor puede formular directamente sin limitación de edad, manifestando ante la autoridad judicial situaciones que le perjudican, v. gr.: art. 158 del Código civil, según el cual «el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal...»; derecho de queja ante el Defensor del Pueblo, conforme al art. 9 de la Ley Orgánica de 6 de abril de 1981; derecho de petición, previsto por el art. 29 de la Constitución a todos los españoles; ejercicio de acciones procesales civiles, que según el art. 2º de la Ley de Enjuiciamiento civil están reservadas solamente a «los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles» y en otro caso «comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho», texto que habrá que moderarse por lo que dispone el art. 162 del Código civil en cuanto a excepciones a la representación de los hijos menores no emancipados por sus padres, y el art. 1.988, redactado de nuevo por la Ley de 29 de mayo de 1989, que excluye al hijo de la habilitación para comparecer en juicio cuando haya de litigar con su padre o madre; acción procesal penal, que pueden ejercitar los menores cuando se trate de delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines (art. 102 de la Ley de Enjuiciamiento criminal).

coordinando ámbitos del Derecho público y del privado comunes a los aspectos existenciales de la persona. Y en este proceso evolutivo la fuerza de atracción la ejerce el Derecho público, que impulsa hacia una ampliación de la capacidad civil del adolescente y ha acelerado el proceso de transformación del gobierno de la familia aboliendo el principio de autoridad monárquica del paterfamilias, para imponer la igualdad de los cónyuges, así como los derechos de los hijos, como personas, dentro de la familia, que conduce hacia una regulación de la dinámica de equilibrio entre posturas de libertad y de solidaridad en las relaciones jurídicas entre padres e hijos.

III. LA PATRIA POTESTAD COMO INSTITUCIÓN FAMILIAR PARA EL CUIDADO Y PROMOCIÓN DE LOS HIJOS

Cuando se ha de explicar la dimensión jurídica del adolescente en relación con su familia tenemos que hacerlo a través del instituto de la patria potestad, que hoy se configura en torno a un minimum de derechos y deberes que garanticen la estabilidad y el equilibrio de las relaciones entre padres e hijos menores de edad no emancipados.

En España continuamos siendo fieles en buena parte al modelo romano de la *patria potestas*, pero que ha pasado por tantas reformas que ya no es ni potestad dominadora del menor, sino función al servicio de su desarrollo personal, ni es tampoco exclusiva del padre, sino que se atribuye conjuntamente a ambos progenitores, iguales en derechos y deberes, y tiene una duración limitada, pues se acaba al alcanzar el hijo la mayoría de edad, o antes mediante la emancipación.

I. REFERENCIA HISTÓRICA

La patria potestad fue un modelo de autoridad repetido en los pueblos de la antigüedad como demuestran, según Bonfante, los numerosos escritores antiguos que nos han transmitido episodios de ejercicio de la patria potestad, caracterizados por su extrema severidad ¹².

¹² BONFANTE: Corso di Diritto romano, I, Roma, 1925, p. 71, n.º 2 y 72, n. 1., cit., por CAPOGRASSI, Patria potestà: a) Diritto romano, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXXII, p. 242.

En el Derecho romano arcaico el poder del paterfamilias tiene carácter absoluto y constituyó una especie de soberanía política. Era un poder que abarcaba el *ius vitae ac necis*, el *ius vendendi* (como esclavo), el *ius noxae dandi* (ceder a otros el hijo para librarse de las consecuencias de un acto ilícito cometido por aquél), el *ius exponendi* (al hijo recién nacido). Este cruel contenido fue dulcificándose progresivamente por influencia del cristianismo, pues, como escribe Castán Vázquez, la concepción cristiana de la familia era incompatible con el antiguo carácter del poder paterno. La patrística desarrolló la doctrina paulina, elaborando una nueva concepción de las relaciones paternofiliales inspirada en la *paterna pietas*. Al influjo cristiano hay que atribuir la legislación que, en época de Constantino, atenuó las facultades del padre y dignificó la situación del hijo, así como la que, con Justiniano, dulcificó definitivamente la patria potestad proclamando que ésta *non debet in atrocitate sed in pietate consistere* (D. 48,9,5) ¹³.

En el Derecho germánico no se diferenció ostensiblemente la patria potestad respecto de la romana; pero, constituida la familia en el seno del más amplio grupo de la *Sippe*, ésta moderaba la acción del paterfamilias cuando resultaba excesiva, contribuyendo a defender la posición de la mujer y teniendo que intervenir la autorización de los parientes en los negocios de los hijos. La conclusión a que llegan los historiadores es que el poder del padre germánico fue menos extenso y absoluto que el del paterfamilias romano ¹⁴.

Durante el medievo la continuada influencia cristiana y la evolución de las costumbres suavizaron aún más los rigores de la patria potestad. Su duración indefinida desapareció para limitarse al tiempo de la menor edad del hijo y el rechazo de la dureza de la patria potestad romana se llevó hasta el extremo de que algunos pueblos repudiaran la patria potestad. Así en las costumbres francesas se tenía por axiomático el principio: *droit de puissance paternelle n'a lieu* y las Observancias de Aragón afirmaban: de *consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*. Como aclara Castán Tobeñas, no

13 Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: La patria potestad, Madrid, 1960, p. 24.

14 Vid. SCHWARZENBERG: Patria potestà: b) Diritto intermedio, en «Enciclopedia del Diritto», vol. XXXII, pp. 249-250.

significaban estas máximas que la autoridad paterna fuera desconocida, sino que se ejercía en interés de los hijos ¹⁵.

Las detenidas investigaciones que se han realizado sobre la patria potestad en el Derecho histórico español permiten ofrecer unas conclusiones bastante seguras sobre la persistencia de dicha institución, pero muy dulcificada por la influencia cristiana, tanto bajo el Derecho visigodo, como bajo el régimen de los Fueros extensos y de las Partidas. En el Fuero Real la benignidad se trasluce en este texto: «...e maguer que el padre haya gran poder sobre los hijos, que no queremos que los pueda vender, ni empeñar, ni dar; e quien contra ésto los comprare, o los rescibiere en peños, pierda el precio, e los fijos no hayan ningún daño; e si fuera dado, el donadio no vala» (Lib. III, Tit. X, Ley 8^a). Las Partidas reciben el régimen típicamente justiniano y la regla general es que el poder paterno se ejerza con moderación; por ello se proclama que el derecho de corrección debe ejercitarse con mesura y con piedad y se sanciona con la pérdida de la patria potestad el castigo cruel (Part. 4^a, Tit. 18, Ley 18) ¹⁶.

El Código de Napoleón, modelo de muchos, entre ellos el nuestro, mantuvo las líneas generales de la patria potestad romana, desechando el *Droit coutumier* propio y el Derecho revolucionario jacobino. Atribuyó al padre (y en medida subsidiaria a la madre) un complejo de poderes, derechos y prerrogativas respecto del hijo, reunidos bajo la denominación de poder paterno, que recae sobre la persona y el patrimonio de los hijos menores. El modelo napoleónico de una familia fuerte, construida enteramente sobre los valores de la autoridad y de la jerarquía, no podía dejar de reflejarse en el tratamiento de los hijos, que se caracterizó en el orden personal por las poderosas y penetrantes prerrogativas paternas en el derecho de guarda y en el de corrección, en el que el poder público actuaba como brazo secular de las decisiones correccionales paternas. Ese poder se atenúa con ciertas limitaciones de los poderes del padre, la temporalidad de la patria potestad y la subsidiariedad de ejercicio por la madre ¹⁷.

15 CASTÁN TOBEÑAS, J.: Derecho civil español, común y foral, V-2^o, Madrid, 1985, p. 208.

16 Vid. OTERO, A.: La patria potestad en el Derecho histórico español, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 1956, pp. 209 y ss.

17 Vid. BESSONE-ROPPE: Il Diritto di Famiglia, Turín, 1979, p. 84.

En España, la ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870 sigue estas premisas y añade la extinción de la patria potestad por emancipación, que tiene lugar por el matrimonio, recoge el carácter supletorio de la potestad materna, modera el derecho de corrección que asiste a los padres sobre los hijos y funda la patria potestad en la paternidad y no en el matrimonio, por lo que aquélla se atribuye por la ley tanto en el supuesto de filiación legítima como si la filiación es natural.

2. SU REGULACIÓN POR EL CÓDIGO CIVIL

El Código civil no se aparta de esta línea normativa y configura un modelo de patria potestad de autoridad, que la doctrina y la jurisprudencia fueron adaptando progresivamente a la realidad social para regularla como una función al servicio de la protección del hijo y defensa de sus intereses, que comprendía el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo. Fundamentalmente se traducía en deberes relativos a la guarda y dirección del menor y si es verdad que también señalaba derechos del padre, tanto en la esfera personal como en la patrimonial, tales derechos estaban sujetos a límites y excepciones que mostraban bien a las claras su verdadera finalidad de servicio¹⁸. Una sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1950 señaló que la patria potestad está establecida por el moderno derecho en beneficio de los hijos y se integra por un contenido de facultades y deberes para el bien de los hijos no emancipados. Y la más reciente, de 9 de marzo de 1989, no descuida atender a la posición de los padres y declara que la amplitud del contenido del precepto (se refiere al art. 171 del Código civil) y la variedad de las circunstancias han de ser tenidas en cuenta para juzgar de los actos de los padres siempre con la mira puesta en la utilidad de los hijos, pero sin olvidar la dignidad de sus progenitores.

¹⁸ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: La patria potestad como función en el nuevo Derecho de Familia, en «Documentación Jurídica», enero-diciembre 1982, p. 189.

3. REFORMAS INTRODUCIDAS POR EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA

Las transformaciones operadas en la constitución de la familia, el predominio de su funcionalidad personalista como comunidad al servicio del desarrollo de sus miembros y principalmente de los hijos, la debilitación del principio autoritario por haberse visto afectada también la familia por los valores y principios fundamentales de libertad e igualdad, los movimientos de liberación de la mujer y de los jóvenes, todos estos y otros factores que han estudiado los sociólogos ¹⁹, se ha traducido en una profunda modificación de las relaciones entre padres e hijos, que ha incidido en el régimen jurídico de la patria potestad acorde con la nueva realidad social y con las normas constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales de la persona.

La reforma española llevada a cabo por las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, seguidas por la de 24 de octubre de 1983, en materia de tutela, y la de 1 de noviembre de 1987, en materia de adopción, constituyen los pilares sobre los que se asienta el nuevo Derecho de Familia y que sigue muy de cerca las precedentes reformas acometidas por otros Ordenamientos europeos, como el francés, alemán, italiano y portugués.

Hay unas notas que destacan en la reforma española del Derecho de familia y que han sido puestas de relieve por el Prof. Díez Picazo ²⁰:

1^a Declina la patria potestad fundada en la autoridad paterna.

2^a Se introduce la patria potestad conjunta del padre y de la madre.

3^a Consecuentemente, en caso de discrepancia será precisa la intervención de un tercero dirimente, función que la ley atribuye al Juez.

4^a Predomina lo personal sobre lo patrimonial, siendo este factor instrumento de aquél.

5^a Participación de los hijos en algunos asuntos que le conciernen.

6^a Intervención preventiva y solutoria del Juez en los conflictos entre padre e hijos.

19 Vide.: FROMM, HERKHEIMER, TALCOT PEARSONS y otros, *La Familia*, Barcelona, 1974; SCHORTER, E., *Naissance de la famille moderne*, París, 1977; MICHEL, A., *Sociología del matrimonio y de la familia*, Barcelona, 1974.

20 DÍEZ PICAZO, L.: *La reforma del Código civil en materia de patria potestad*, en VARIOS AUTORES, *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, pp. 291 y ss.

7ª La patria potestad se constituye como una función en beneficio de los hijos.

Puede afirmarse con Rescigno que quien ha salido ganando con la reforma ha sido el menor en su calidad de persona. De la originaria condición que le envilecía casi al rango de cosa, una evolución a veces lenta y en otras ocasiones más diligente alcanza como punto de llegada la adquisición y reconocimiento de la dignidad de la persona ²¹. Esta ganancia del menor le ha venido por la vía del Derecho público que ha exigido las reformas del Derecho privado en este punto, como tendremos ocasión de examinar más adelante.

No obstante las reformas legales, en el Derecho español el adolescente sigue recibiendo la calificación de menor, en principio incapacitado para obrar jurídicamente y ni aún se ha tenido en cuenta, por lo menos, la realista disposición del nuevo art. 1.626 del Código civil alemán: «En el cuidado y educación atenderán los padres a la creciente capacidad y necesidad del hijo de una actuación independiente y conscientemente responsable. Hablarán con el hijo, en tanto resulte indicado por el estado de su desarrollo, de las cuestiones del cuidado paterno e intentarán ponerse de acuerdo». Y es que, alcanzada la edad de la adolescencia, es muy conveniente que el joven participe en la dirección de los asuntos que le afectan y también en otros comunes de la familia, para que se ejercite responsablemente en su progresiva independización dentro de su integración en la familia que, de esta manera, contribuye eficazmente al desarrollo personal de sus miembros más jóvenes. En este sentido establece el art. 5 de la Convención sobre derechos del niño que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

La reforma española no ha optado ni por otorgar un estatuto especial a la adolescencia, situado entre la minoría y la mayoría de edad, ni por la fórmula alemana que obliga a los padres a una liberalización progresiva de los hijos adolescentes conforme a la evolución de su desarrollo. Ha regula-

21 RESCIGNO, P.: I minori tra famiglia e società, en «Il Diritto di Famiglia e delle Persone», 1982, p. 274.

do una vía intermedia que consiste en mantener la posición de minoría de edad del adolescente, pero con excepciones en beneficio de su participación y de su capacidad. Así, en algunos supuestos se exige que sea oído el adolescente por los padres o por el Juez antes de adoptar una medida que le afecte, sin que esta consulta sea vinculante; en unas pocas ocasiones es necesario el consentimiento del joven; y se le faculta para ejercer por sí mismo ciertos derechos, como los de la personalidad, y para realizar determinados actos jurídicos, como otorgar testamento. Estas concesiones, unidas a las que la Constitución otorga a todos los ciudadanos como titulares de derechos humanos y libertades públicas permite configurar jurídicamente al adolescente, aunque sea por estas vías de excepción, como un sujeto de derecho con titularidades jurídicas limitadas propias de su condición de persona en desarrollo bajo la dirección de sus padres, que cooperan a la formación de la personalidad del hijo adolescente.

No parece que la sociedad española haya asimilado todavía la reforma jurídica de las relaciones entre adolescentes y su familia, sino que se suele proceder con arreglo a las pautas tradicionales y de una manera rutinaria. Las familias no se han enterado de la reforma y no muestran interés por conocerla; es cierto que en nuestras familias los jóvenes viven con más independencia y que se relaja la autoridad de los padres, pero ello se debe más a los cambios sociales que a la nueva orientación legislativa sobre la patria potestad. La respuesta de las familias es variable: unas rechazan estas libertades de los hijos, otras las toleran y hay también las que saben canalizarlas con un sentido de afectivo entendimiento y cooperación familiar. Los conflictos se padecen, disimulada u ostensiblemente, con situaciones más o menos violentas; pero, no parece que estos conflictos entre padres e hijos afluyan a los tribunales de justicia, salvo aquellas situaciones extremas que llegan a los juzgados de menores o centros de asistencia para jóvenes marginados y desadaptados en situación de peligro. No es raro que las desavenencias con los hijos concluyan en procesos de separación conyugal y de divorcio, porque los padres no han sabido superar entre ellos los problemas con los hijos y recurren para resolverlos a rupturas que serían evitables ayudando a estas familias a superar sus problemas con los hijos.

IV. TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD

La denominación *patria potestad* responde a una configuración monocrática de la familia, con único centro de poder y de gobierno que recaía en el *paterfamilias*, al que estaban sometidas cuantas personas pertenecían a esa familia y mientras permanecían en ella. No se ha demostrado que la mujer tuviera una participación importante en la patria potestad²² y hay que esperar a los tiempos actuales en los que, por aplicación del principio de igualdad proclamado por las Constituciones y por textos internacionales, se ha tenido que atribuir la potestad sobre los hijos a ambos padres conjuntamente. Así que ya no hay patria potestad, aunque siga empleándose la denominación, sino potestad o autoridad de los padres que, en lo fundamental, sigue regulándose bajo la antigua concepción y contenido.

I. TITULARIDAD DUAL Y SUS EXCEPCIONES

La igualdad jurídica de los esposos viene establecida por el art. 32.1 de la Constitución, que dispone: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», igualdad que con carácter general se predica por el art. 14 de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. A la patria potestad dual se refiere el art. 39.3 cuando establece: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda».

En correspondencia con dichos textos constitucionales dispone el art. 154 del Código civil, reformado, que «los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre». Se trata de una potestad común o *compotestad*, como la denomina Díez Picazo²³ porque concurren dos titu-

22 Cfr. FUENTE NORIEGA, M.: La patria potestad compartida en el Código civil español, Madrid, 1986, pp. 71 y ss.

23 DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS: Sistema de Derecho civil, Vol. IV, Madrid, 1989, p. 286.

lares de un único poder jurídico que corresponde a ambos progenitores, ya estén unidos matrimonialmente, o no lo estén, o sean padres por adopción.

Sin embargo, solamente ostentará la titularidad de la patria potestad uno de los padres en los casos siguientes:

1º Muerte o declaración judicial de fallecimiento de uno de los padres, sobreviviendo el otro (art. 169, 1º del Código civil).

2º Cuando en sentencia dictada en causa criminal se prive de la patria potestad a uno de los padres (art. 170 del Código civil), tal como prevé el art. 452, bis, g) del Código penal respecto del ascendiente que perpetrare alguno de los delitos contra la libertad sexual comprendidos en el Título IX de dicho Código.

3º Privación de la patria potestad de uno de los cónyuges en sentencia dictada en causa matrimonial, pues el Juez dispone en ella de facultades para privar de la patria potestad cuando en el proceso se revela causa para ello (art. 92 y 170 del Código civil).

4º Privación de la patria potestad acordada en sentencia y fundada en incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (art. 170 del Código civil).

Recoge, además, el Código civil dos supuestos de exclusión de la patria potestad, quedando siempre a salvo la obligación de los padres excluidos de velar por los hijos y prestarles alimentos. Ambos se regulan por el art. 111 y guardan relación con situaciones de filiación, en un caso por razones de orden penal y en el otro de ámbito civil. En el primer caso queda excluido de la patria potestad el progenitor que haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación en sentencia penal firme en la que se hiciera declaración de paternidad respecto de los reos por delitos de violación, estupro o rapto, conforme autoriza el art. 444 del Código penal, en relación con los arts. 115, 2º y 120, 3º del Código civil. El indigno proceder paterno es la causa de esta sanción que priva de la patria potestad. En el otro caso, la exclusión de la patria potestad se impone legalmente cuando la filiación haya sido judicialmente determinada en el correspondiente proceso civil contra la oposición del progenitor. Parece incongruente que si la sentencia declara la paternidad de aquél, aun contra su oposición, se le excluya del deber de la patria potestad, como si la decisión no tuviera fundamento sólido y tuviera que prevalecer la actitud opositora del progenitor, sin contar, por otra parte, que el interés del menor aconseja, por lo

menos, esperar a comprobar la actitud del padre respecto del hijo después de que sea firme la sentencia. Una acertada interpretación restrictiva del precepto ha motivado que el Tribunal Supremo aplique por analogía el art. 111 del Código civil a un caso de impugnación por el padre de su paternidad, por guardar en el proceso una posición distinta a la de oposición (Sent. de 23 de julio de 1987).

Una modalidad peculiar es la titularidad incompleta de la patria potestad, cuando se priva parcialmente de ella por decisión judicial. El art. 170 del Código civil autoriza al Juez para que la decreta en los mismos casos en que puede acordar la privación total, por lo que se trata de permitir la imposición gradual y proporcionada de esta sanción acomodándola a la gravedad de las causas de la privación y atendiendo, a la vez, al interés del menor²⁴. Con estas facultades podría el Juez disponer que, por ejemplo, los asuntos personales se encomendaran a uno de los padres y los económicos al otro; o que los asuntos conflictivos se distribuyeran entre los padres para su mejor solución a cargo de uno de ellos, mientras que los pacíficos seguirían al cuidado de ambos.

2. TITULARIDAD Y EJERCICIO

La titularidad atribuye un derecho, deber o poder a un sujeto; ejercicio es la actuación de aquellos. En el derecho común histórico esta distinción se conoce, respecto de los derechos, con las denominaciones *ius radicale* e *ius expeditum*. El titular de un derecho tiene, normalmente, la facultad de ejercerlo, bien para usarlo o gozarlo, bien para defenderlo; pero, también puede suceder que por voluntad del titular o por disposición de la ley o por determinación judicial, la titularidad corresponda a una persona y el ejercicio a otra.

En materia de patria potestad la distinción se ha hecho imprescindible, pues la titularidad dual lleva consigo su ejercicio por ambos padres lo que dificultaría el gobierno de la familia al exigirse la actuación simultánea y continua de ambos. De hecho esta separación se viene observando en la

²⁴ Cfr. MONTES, V., en VARIOS AUTORES: Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Vol. II, Madrid, 1984, p. 1.135.

práctica y uno de los padres ejerce, en cada caso y según las circunstancias, la patria potestad, generalmente la madre, más en contacto directo con los hijos de corta edad; conforme van creciendo, la acción paterna se va significando más y, en todo caso, cuando hay entendimiento y compenetración entre los padres cada uno obra teniendo en cuenta lo que haría el otro si estuviera presente, y las decisiones conjuntas se vienen adoptando rutinariamente en asuntos de escasa importancia y con la debida reflexión cuando tienen cierta trascendencia. Así, resulta que la titularidad es dual, pero el ejercicio viene siendo en buena parte unilateral, lo que permite, por un lado, salvar el principio constitucional de igualdad y, por otro, hacer operativas esas titularidades a través de su ejercicio unipersonal que unas veces irá precedido de algún acuerdo entre los padres para distribuir las funciones, aunque lo ordinario será que se asuman de modo natural y sin previo acuerdo por el cónyuge que reúna las cualidades adecuadas para ejercerlas y teniendo en cuanto también las circunstancias del hijo, asunción de funciones que viene condicionada por usos sociales y familiares perpetuados en extensos núcleos de nuestra población.

La profunda y extensa transformación introducida por las leyes en la regulación del matrimonio y de la familia necesita un período de asimilación y no puede imponerse de oficio coactivamente. Así, observamos que hay familias en las que el padre sigue siendo la autoridad incontestable y la sumisión de los hijos casi absoluta, sin que la madre juegue papel decisivo como titular de la patria potestad. Es cierto que legalmente ambos padres son titulares, pero por vía de ejercicio el único que dispone es el padre; la madre y los hijos adolescentes podrían exigir sus nuevos derechos, pero, o los desconocen, o no se atreven a hacerlos valer, pues prefieren una paz impuesta a crear situaciones de violenta conflictividad, sobre todo si acuden al Juez. También hay familias en las que se ejerce la participación de la mujer e incluso de los hijos adolescentes en el gobierno de la familia y se van adaptando —o ya lo estaban— a las nuevas normas y al espíritu de los tiempos actuales.

3. MODALIDADES DE EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Las reformas del Código civil han facilitado el ejercicio de la patria potestad dual estableciendo una pluralidad de modalidades, atendiendo a

diversas circunstancias y según que los padres vivan juntos o separados ²⁵.

El principio general establecido por el art. 156 del Código civil es que la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, dualidad de ejercicio que se corresponde con la dualidad de titularidades. La dificultad de llevar a la práctica cabalmente esta dualidad de ejercicio es, por una parte, la necesidad de una comunicación constante de los padres para la ordenación de tantas y tan nimias cuestiones concernientes a la patria potestad; y, por otra, el riesgo de desacuerdos incluso en asuntos de poca monta que provocaría la afluencia al Juez de numerosos e insignificantes asuntos, como prevé el mismo artículo. De ahí que se haya suavizado el rigor del principio del ejercicio conjunto al disponer el mismo texto legal:

1º La patria potestad podrá ejercerse por uno solo de los padres con el consentimiento expreso o tácito del otro. En realidad, en este supuesto hay ejercicio conjunto, pero interviniendo delegación de uno de los padres en el otro, y aquí caben toda suerte de pactos lícitos sobre el alcance de la delegación, total o parcial, general o para determinados asuntos, e incluso delegaciones con reciprocidad, delegaciones que serán revocables, pues no privan al delegante de su potestad sobre los hijos. Más difícil será precisar si hubo consentimiento tácito; habrá que acudir a los medios legales de prueba para demostrarlo, valorándose especialmente que hubo signos y comportamientos externos acreditativos de que concurrió tal consentimiento.

2º Dispone el Código que serán válidos los actos que realice uno de los padres conforme al uso social y a las circunstancias. Es importante este precepto, pues siguen arraigados en las familias usos inveterados que establecen como normal e incuestionable lo que decide y hace la madre o el padre en relación con la patria potestad, atendida la materia y las circunstancias del caso. Cuidados médicos, enseñanzas, salidas de casa, amigos, vacaciones con parientes, etc. tienen unos usos de gobierno en los que unas veces basta la decisión de uno de los padres y, excepcionalmente, interviene el acuerdo entre ambos. Con esta fórmula se respeta el derecho consuetudinario familiar y hasta los usos sociales, que van aumentando la participación de los adolescentes en el gobierno de la familia.

25 Vid. DE PRADA, J.M.: La patria potestad tras la reforma del Código civil, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», XXV, 1982, pp. 386 y ss.; SEISDEDOS MUIÑO, A., La patria potestad dual, Bilbao, 1988, pp. 37 y ss.

3º También serán válidos los actos que realice uno de los progenitores en situaciones de urgente necesidad, en las que no cabe esperar la presencia del otro cónyuge, y se debe actuar en beneficio del menor. Incluso si luego se demostrara que la situación de urgencia era aparente, no por eso el acto dejará de ser válido si el progenitor obró de buena fe.

4º El ejercicio unilateral viene exigido también, conforme el art. 156:

a) En defecto de uno de los padres por muerte o declaración de fallecimiento y cabe añadir que por no determinación legal de paternidad.

b) Por ausencia o incapacidad, judicialmente declaradas.

c) Por imposibilidad, que comprenderá las situaciones de ausencia o incapacidad no declaradas judicialmente y cualesquiera otros supuestos, como secuestro, enfermedad, prisión incomunicada, etc.

Si los padres viven separados la patria potestad se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva. Este es el principio general establecido por el art. 156 del Código civil, que ofrece excepciones de ejercicio conjunto total o parcial, a criterio del Juez, siempre en interés del hijo. Para los casos de nulidad, separación y divorcio dispone el art. 92 que «podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos». Serios problemas plantea el ejercicio conjunto cuando falta la vida en común o, al menos, la frecuente comunicación entre los padres. De todos modos, el progenitor que no ostente la patria potestad está obligado a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos (art. 110 de Código civil) así como el derecho de relacionarse con ellos (art. 160), lo que permitirá al padre que no tenga consigo al hijo ejercer cierto control sobre el ejercicio de la patria potestad por el otro, incluso en el supuesto de que a aquél se le hubiera privado del ejercicio conjunto ²⁶.

En este régimen de atribución y distribución del ejercicio de la patria potestad deben ser oídos los hijos adolescentes afectados por los cambios de titularidad o de ejercicio de la patria potestad. En la adopción de medidas judiciales en proceso de nulidad, separación y divorcio la audiencia es obligada (art. 92). Y bajo régimen de convivencia de los padres éstos

²⁶ Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: El nuevo sistema matrimonial español, Madrid, 1983, pp. 345 y ss.

pueden establecer pactos de distribución del ejercicio de la patria potestad, siempre que no entrañen renuncia a la misma, ni perjuicio para el hijo²⁷. En cualquier otro caso, si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que le afecten» (art. 156), sin perjuicio de que puedan ser adoptadas judicialmente, incluso a instancia del propio hijo, las disposiciones apropiadas a fin de evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda.

V. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD

Hay Ordenamientos, como el español, que siguen manteniendo la figura de la patria potestad, pero muy atenuada en su autoritarismo y con extrapolaciones de su contenido a relaciones entre padres e hijos cuando aquellos no ostentan la patria potestad, tal como dispone el art. 110 del Código civil. Aquellas variaciones en la configuración de la patria potestad y esta cesión de contenidos a relaciones ordinarias entre padres e hijos menores, no justifican ya la pervivencia de la patria potestad, con sus reminiscencias de poder paterno, que muy bien podría haberse sustituido por un régimen abierto de relaciones paternofiliales en donde predominaría la función directiva de los padres respecto de los hijos adolescentes y de crianza de los impúberes, estableciéndose las peculiaridades propias del régimen del adolescente en su familia, tan alejado ya de los esquemas rígidos de la patria potestad.

La reforma del Derecho de Familia sigue manteniendo el contenido de la patria potestad orientado hacia una posición prevalente de los padres para satisfacer las necesidades corporales y espirituales de los hijos menores, atribuyendo a aquéllos las facultades y poderes necesarios para el ejercicio de funciones directivas del desarrollo y formación de los hijos, sin distinguir entre infancia y adolescencia, aunque la realidad y el buen sentido de los padres se impone y aquellos poderes y facultades se van adaptando en su ejercicio al progresivo desarrollo de los hijos, suavizándose los comporta-

²⁷ Cfr. FUENTE NORIEGA, ob. cit., pp. 214 y ss.; BERCOVITZ, R., en VARIOS AUTORES: Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, ob. cit., pp. 1.062 y ss.

mientos autoritarios paternos para dar entrada a la participación del hijo en su propia formación, conforme va alcanzando madurez de juicio.

Por lo demás, las leyes no son minuciosas a la hora de regular los contenidos de la patria potestad, limitándose a ofrecer unas reglas marco de relación padre e hijos que constituyen un *minimum* normativo general y que cada familia integra y completa con usos tradicionales, reglas morales y hábitos de conducta que van configurando a cada familia como artífice de su propio régimen interno.

Cuatro grandes sectores comprende el contenido de la patria potestad, dos que conciernen a los padres y otros dos a los hijos. Los dos primeros son: 1) Guarda, dirección y corrección de los hijos; 2) Representación de los hijos y administración de sus bienes. Los otros dos son: 1) Deber de obediencia y respeto a los padres; 2) Contribución al levantamiento de las cargas de la familia.

1. DEBERES DE LOS PADRES

Los enumera el art. 156 del Código civil y son éstos:

1º Velar por los hijos, lo que quiere decir tanto como cuidar de su vida y salud, de su seguridad para prevenir accidentes y, en general, cumplir diligentemente todos los deberes naturales, jurídicos y morales a que los padres se obligan responsablemente como complemento necesario de la procreación. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua incluye la acepción: «Cuidar solícitamente de una cosa», que resalta la diligencia con que debe atenderse al cuidado de los hijos. Consecuentemente se establece por el art. 1.903 que los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su guarda. La responsabilidad se exige por culpa extraconceptual *in vigilando* y recae sobre ambos padres, salvo en caso de que estén separados en cuyo caso, como opina Espín, ha de atribuirse la responsabilidad sólo a aquél de los cónyuges a quien se confía el menor, sin excluir la posible responsabilidad del progenitor que no teniendo bajo su guarda al menor, no obstante lo lleva consigo algún tiempo conforme al régimen de visitas establecido²⁸.

28 ESPÍN, D.: Manual de Derecho civil español, vol. IV. Derecho de Familia, Madrid,

Pero, ¿hasta qué grado de vigilancia puede llegarse por los padres respecto de los hijos adolescentes, que pasan la mayor parte del día y, a veces, de la noche en colegios, centros culturales y deportivos, y lugares de ocio? Parece excesivamente rigurosa la exigencia de responsabilidad civil a los padres por los actos dañosos de los hijos, así como la presunción de culpa, que solamente podrá ser destruida cuando los padres «prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (art. 1.903, pfo. último). Pienso que debería generalizarse el régimen establecido por la Ley de 7 de enero de 1991, que modifica el pfo. 6º del art. 1.903 del Código civil y traslada al titular de un Centro docente de enseñanza no superior los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, sin perjuicio de que pueda repetirse sobre los profesores negligentes. Este régimen debería extenderse a centros deportivos, culturales y de otro orden, así como a entidades organizadoras de actos colectivos para menores, como excursiones, competiciones deportivas, actos culturales, etc.

2º Otro deber de los padres es tener a los hijos en su compañía, cohabitación que permite el cuidado y la asistencia directa, en mayor grado cuanto menor es la edad del hijo. No va contra este deber que, por diversas razones (estudio, enfermedad, estancias con parientes, etc.), pasen temporadas más o menos largas fuera de la convivencia familiar, pues ello tendrá siempre carácter excepcional y en beneficio de los hijos.

Si el hijo se fuga de la casa familiar tienen los padres el derecho a que se reintegre al hogar y la autoridad deberá auxiliarle cuando los padres recaben su intervención (art. 154 del Código civil). Si es el padre el que expulsa al hijo del hogar, incumple gravemente el deber de tenerlo en su compañía y podría incurrir en responsabilidad penal, bien por delito (art. 487 del Código penal, nueva redacción por Ley de 21 de junio de 1989) o bien por falta prevista en el art. 584, 1º, según redacción de la misma ley; también estaría incurso en la sanción civil de privación de la patria potestad, conforme al art. 170 del Código civil.

Si la convivencia del hijo con sus padres reportara grave peligro o perjuicio para aquél, el Juez podrá apartarlo cautelarmente de la familia

1984, p. 478. El Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 11 de octubre de 1990 que «no se puede ignorar el carácter flexible del concepto “bajo su guarda”, que admite situaciones transitorias derivadas del derecho de visita o del propio convenio».

(art. 158, 3º del Código civil), facultad que también pueden ejercer los Juzgados de Menores en el ejercicio de su facultad protectora (art. 17, b) del Decreto de 11 de junio de 1948). Las medidas provisionales de custodia del menor en estos casos se regulan por los arts. 1.880, 4º y 1.910 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3º Es deber de los padres alimentar a los hijos. El deber de alimentos comprende, según el art. 142 del Código, todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. En la originaria redacción del Código se decía que este deber de alimentos, así como el de la educación e instrucción, debían cumplirse por los padres con arreglo a su fortuna. La actual redacción no ha recogido este matiz, tal vez por considerarlo superfluo ya que el art. 136 dispone que «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». Así, que, hay fundamento legal para que los padres sustenten a los hijos adecuadamente a sus posibilidades económicas y les costeen estudios y preparación profesional acorde con dichas posibilidades, atendidas las aptitudes de los hijos. El mandato va dirigido principalmente a quienes egoístamente restringen medios económicos, disponiendo de ellos, en la crianza y educación de sus hijos, que con este proceder ven limitada su calidad de vida presente y futura. Estas deficiencias en el ejercicio de la patria potestad podrían remediarse mediante el recurso a las medidas judiciales que prevé el art. 158 del Código civil, para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades de hijo, en caso de incumplimiento de este deber por sus padres.

Hoy es frecuente que, por diversos motivos, se prolongue el período de formación e instrucción de los hijos, que siguen conviviendo con los padres una vez alcanzada la mayoría de edad, situación que se produce también ante la dificultades que encuentran muchos jóvenes para lograr un empleo. En estos casos el legislador garantiza la protección de los hijos mayores de edad otorgándoles el derecho de alimentos cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable (art. 142 del Código civil). En los procesos de nulidad, separación y divorcio el Juez fijará los alimentos que sean debidos conforme el art. 142 y siguientes del Código a los hijos mayores de edad o emancipados que no tuvieren ingresos propios y convivieran en el domicilio familiar (art. 92, pfo. 2º, adicionado por Ley de 15 de octubre de 1990).

4º Deber importantísimo de los padres respecto de los hijos es educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 del Código civil). En esta amplia noción va comprendida, no solamente la formación como persona o humanística, incluidos los aspectos morales, religiosos y ciudadanos, sino también la educación física, científica y profesional.

El art. 27.2 de la Constitución declara que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». El art. 1.1 de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) ha añadido los siguientes fines a los dos expresados por la Constitución: c) La adquisición de hábitos intelectuales y técnicas de trabajo, así como de conocimientos científicos, técnicos, humanísticos, históricos y estéticos; d) La capacitación para el ejercicio de actividades profesionales; e) La formación en el respeto a la pluralidad lingüística y cultural de España; f) La preparación para participar activamente en la vida social y cultural; g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos».

Dada la prevalencia educativa de la escuela, cuyos amplios contenidos educativos quedan impuestos por la Ley, poco espacio queda a los padres para el cumplimiento de la función educativa integral que el Código civil les reserva, que parecen reducirse a los aspectos religiosos, morales e ideológicos. Los documentos del magisterio de la Iglesia católica recuerdan continuamente el derecho-deber esencial, original y primario, insustituible e inalienable, que tienen los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones morales y religiosas, teniendo presente las tradiciones culturales de la familia que favorecen el bien y la dignidad del hijo; ellos deben recibir también de la sociedad la ayuda y asistencia necesarias para realizar de modo adecuado su función educadora ²⁹.

5º Se reconoce a los padres el deber de corregir razonable y moderadamente a los hijos. El castigo como instrumento educativo exonera de responsabilidad penal a los padres que lo aplican, los cuales podrán alegar la eximente 11 del art. 8º del Código penal: «el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un legítimo derecho, oficio o cargo». Pero, es

²⁹ Cfr. Exhortación apostólica «Familiaris consortio», n.º 36; «Carta de los derechos de la familia», art. 5º.

sabido que el exceso en la corrección rebasa los límites protectores de dicha exigente. Hay exceso cuando la corrección se hace sobrepasando las fronteras de lo razonable y de la moderación, tal como exige el art. 154 del Código civil. Por lo demás, estos instrumentos pedagógicos tienen sentido y hasta pueden ser eficaces aplicados a los niños durante sus primeros años de crianza, pero decaen y hasta pueden resultar contraproducentes cuando se aplican a menores adolescentes. La Convención sobre los derechos del niño establece en su art. 19 que por los Estados Partes se adopten las medidas apropiadas para «proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluso el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier persona que lo tenga a su cargo».

6º El menor debe ser representado por sus padres, ya que no tiene reconocida capacidad de obrar. El art. 162 del Código civil dispone que los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de los hijos menores no emancipados. Se refiere este artículo a la representación por los padres que ejerzan la patria potestad, no a los que tienen la mera titularidad. Por lo tanto, deberán concurrir al acto conjuntamente cuando ambos la ejerzan, salvo los supuestos de ejercicio unitario ³⁰.

La representación concierne tanto a actos judiciales como extrajudiciales y, en general, se extiende a cuantos actos formales o informales sean necesarios o convenientes para el buen gobierno de la persona y de los bienes del menor. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el adolescente, que cuenta con madurez de juicio suficiente, puede realizar por sí actos ordinarios de la vida de relación y que es una persona que se compromete y actúa jurídicamente en secretarías de centros de enseñanza, en establecimientos comerciales, etc. El art. 162, 1º del Código exceptúa de la representación paterna los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Este ámbito de libertad que se concede al adolescente constituye una importante excepción al poder de los padres sobre los hijos, si bien no queda excluido el deber que tienen de velar sobre

30 Cfr. DE PRADA: loc. cit., p. 390; URIBE SORRIBES, A.: La representación de los hijos, en «Anales de la Academia matritense del Notariado», XXV, 1982, p. 261.

el recto ejercicio de estos derechos y el deber de los hijos de atender los consejos y orientaciones de los padres.

7º Por último, la administración de los bienes del menor se encomienda también a los padres, salvo algunas excepciones. Estos actos de administración están sujetos a fuertes restricciones y controles judiciales a fin de garantizar la conservación y rentabilidad del patrimonio del menor, sobre todo cuando se trata de actos que pueden disminuir los bienes de patrimonio o su valor, o comporten riesgos sobre ellos (arts. 166 a 168 del Código civil y arts. 2.011 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento civil).

2. DEBERES DE LOS HIJOS

Las leyes de reforma mantienen los tradicionales deberes de los hijos respecto de los padres: el personal de obediencia y el patrimonial de contribución al levantamiento de las cargas familiares.

1º Deber de obediencia. Educar a los hijos en el hábito de obedecer, como consecuencia del deber de obedecer, tiene algún sentido en relación con niños de corta edad; pero, seguir sometiendo a esa obediencia a los menores adolescentes, restringiendo las posibilidades de réplica y diálogo, reprimiendo el ejercicio de su libertad y de su creatividad, no es el camino adecuado para una educación acorde con la personalidad del hijo y su desarrollo congruente con las cualidades, aptitudes e inclinaciones del adolescente. Por ello, este deber de obediencia hay que entenderlo con amplia flexibilidad y acomodado a la evolución del desarrollo del hijo. En esta línea se ha inspirado la Ley de 21 de junio de 1989, de reforma del Código Penal, que ha dejado sin contenido el núm. 5º del art. 583 de dicho Código, que sancionaba a los hijos que faltaren al respeto y sumisión debida a los padres.

El deber de respeto constituye uno de los deberes morales de una persona a otra y que se acrecienta entre mayores y menores, sobre todo, entre padres e hijos al ser aquellos los progenitores de estos y ser muy fuerte la conciencia social de este deber en las relaciones paternofiliales.

2º El deber de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia está fundado en razones de equidad y solidaridad. No solamente cabe la contribución de los menores que tienen peculio propio o rentas de trabajo, como

disponen los arts. 156, 2º y 165 del Código civil, sino también ingresos por otros conceptos, como becas u otras ayudas asistenciales. También hay que comprender aquí las prestaciones personales en beneficio de la familia, como ayudar en pequeñas tareas domésticas, cuidar ocasionalmente de hermanos menores o familiares ancianos, etc. Son aportaciones personales que crean hábitos de cooperación y solidaridad familiar que contribuyen eficazmente a desarrollar la conciencia de la unidad de la familia como aglutinante de los intereses individuales de los miembros ³¹.

VI. FUNCIONAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD

Las leyes han considerado siempre, frente a utopías y experiencias fracasadas, que la familia es el lugar natural y adecuado para que los hijos se críen, formen y desarrollen su personalidad individual y social. Las modernas Constituciones democráticas destacan el valor de la familia como comunidad primaria para la socialización y desarrollo equilibrado de la persona. La reciente Convención sobre derechos del niño reconoce que «el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión». La ley española de 11 de noviembre de 1987, configura la adopción «como un instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más la necesitan». Por último, la Iglesia católica proclama en la Carta de los Derechos de la Familia que «la familia constituye, más que una unidad jurídica, social y económica, una comunidad de amor y de solidaridad, insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos y sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros y de la sociedad», añadiendo que «la familia es el lugar donde se encuentran diferentes generaciones y donde se ayudan mutuamente a crecer en sabiduría humana y a armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social».

Presupuesto del funcionamiento de la patria potestad es su constitución

³¹ Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», dirigidos por M. Albaladejo, Tomo III, vol. 2º, Artículos 142 a 180 del Código civil, Madrid, 1982, pp. 137 y ss.

orgánica, que se articula sobre ambos padres o el que ejerza la patria potestad; pero, en circunstancias extraordinarias entran en juego otros órganos como el Ministerio Fiscal, el Defensor judicial, el Juez de Primera Instancia, el Juez de Menores y la Administración asistencial.

Regula también el Derecho de Familia, como vimos, unos contenidos mínimos y abiertos sobre el gobierno de la familia, siendo importantes en las nuevas leyes de reforma las limitaciones al ejercicio de la patria potestad establecidas en favor de los adolescentes, en términos tales que difiere considerablemente el ejercicio de la patria potestad sobre infantes y adolescentes, de tal manera que puede afirmarse que las relaciones de estos últimos con sus padres no se ajustan ya plenamente al modelo tradicional de patria potestad, sino que van aproximándose al modelo de relaciones de dirección, colaboración y solidaridad, tanto para actuar hacia fuera de la familia, como en las relaciones internas de la misma.

Estos antecedentes preparan el camino para abordar los aspectos funcionales de las relaciones de los padres con los hijos adolescentes, estudio que vamos a limitar a las relaciones internas y puramente personales, omitiendo las externas y las patrimoniales, que ofrecen menor interés para el objeto de esta ponencia.

Ante todo, hemos de consignar que se ha impuesto por la ley como principio rector de estas relaciones actuar en interés de los hijos. Y nos preguntamos: ¿Cuál es el interés del hijo, en términos generales? Los padres contestarían que obran siempre en interés de sus hijos y en verdad que el afecto natural que sienten por sus hijos les lleve a actuar pensando siempre en el bien de sus hijos; pero, objetivamente, habrá casos en los que no se identificará el interés de los hijos con la pretensión de los padres. Y no es extraño que en ocasiones los padres aspiren a satisfacer su propio interés, sirviéndose de los hijos: trabajos prematuros, mendicidad, actuaciones delictivas encomendadas por los propios padres a sus hijos, casos marginales ciertamente, pero que desgraciadamente existen en nuestra sociedad, conductas que ya tienen su tipificación en el nuevo art. 489 bis del Código penal, introducido por la ley de 21 de junio de 1989³². Por otra parte,

32 La redacción del artículo citado es la siguiente: «Los que utilizares o prestaren a menores de dieciseis años para la práctica de la mendicidad serán castigados con la pena de arresto mayor. –Si para los fines del párrafo anterior se traficare con menores de dieciseis

hay que descartar que todo cuanto exige o hace el hijo redunde en su propio interés, sea en relación con amistades, educación, etc., pues el interés del hijo no coincide con sus pretensiones cuando son egoístas o desviadas de un normal comportamiento familiar y social que tiene en cuenta la personalidad del hijo. Obrar en interés del hijo tiene una carga negativa: no causarle daños en su normal desarrollo personal dirigido hacia una integración social, familiar y profesional. Y tiene una cara positiva, que es ayudar, estimular y promover un desarrollo personal que, como dice el art. 154 del Código civil, esté de acuerdo con la personalidad de hijo, eliminando los obstáculos internos y externos que pudieran entorpecerlo o desviarlo.

El interés del hijo debe conciliarse con el interés de la familia, es decir, que los actos inspirados en dicho interés no deben dañar el interés de los otros miembros de la familia considerados *uti singuli* y como integrantes de un grupo cuya cohesión debe mantenerse. El interés de la familia no deriva de una exigencia totalitaria impuesta por los padres como representantes de la familia considerada ente orgánico supremo que absorbe o domina los intereses de cada miembro, sino que consiste en un interés de todos y de la unidad del conjunto que se armoniza con el interés del menor en la experiencia comunitaria y solidaria de la familia para potenciar los intereses del menor. El buen funcionamiento de la familia garantizará los mecanismos internos precisos para armonizar ambos intereses, que a veces puede exigir lealtades y sacrificios, o de todos en favor de uno, o de uno en favor de los otros.

1. ACTUACIONES DE LOS PADRES

La posición de autoridad en el gobierno de la familia corresponde a los padres, a los que la ley atribuye la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. ¿Cómo ejercen los padres esa función? Cada uno puede responder

años, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado. –El Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá privar de la patria potestad o de los derechos de guarda o tutela a los padres, tutores o guardadores responsables de estos hechos. –En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la Autoridad judicial competente la adopción de las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor».

con su propia experiencia, pues todos nos hemos formado en el seno de una familia y muchos hemos tenido que criar y educar a nuestros hijos. Pero, la pregunta debemos formularla sobre presupuestos jurídicos: ¿Cómo propone el Derecho que se ejerza la patria potestad por los padres?, pregunta que deberá responderse con los textos legales a la vista.

Ya se examinaron anteriormente los deberes que incumben a los padres y los principios que deben regir sus actuaciones. Aquí interesa conocer el modo de operar sus funciones cuando ambos padres ejercen la patria potestad, ya que en una sociedad de dos socios solamente puede ser eficaz la regla de la unanimidad y los desacuerdos se traducen en conflictos que no tienen solución por la vía de los votos. Esta es la razón por la que el Código civil desplaza generosamente el ejercicio de la patria potestad a uno sólo de los padres, con presunciones de consentimiento tácito del otro, legitimación por el mero uso de este ejercicio unilateral, razones de urgencia, etc. Pero, lo normal es que ambos padres sean titulares de la patria potestad y la ejerzan y que, por consiguiente, el gobierno de la familia y de los hijos menores esté estructurado por el Código civil sobre el acuerdo de ambos padres en todas las cuestiones que se susciten, sencillas o complejas, insignificantes o importantes, pues ninguna diferencia establece el Código, a diferencia de otros, como el italiano, cuyo art. 145, reserva la intervención del juez exclusivamente a los supuestos en que los padres no se ponen de acuerdo sobre la fijación de la residencia u otros asuntos esenciales. Generalmente, salvo que sea exigido por la solemnidad del acto, no se harán constar por escrito los acuerdos, sino que los pactos estarán informalmente insertos en el común entendimiento surgido del diálogo habitual y rutinario sobre temas de la familia y de los hijos, que van creando un espíritu de concordia que nace del afecto mutuo y del amor hacia los hijos. No cabe duda que en la formación de tales acuerdos influirá también la constitución personal y el carácter de cada padre, su experiencia sobre la cuestión concreta a resolver, las relaciones sociales y profesionales de cada uno. Al establecerse legalmente el régimen de la patria potestad conjunta y el acuerdo como instrumento de gobierno de la familia, no se ha pretendido encajar rígidamente su funcionamiento, sino respetar el modo de actuar que siguen los padres y ofreciendo cauces para que los actos jurídicos realizados por uno de los progenitores sean válidos y eficaces, sin perjuicio de que el cónyuge o el hijo que se considere perjudicado puede ejercitar su derecho

potestativo ante los Tribunales de Justicia. De modo, que no ha de considerarse anómalo que el ejercicio de la patria potestad se configure por los padres sobre un modelo de conformismo de uno de ellos, o de inhibición, o que haya una entente tácita para que cada padre asuma el gobierno sobre determinadas clases de asuntos.

2. LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR

Si la patria potestad ha de ejercerse en beneficio del menor y de acuerdo con su personalidad, como dispone el art. 154 del Código civil, se hace imprescindible que los padres conozcan la opinión del menor adolescente acerca de los asuntos que le afectan para que aquellos puedan formar juicio acerca de lo que éste considera que le es beneficioso y acorde con su personalidad. En este sentido establece el mismo art. 154: «Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten». Esa suficiencia de razón ha de presumirse que la tienen a partir de los doce años cumplidos, como se deduce del art. 156, que obliga al Juez a oír a los mayores de dicha edad en caso de desacuerdo de los padres. Se trata de una consulta no vinculante que, no obstante, pesará en el ánimo de los padres a la hora de tomar su decisión, tanto más cuanto mayor sea la edad y madurez del hijo. Pienso que la omisión de la audiencia hará el acuerdo anulable y susceptible de impugnación por alguno de los padres, por el Ministerio Fiscal, por el menor o por algún pariente, en términos análogos a los establecidos por el art. 158 del Código civil.

En algunos asuntos la participación es vinculante y se requiere el consentimiento del menor para celebrar contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (art. 162) y si es mayor de 16 años será preciso su consentimiento.

No se descarta que la audiencia del menor, o el consentimiento en su caso, sean exigibles aunque el ejercicio de la patria potestad sea meramente unilateral, ya que el art. 154 no hace ninguna distinción y hay que atender al interés del menor. De ahí que la audiencia del menor con suficiente juicio se ha generalizado a los procesos de nulidad, separación y divorcio (art. 92 del Código civil) y al supuesto en que los padres vivieran separados y no se pusieran de acuerdo sobre la guarda y custodia de los hijos menores de edad (art. 159, redactado por la Ley de 15 de octubre de 1990).

3. LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Escribía el Prof. Reverte Navarro, antes de la reforma del Derecho de Familia, que la remisión al Juez «no es algo que se ponga antes o junto a la autoridad paterna; es sólo un remedio, un recurso subsidiario, para supuestos excepcionales o extraordinarios y puesto siempre después, para el caso de que existiera por parte del titular de la patria potestad un abuso de su ejercicio, un perjuicio grave para el menor... y, en resumidas cuentas, diríamos con terminología administrativa, cuando exista una desviación de poder por parte de quien ostente la patria potestad»³³. Este carácter subsidiario y excepcional del recurso a la autoridad judicial sigue teniendo vigencia después de la reforma, pero el ámbito subjetivo y el objetivo de la intervención se ha ampliado considerablemente. La autonomía y la intimidad de la familia, celosamente guardadas frente a inmisiones de los poderes públicos, han tenido que ceder importantes parcelas como consecuencia de la implantación del régimen familiar diárquico y de la participación del menor en los asuntos que le afectan.

Como dijimos anteriormente un gobierno con dos poderes dotados de iguales facultades puede desembocar en conflictos que difícilmente solventarán a solas ambos padres sin la intervención de tercero que rompa el empate de voluntades o imponga la decisión de uno de los padres o la que el tercero decida. En los debates parlamentarios para la reforma y por la doctrina se propusieron algunas soluciones que evitaran la intervención judicial, como atribuir al padre la solución del desacuerdo; deferirla a un Consejo de Familia; el recurso a árbitros; o, simplemente, no establecer ninguna intervención extraña para forzar a los padres a ponerse de acuerdo³⁴. Estas propuestas se han ido descartando; la primera porque atenta contra el principio constitucional de igualdad; el Consejo de Familia fracasó como órgano de la tutela en nuestro Derecho; la solución arbitral en asuntos de familia, que es la mejor, exigiría algunas modificaciones básicas de las

33 REVERTE NAVARRO, A.: Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código civil), en «Anales de la Universidad de Murcia-Derecho», XXXIV, n.º 1-2, Curso 1975-76, p. 118.

34 Cfr. sobre este punto: SEISDEDOS MUIÑO, ob. cit., pp. 89 y ss.; FUENTE NORIEGA, ob. cit., pp. 238 y ss.; DE PRADA, loc. cit., pp. 370 y ss.

normas sobre arbitraje privado; y desamparar a los padres para que se vean forzados a ponerse de acuerdo es contrario a un derecho fundamental y en el mayor de los casos conduciría a una moratoria del problema o a intervenciones más dañosas para la familia, cuales serían la separación o el divorcio. Aceptado el recurso a la autoridad pública para solucionar las discordias de los padres, cabe optar entre algún organismo administrativo especializado en atención social a menores, o en llevar estos casos al conocimiento del poder judicial. La vía administrativa es más flexible, menos formalista, dotada de recursos especializados tanto humanos como técnicos; el poder judicial es exponente de imparcialidad y de rectitud legalista, pero está más apegado al formalismo procesal con distanciamiento entre el Juez y las partes y sus problemas, se le imponen por la norma inmediatas soluciones legales, con escasas facultades discrecionales y sin los necesarios medios técnicos y auxiliares para investigar a fondo los problemas familiares sometidos a su juicio y poder actuar eficazmente con criterios humanos en el ámbito de la legalidad.

De ahí que no acabe de convencer la presencia judicial en los conflictos que afectan a padres e hijos adolescentes. Se la tilda de severa, ritualista y distante, acorde con la formación exclusivamente jurídica de los jueces, que es insuficiente para captar y entender el complejo contenido de los problemas familiares subyacentes en la corteza jurídica. La intervención judicial, se ha dicho, puede tener efectos estigmatizantes y precipitar las rupturas familiares, si bien, como también se ha afirmado, cuando se acude al órgano judicial la ruptura ya se ha producido y, por lo general, con graves caracteres de irreversibilidad.

En el Ordenamiento español estos inconvenientes se agravan por la defectuosa fórmula aportada por el art. 156 del Código civil, que dispone: «En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos (padres) podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre». No se exige del Juez que intente conciliar las posturas dispares, no se establece, como en el Derecho italiano, una fase previa de sugerencia por el Juez de posibles soluciones para que en un determinado plazo las consideren los padres, no se impone a éstos que se atengan a la práctica anteriormente seguida por ellos en la solución de casos parecidos, como establece el Derecho francés, ni tampoco

se hace entrar en juego, como sería deseable, a Centros especializados de Orientación Familiar antes de acudir a la vía judicial, sino que nuestra ley aboca a las partes directamente al litigio, con todos los inconvenientes que tienen los ritos judiciales para el tratamiento y solución de problemas eminentemente humanos. El mismo art. 156 da pie para que se multipliquen las intervenciones judiciales, pues no establece ninguna limitación a los asuntos importantes, como hace el Código italiano, ni establece otros criterios; lo que sí se dispone cuando los desacuerdos fueran reiterados es la facultad de acudir al Juez, quien podrá atribuir el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, a uno de los cónyuges o distribuir entre ellos sus funciones.

Pero, no parece que nuestros ciudadanos, sintiéndose distanciados de la Administración de Justicia, acudan a los Juzgados para solventar sus desacuerdos en asuntos del gobierno de sus familias. Se prefiere dejar que el conflicto siga sus pasos, buenos o malos, lo que, desgraciadamente, suele desembocar en la peor de las soluciones, acudir a la separación o al divorcio, que no parece sino que el Derecho no proporciona otras vías de solución de conflictos que no sea la ruptura conyugal. Pienso que la protección de la familia está demandando vías accesibles, ágiles y rápidas para ayudar a la solución de los problemas internos de sus miembros, unos administrativos, otros judiciales y también canales privados, como podría ser la regulación de un específico arbitraje para conflictos internos de la familia, en el que podrían desempeñar una importante función los Centros de Orientación Familiar y otras instituciones dedicadas a la problemática familiar y de la juventud.

También está prevista la intervención judicial, además de zanjar disensiones entre los cónyuges, en otros supuestos que paso a exponer y que se regulan por el art. 158 del Código civil:

a) Medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de estos deberes por los padres.

b) Medidas apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda.

c) Medidas oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Estas medidas están orientadas hacia la protección del menor y, en

manos del Juez, constituyen un instrumento adecuado para la salvaguarda de los intereses del menor frente a los padres y parientes, frente a tercero y también en situaciones ambientales o de otra naturaleza en la que peligre el desarrollo de la personalidad del menor conforme a las normas de la Moral y del Derecho.

La intervención en estos tres supuestos no corresponde solicitarla a los padres, como en el caso de desacuerdo entre ellos, sino al propio hijo, al Ministerio Fiscal o a cualquier pariente, porque se están considerando en el precepto situaciones de desamparo, de desadaptación o de peligro o de perjuicio del hijo, que pueden tener causa en dificultades o actitudes de miembros de la propia familia, o en otras causas que proceden desde el exterior y hasta en situaciones de hecho no imputables a ninguna persona. Podrán concurrir conductas punibles que desemboquen en los Juzgados de Menores o estados de necesidad que reclamen la atención de la administración asistencial; pero, al margen de estas implicaciones, lo que se solicita del Juez por el propio menor o por los parientes es que ponga remedio a las situaciones que contempla el art. 158 del Código, sobre todo para apartar al menor de un peligro o evitar que tenga que sufrir algún perjuicio. Es esta última medida la que tiene mayor actualidad y trascendencia y ofrece una casuística variada. Si el peligro proviene de la propia familia, que explota al menor, o lo abandona, o lo maltrata, habrá que alejarlo de esa familia o adoptar, además, otras medidas, como rehabilitación psicológica, acogimiento familiar, etc.; si el peligro procede de la frecuentación de lugares, ambientes y compañías que degradan al menor, como captación para sectas, para acciones violentas o inciviles, tráfico o consumo de droga, etc., la solución judicial deberá adoptarse con todo rigor y apoyarse en la cooperación de la administración asistencial.

Al estar legitimado el menor para recurrir directamente al Juzgado, el conflicto puede plantearse entre el propio hijo y sus padres cuando éstos son los causantes de la situación de peligro o abandono del hijo. Apuntamos así hacia la otra faceta de la dimensión jurídica de las relaciones entre el adolescente y su familia en situaciones de crisis, que tiene su regulación específica en el art. 162 del Código civil, que acota los siguientes supuestos:

a) Que el conflicto surja entre ambos padres y el hijo. En este caso los padres no pueden representar al hijo y ha de nombrarse un defensor judicial

que le represente en juicio o fuera de él y que se designará a petición del padre, de la madre, del menor, del Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio.

b) Que el conflicto de intereses se produzca entre el menor y uno de los padres. Entonces no hay que nombrar defensor judicial, pues el otro padre es el que defiende y representa al hijo, solución injusta porque fuerza a litigar al otro padre incluso cuando no tuviera voluntad de hacerlo.

Esta fórmula de ordenación de la conflictualidad se estableció para las disensiones patrimoniales y ahora se ha extendido a las personales, lo que no responde al tratamiento que deben recibir las disensiones sobre intereses personales. Hoy los jóvenes adolescentes tienen ideas, comportamientos, hábitos, actitudes, proyectos que no coinciden con los que agradarían o han planificado los padres. Surgen conflictos, latentes o abiertos, con cierta frecuencia y no me parece adecuada esta fórmula de intervención judicial tan directa y con enfrentamiento de padres con el hijo, a través del defensor judicial, o de un padre contra el otro, uno de ellos como defensor judicial, pues las vías propias de composición de conflictos de naturaleza personal que afectan directamente a los miembros de una familia entre ellos no son las judiciales, sino las arbitrales.

En estos conflictos el adolescente es considerado menor de edad, carente de capacidad de obrar, necesitado de representación en juicio por medio de defensor judicial. No obstante, el art. 162 del Código civil exceptúa de la representación legal al adolescente y permite que pueda actuar por sí mismo, sin necesidad de defensor judicial, en los asuntos relativos a derechos de la personalidad u otros que, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, capacidad de obrar que se confirma por la Ley de Enjuiciamiento civil cuando su art. 1.998, según redacción de la Ley de 29 de mayo de 1989, exime al hijo de habilitación en juicio para litigar con su padre o con su madre.

En cuanto al procedimiento a seguir, ha de aceptarse que sigue vigente la adicional 10ª de la Ley de 13 de mayo de 1981, a cuyo tenor «mientras no se modifique la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan»:

«Primero: ...

«Segundo: Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la

patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente... Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía ordinaria».

Las posteriores reformas de la Ley de Enjuiciamiento civil, principalmente las que introdujo la Ley de 6 de agosto de 1984, no afectaron a materia de jurisdicción voluntaria sobre patria potestad.

VII. LA IRRUPCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR ADOLESCENTE EN LOS ESQUEMAS FUNCIONALES DE LA PATRIA POTESTAD

La potestad de los padres mantuvo siempre ribetes de poder absoluto, de tal manera que la acción del padre no tenía otros límites que los generales del abuso de sus derechos y el incumplimiento grave de sus deberes. Se trataba de límites objetivos determinados por el contenido de las propias funciones ejercidas por el padre y que se dimensionaban teniendo en cuenta los intereses de la familia, principalmente su unidad y disciplina orgánica. Por otra parte, ese interés de la familia coincidía con la voluntad del *paterfamilias* ordenadamente ejercida y el juicio del adolescente no había que tenerlo en cuenta, ni aún solicitarse, para decidir si era ordenado o abusivo el ejercicio concreto de cada acto de gobierno de la familia que recayese sobre los hijos.

Sin embargo, antes de las grandes reformas del Derecho de Familia y anticipándose a ellas por influjo de las nuevas corrientes antropológicas y sociales se produjo en el ámbito del Derecho privado una orientación doctrinal y jurisprudencial favorable a reconocer al menor un ámbito de autonomía en el ejercicio y defensa de unos derechos inseparablemente vinculados al ser y a la dignidad de toda persona y que se conocen con el nombre de derechos de la personalidad. Son derechos que configuran y protegen la personalidad jurídica del sujeto, con sus caracteres de derechos innatos e inviolables que conllevan exigencias de libertad y de ejercicio personal. La dignidad y la libertad de la persona difícilmente podría ser reconocida socialmente y actuar su rico contenido si no fuera porque el Derecho les presta, a través de los derechos de la personalidad y de los

derechos humanos en general, el instrumento adecuado para que aquella dignidad y libertad de la persona se respeten, se manifiesten y se impongan frente a desconocimientos y vulneraciones ³⁵.

En concreto, los derechos de la personalidad son derechos esenciales de la persona que tienen por objeto los bienes más elevados entre los susceptibles de señorío jurídico: la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la intimidad y otros, e impiden que la personalidad jurídica se reduzca a una fórmula vacía y estéril ³⁶. Los derechos de la personalidad recaen sobre caracteres, tanto físicos como morales, de la persona y, por lo tanto, tienen por objeto modos de ser físicos o morales de la persona, aptos para satisfacer las necesidades en ambos órdenes. Al ser derechos esenciales, se complementan con otros derechos instrumentales que participan de los beneficios de aquellos; así, por ejemplo, el derecho a la vida necesita del auxilio del derecho al sustento; el derecho a la salud, requiere al derecho a la asistencia sanitaria, etc. ³⁷. Los derechos de la personalidad son derechos fundamentales de la persona que en buena parte han sido constitucionalizados; ofrecen un perfil iuspublicista, tanto por su configuración como autolimitaciones del Estado frente a determinados bienes del individuo, como por la naturaleza de tales derechos, fundados en el ser y en la dignidad de toda persona, y la protección jurídica que se les dispensa; pero, también tienen estos derechos una proyección en el Derecho privado, en cuanto conforman la personalidad

35 Sobre derechos de la personalidad, vid.: CASTÁN TOBEÑAS, J., Los derechos de la personalidad, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1952, pp. 5 y ss.; DE CASTRO, Los llamados derechos de la personalidad, en «Anuario de Derecho Civil», 1959, pp. 1.237 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA, J., Construcción jurídica de los derechos de la personalidad, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, pp. 19 y ss.; ROGEL VIDE, C., Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas, Bolonia, 1985, pp. 19 y ss.; LETE DEL RÍO, J.M., Derechos de la persona, Madrid, 1986, pp. 172 y ss.; PÉREZ LUÑO, Antonio E., Los derechos fundamentales, Madrid 1986, pp. 174 y ss.; O'CALLAGHAN, X., La función de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil: los derechos de la personalidad, en VARIOS AUTORES. Introducción a los Derechos fundamentales, X Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II, Madrid, 1988, pp. 843 y ss.; DE CUPIS, A., I diritti della personalità, Milán, 1982.

36 Sobre la determinación de los derechos de la personalidad y su determinación vid.: ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 50 y ss.

37 Vid. A. de CUPIS, ob. cit., pp. 23 y ss.

jurídica y se proyectan hacia otras personas, incluso con instrumentos de protección propios del Derecho privado ³⁸.

En este ámbito del Derecho privado, cuando nuestro viejo Código civil no dejaba resquicio para el reconocimiento y ejercicio por los menores de una esfera de autonomía jurídica, con contenido propio y ejercicio personal, se sostuvo decididamente por uno de nuestros más prestigiosos juristas de mediados de este siglo que «el ejercicio de los derechos de la personalidad corresponde a la misma persona y el representante legal no podrá siquiera, sin especial razón, impedir su ejercicio» ³⁹. Y, siguiendo esta orientación, Castán Vázquez relacionaba pocos años después los siguientes derechos de la personalidad que podía ejercer por sí el menor: derecho al nombre, a la imagen, sobre el propio cuerpo, derecho al honor, al secreto de la correspondencia, a la emancipación de la potestad del padre, a contraer matrimonio y a celebrar el contrato de trabajo ⁴⁰.

La reforma del Derecho de Familia reconoce este protagonismo directo del adolescente en la defensa y promoción de los derechos de la personalidad. El nuevo art. 154 del Código civil exceptúa a los menores de la representación legal por sus padres en «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo». El texto se refiere, no solamente a los derechos de la personalidad, sino a cualquier otro derecho, siempre que concurran dos requisitos: que se observe lo que dispongan las leyes en cada caso particular y que las condiciones de madurez permitan actuar al menor por sí mismo. Lo primero obligará a atenerse a las normas que regulen el ejercicio de cada derecho en particular, como la edad mínima y modo de ejercicio, sobre todo cuando se trate de derechos personalísimos ⁴¹, sin olvidar los requisitos exigidos por las leyes procesa-

38 Vid. PÉREZ LUÑO, ob. cit., p. 175; ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 175 y ss.; O'CALLAGHAN, loc. cit., pp. 843 y ss.

39 DE CASTRO, Derecho civil..., ob. cit., p. 179.

40 CASTÁN VÁZQUEZ, La patria potestad, ob. cit., pp. 238 y ss.

41 Son actos de carácter personalísimo en que no cabe la representación legal: adquirir voluntariamente la nacionalidad española, casarse, otorgar capitulaciones matrimoniales, hacer donaciones por razón de matrimonio, reconocer hijos, consentir la propia emancipación, ejercer la patria potestad, consentir la propia adopción desde que se han cumplido los doce años (PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: Derecho de Familia, Madrid, 1989, p. 528).

les y administrativas para comparecer en juicio, postulación procesal, etc. Lo segundo exigirá, si no una pericia previa de idoneidad, sí que las manifestaciones y comportamientos externos del adolescente muestren esa madurez que, con fundamento en los arts. 92, 156 y 159 del Código civil, ha de presumirse a partir de los doce años cumplidos.

1. LA LIBERTAD DEL MENOR

Los derechos de la personalidad, que siguen teniendo una acrecentada consideración en el ámbito del Derecho civil, han salido reforzados al quedar incluidos en las Constituciones y Convenciones internacionales dentro del cuadro de los derechos fundamentales y libertades públicas⁴². Tanto la Constitución española como las declaraciones y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos humanos⁴³ acogen derechos de la personalidad, a los que ampara ante nuevas y diversas jurisdicciones y Tribunales. Por lo que respecta a la protección internacional de menores y adolescentes destaca la «Convención sobre derechos del niño» adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que refunde y supera el contenido de la «Declaración de los derechos del niño» de 20 de noviembre de 1959, también proclamada por las Naciones Unidas.

La lectura del articulado de la Convención de 1989 suscita el mismo comentario que expuso la Prof^a. Laura Forlati cuando comparó el Código civil italiano con los documentos internacionales anteriores a la expresada Convención: la incongruencia a que se llega entre la legislación nacional, que considera al menor en la familia no sólo como menor de edad, sino como todavía no persona, y la legislación internacional como sistema que postula que en las relaciones familiares los menores deben ser considerados también como personas, sean niños o adolescentes, titulares de relaciones

42 Cfr. O'CALLAGHAN, loc. cit., pp. 843 y ss.

43 Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966.

paritarias con los padres, cuya regla debe ser, por tanto, el respeto de las libertades fundamentales y no el arbitrio ⁴⁴.

El elenco de derechos reconocidos por la Convención alcanza a «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad». Por lo tanto, ampara en España a todo menor de edad, que no haya cumplido los 18 años de edad, salvo que estuviere emancipado, y comprende todos los derechos y libertades que recogen nuestras leyes y algunos específicos de los menores como el derecho a la convivencia con los padres, derecho de audiencia en privado y en actos jurisdiccionales, derecho a su crianza y desarrollo físico y mental, derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo, derecho a la educación, derecho al descanso, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad, derecho a protección contra el uso ilícito de materias estupefacientes y psicotrópicas, derecho de protección contra toda forma de explotación y abusos sexuales, derecho a un tratamiento procesal adecuado cuando se alegue que ha infringido las leyes penales, derecho de protección para impedir el secuestro, la venta o trata de menores.

Ha de tenerse en cuenta que, según dispone el art. 96 de la Constitución, «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno» y que la expresada Convención fue publicada, una vez ratificada, en el Boletín Oficial del Estado del día 31 de diciembre de 1990. Así que no podemos prescindir de su contenido a la hora de componer, juntamente con la Constitución, con otros textos internacionales, con el Código civil y demás normas aplicables, el nuevo régimen jurídico del adolescente en sus relaciones con la familia. Ante este cuadro normativo hemos de reconocer que la autonomía del menor alcanza cotas que no eran concebibles en el antiguo régimen de la patria potestad y que superan los evidentes avances que en el ámbito del Derecho privado significó la atribución a los menores de la capacidad de obrar en materia de derecho de la personalidad. Con la irrupción de los derechos fundamentales y libertades públicas del menor se configura

44 FORLATI, L.: Libertà del minore e famiglia negli atti internazionali sui diritti dell'uomo, en VARIOS AUTORES, «L'autonomia dei minori tra famiglia e società», a cura di M. de Cristofaro e A. Belvedere, Milán, 1980, pp. 27 y 34.

una amplia zona franca de libertad en la que el Estado, la sociedad y la familia quedan involucrados en la defensa del interés superior del menor. Cuando en éste concurre la debida capacidad natural de entender, es decir, cuando se es adolescente, puede decidir por sí mismo y obrar en lo que corresponde al ejercicio, defensa y promoción de sus propios derechos fundamentales frente al Estado, las instituciones, otras personas e, incluso, frente a los padres titulares de la patria potestad.

Este protagonismo del adolescente en defensa de sus derechos fundamentales y libertades está sujeto a los requisitos de capacidad establecidos por las leyes. Tradicionalmente se sostenía que en el Derecho público, a diferencia del privado, la edad era un factor extraño a la capacidad y se hacía coincidir la capacidad natural y la capacidad de obrar, mientras que en Derecho privado al menor de edad, aun teniendo capacidad jurídica, no se le consideraba con capacidad de obrar. Luego se han aproximado las posiciones y se admite la capacidad de obrar del menor en el ámbito del Derecho público y del privado, con independencia de la edad, atendiendo a sus condiciones naturales, a la clase de derechos y a las normas específicas sobre cada uno de ellos ⁴⁵. Teniendo a la vista el derecho español, pienso que todavía hay que seguir manteniendo algunas diferencias entre el tratamiento de los derechos públicos y los privados. La regla general es que aquellos, cuando se trata de derechos fundamentales, pueden ser ejercidos por sus titulares, cualquiera que sea su edad, con base en su condición de persona; pero, esta regla general está sujeta a excepciones: una, que el sujeto tenga las disposiciones naturales suficientes para el ejercicio, la otra que las leyes no establezcan limitaciones de edad u otros requisitos para que puedan ejercerse directamente, siempre que no signifiquen restricciones, sino cauces de operatividad legítima. En cambio, en el ámbito del derecho privado no hay más remedio que aceptar las limitaciones generales de la minoría de edad, salvo que se trate de ejercicio en dicha órbita de derechos de la personalidad y de otros derechos, fundamentales o no, cuyos titulares

45 Vid.: BISCARETTI DI RUFFIA, P.: Derecho constitucional, trad. esp., Madrid, 1983, pp. 184 y ss.; LAVAGNA, C.: Capacità di Diritto pubblico, en «Enciclopedia del Diritto», vol VI, pp. 83 y ss.; BUSNELLI, F.D.: Capacità ed incapacità di agire del minore, en «Il Diritto di famiglia e delle persone», 1982, pp. 54 y ss.; GRENDENE, I.: Autonomia del minore e potestà dei genitori: nuovi orientamenti, en «Il Diritto di famiglia e delle persone», 1982, pp. 173 y ss.

estén facultados por la ley para ejercerlos personalmente durante la minoría de edad; pero, aquí la regla general es la incapacidad de obrar y la excepción es la capacidad. Y no ha de perderse de vista que los derechos complementarios o instrumentales de los derechos principales de la personalidad o de otros fundamentales o libertades se equiparan a éstos a efectos de capacidad de sus titulares.

2. CONFLICTOS ENTRE PADRES E HIJOS

La autonomía jurídica de los adolescentes se puede proyectar hacia el exterior de la familia, estando facultados para actuar sus derechos de la personalidad y otros, fundamentales o no. Pero, también esa autonomía personal puede dirigirse contra quienes ejercen la patria potestad o contra otros miembros de la familia. Y este nuevo capítulo de la patria potestad es el que se muestra más inquietante, porque nos resistimos a imaginar al hijo enfrentado a sus padres para defender, por ejemplo, unas orientaciones educativas que los padres le niegan, o unas relaciones sentimentales que los padres no aprueban, o la profesión de unas creencias religiosas que contrastan con las de la familia, o la negativa de los hijos a que los padres se inmiscuyan en su correspondencia, o la afiliación a partidos políticos que no agradan a los padres, o el mantenimiento de relaciones amicales con personas que tampoco satisfacen a los padres, etc.

Tengo la impresión de que, cuando se habla de derecho del menor, piensan los padres que es asunto que no va con ellos, sino que se trata de que los Estados, los poderes públicos, las instituciones y la sociedad protejan a la juventud desvalida y marginada o en peligro de corrupción. Y esto es cierto, pero también lo es que las leyes disponen que la familia está al servicio del interés superior de los hijos y que éstos tienen unos derechos inviolables, incluso frente a los padres, ordenados a que su dignidad como persona y el desarrollo de su personalidad dentro de la familia cuente con la participación de los hijos, coartífices de su propio destino. Y convendrá divulgar el nuevo régimen de gobierno de la familia surgido de la consideración del hijo como persona, con su dignidad y sus derechos, para que las pautas educativas sigan cauces de comunicación y de comprensión, en lugar de vías autoritativas no exentas de violencia. Es posible que alguien

piense que esto de los derechos humanos es la causa de los desvíos y desadaptaciones de los jóvenes, que no deberían tener libertades que no saben ejercer y que ha conducido a que muchos padres se encuentren sin autoridad para imponerse sobre aquellos. Es una postura cómoda e irresponsable, porque son los padres los primeros educadores de los hijos y desde los primeros años tienen el deber de educarlos en el buen ejercicio de esas libertades, con las oportunas limitaciones, habituándolos a que su ejercicio se oriente hacia objetivos sanos, nobles e integradores, tarea que debe contar con la colaboración del Estado y de la sociedad para garantizar la estabilidad de la familia, la dignidad de vida de sus miembros mediante casa y salario adecuados, las colaboraciones institucionales de enseñanza, instrucción, cultura, deporte, etc., y también es importante garantizar la seguridad y moralidad social para evitar que fuerzas marginadoras extrañas a la familia dificulten o frustren la acción formativa de los padres sobre los hijos.

El derecho no da reglas técnicas y didácticas sobre educación en el seno de la familia. Se limita a regular el *status* de cada uno de los miembros y sus relaciones jurídicas, con la pretensión de que la observancia de esas normas, dictadas en interés de la familia y de los hijos menores, garantice la paz y la unidad familiar. El conflicto no debe surgir por causa del Derecho, sino que tendrá su origen en dificultades de la propia familia, torpezas educativas, inclinaciones negativas de algunos miembros y mil causas imprevisibles. Pero, también el Derecho ha de estar disponible para prevenir esos conflictos, adoptar oportunas medidas cautelares, ofrecer fórmulas extrajudiciales de solución de problemas y, en último término, dictar resoluciones definitivas que impongan una solución, que ha de aceptarse por acatamiento a la ley y a las decisiones de los jueces. Estamos necesitados los españoles de adquirir una cultura de la justicia, de la que nos encontramos aún muy lejanos, porque ello requiere, por un lado, que la administración de justicia sea buena y rápida, y, por otra, que los justiciables acepten sin rechazo patológico y con voluntad de cumplimiento las resoluciones judiciales y que éstas no constituyan —como desgraciadamente sucede con frecuencia— un factor más de enfrentamiento entre los litigantes en lugar de instrumento de pacificación.

También la Iglesia católica aboga por los derechos de los hijos dentro de la familia, en sintonía con los textos internacionales, siendo muy

aleccionadoras estas palabras de Juan Pablo II, en su Exhortación apostólica «Familiaris consortio»: «En la familia, comunidad de personas, debe reservarse una atención especialísima al niño, desarrollando una profunda estima por su dignidad personal, así como un gran respeto y un generoso servicio a sus derechos... La acogida, el amor, la estima, el servicio múltiple y unitario —material, afectivo, educativo, espiritual— a cada niño que viene a este mundo, deberá constituir siempre una nota distintiva e irrenunciable de los cristianos, especialmente de las familias cristianas»⁴⁶.

3. ARMONIZACIÓN DE LIBERTAD DEL MENOR Y SOLIDARIDAD FAMILIAR

Las tensiones propias de la adolescencia se desenvuelven mayormente en el seno de la familia, con repercusiones variables según los patrones de gobierno que la rigen. Escribe E.B. Hurlock que si el hogar es autoritario el adolescente, frustrado constantemente en sus intentos de lograr la independencia, desarrolla un resentimiento profundo contra sus progenitores. Cuando los padres se valen del control democrático el adolescente tiene relaciones más armoniosas con ellos y adopta una actitud menos crítica que la del adolescente criado en un hogar autoritario. Por último, en un hogar permisivo el adolescente siente poco respeto por sus padres, muestra resentimiento e inseguridad y cuando las cosas le salen mal acusa a sus padres de haberlo descuidado y privado de la guía necesaria⁴⁷.

Evitar esas fricciones o solucionar los conflictos en el seno de la propia familia y con los mecanismos que generan sus propias fuerzas internas es asunto que escapa a la acción del Derecho. Cuando aquí proponemos armonizar la libertad de los individuos y la solidaridad del grupo familiar nos estamos refiriendo a la conjunción de principios, criterios y argumentos que enfrentan a las partes y que, armónicamente valorados, situarían los conflictos en un plano que superaría racionalmente las posiciones individuales encontradas. Se trata de aplicar también al ámbito de la familia la concordia entre los individualismos de la libertad y las solidaridades del bien común, que es una meta que debe inspirar la conducta de todos los ciudadanos, las

⁴⁶ Exhortación apostólica «Familiaris consortio», n.º 26.

⁴⁷ Vid. HURLOCK, ob. cit., p. 503.

creaciones del legislador, del juez y de cuantos operan con instrumentos jurídicos para solucionar los problemas con criterios de justicia.

En el antiguo Derecho no se podía plantear este tema, pues la voluntad del *paterfamilias*, absoluta e incontestable, no daba ocasión a posiciones dispares necesitadas de armonización. Es ahora, en vista de que el Derecho ampara que la voluntad de los padres pueda ser contestada por los hijos adolescentes, cuando los juristas se han planteado la conveniencia y hasta la necesidad de formular unos criterios de armonización, con exigencias de justicia en las conductas de los implicados. Veamos algunas posiciones de la doctrina:

Los Profesores Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida entienden que «el primado del “libre desarrollo” puede llegar a ser un disolvente de vínculos y responsabilidades, sobre todo si quien juzga de él, de lo que ayuda al enriquecimiento y expresión del propio *ego* y de lo que impide alcanzar su resultado es el mismo sujeto cuya individualidad está llamada por el art. 10 de la Constitución a desarrollarse libremente... Creo, pues, que debe rechazarse la tesis atomista que no ve en la familia sino una reunión de individuos que cooperan y conviven para la mejor obtención de fines igualmente individuales; y que, por el contrario, sigue siendo válida la concepción tradicional que contempla en ella un instituto natural, un colectivo con objetivos propios cuyos miembros, sin perder su dimensión personal, están vinculados jurídicamente, pero también idealmente, a una tarea común»⁴⁸.

De los Mozos sostiene que la función de la familia como «formación social» no contrapone el individuo al grupo familiar, sino todo lo contrario, de modo que su integración en el mismo confiere al concepto de *status familiae* y a la propia familia una entidad existencial en la que la contraposición con el individuo resulta casi una contradicción, un absurdo. Tampoco existe contradicción entre la protección legal del individuo y de la familia porque es el individuo el que crea o contribuye a crear la familia y es también la familia la que conforma al individuo. Sin embargo, esto supone un grado de madurez de los ciudadanos que no siempre se alcanza por los buenos deseos de los legisladores. De todos modos, reconoce que

48 LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: Derecho de Familia, Barcelona, 1984, pp. 50-51.

esta manera de operar supone un progreso jurídico, como siempre que se amplía el ámbito de libertad y advierte que la coherencia solamente se logra cuando la legislación no se aleja de la moral individual o social ⁴⁹.

Para Stanzione la familia, que tiene como función cualificadora desarrollar la personalidad de los miembros que la componen, no puede convertirse en instrumento de opresión de la individualidad de cada uno de sus componentes, sino campo de potenciación de las propias manifestaciones con respeto a la dignidad de la persona humana y del desarrollo de la personalidad del menor; pero —añade— el interés del hijo que ha de presidir la acción de la patria potestad no significa el arbitrio o capricho del mismo y no ha de olvidarse que el interés del menor, a diferencia del interés del adulto, se proyecta hacia el futuro, por lo que son los mismos padres los que están en mejores condiciones de valorar ese interés, si bien se necesita contar con su juicio y voluntad en las elecciones que conciernen a su propia persona, cuando el menor tenga capacidad de discernimiento. En caso de colisión parece que debe prevalecer la valoración del interés del hijo hecha por los padres cuando no atente a la dignidad o a la persona del hijo ⁵⁰.

Forgiuele concibe la familia como un original microsistema de libertad y solidaridad a través de la noción personalística de la familia en la que concibe a la persona como síntesis de libertad y de solidaridad ⁵¹.

Podríamos acumular citas de otros autores coincidentes en estas apreciaciones de armonización de libertad y solidaridad, intereses individuales de los miembros e interés colectivo de la familia. Pero, el Derecho es una Ciencia práctica y sus elevadas y, a veces sutiles elaboraciones teóricas, han de tener una proyección en la realidad social para establecer un orden justo. Y en este punto hemos de reconocer la insuficiencia del Derecho para lograr que aquel principio de armonización se siga por los adolescentes y estén dispuestos a ejercer sus libertades en congruencia con la unidad de la familia y con respeto a la solidaridad familiar; ni por los padres, no siempre

49 De los MOZOS, J.L.: Persona y comunidad familiar en el Derecho español, en VARIOS AUTORES, Persona e comunità familiare, Nápoles, 1985, p. 71.

50 STANZIONE, P.: Derechos fundamentales del menor y patria potestad en el Ordenamiento italiano, en VARIOS AUTORES. La personalitat civil, Barcelona, 1984, pp. 81-82.

51 FORGIUELE, G.: Libertà e famiglia: Dal sistema al macrosistema, en VARIOS AUTORES, Persona e comunità familiare, ob. cit., p. 84.

comprensivos con los derechos de los hijos. De ahí que este principio de armonización esté necesitado de su concreción en normas y decisiones jurisprudenciales que vayan marcando aplicaciones del principio a situaciones determinadas.

En caso de conflicto porque ha fracasado la armonización deseable, corresponde también al Derecho arbitrar los medios para imponer una justa composición de intereses. Y estimo que en asuntos familiares no es el Juzgado el lugar ideal para una efectiva solución, como repetidamente he tenido ocasión de expresar. Considero que han de apuntarse antes otros medios, administrativos o privados, de conciliación y arbitraje, de tratamiento terapéutico especializado de los problemas familiares, de fórmulas educativas de los padres y de los hijos en convivencia familiar. Sobre todo, hay que promover el recurso al arbitraje privado como vía óptima para la solución de estos conflictos, constituyéndolo en sustitutivo de la intervención judicial. Ello requeriría introducir algunas modificaciones en la Ley de 5 de diciembre de 1988 y en el art. 1.814 del Código civil para despejar el acceso de los asuntos familiares al arbitraje privado, preferiblemente el de equidad, sin cláusula compromisoria previa, y con habilitación de los Centros de Orientación Familiar y otras instituciones especializadas para administrar estos arbitrajes.

4. EXAMEN DE ALGUNOS SUPUESTOS

Para ilustrar cuanto acabamos de exponer sobre la capacidad de obrar de los adolescentes en relación con derechos de la personalidad y con otros derechos, nada mejor que ofrecer una sucinta exposición de supuestos concretos en los que las leyes reconocen, con mayor o menor extensión, según los casos, la autonomía y la libertad del menor:

A) DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA

a) *El derecho a la vida*

Se reitera en las Declaraciones internacionales de Derechos humanos y también se proclama por la Constitución española. La Convención sobre derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, introduce la novedad de

especificar que el derecho a la vida es intrínseco, según la redacción del art. 6: «Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida». Por razón de su intrinsecidad el derecho a la vida emana de la propia vida humana o, como dice el art. 1º de la misma Convención, de todo ser humano. Así pues, queda protegida la vida desde la concepción y se rechaza el aborto y en esta línea nuestro Código penal sancional al que de propósito causare un aborto, a la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo causare y al facultativo que, con abuso de su arte, causare el aborto o cooperare a él (arts. 413 y 415). Una Ley Orgánica de 1 de julio de 1985 despenalizó el aborto en tres supuestos: grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, violación y presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, exigiéndose previamente a su práctica la concurrencia de varios requisitos, entre ellos el consentimiento expreso de la mujer embarazada (art. 417 bis), sin que se haga ninguna salvedad sobre intervención de los padres ⁵².

b) *El derecho a consentir operaciones quirúrgicas y tratamientos sanitarios obligatorios*

Se ha extendido la opinión de que, si otra cosa no se dispone por las leyes, el adolescente con madurez de juicio suficiente es quien ha de dar el consentimiento para la práctica de estas intervenciones y tratamientos, en correspondencia con el derecho a su vida y a su salud ⁵³. La Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, exige el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) Cuando no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo

⁵² La ley italiana de 22 de mayo de 1978 exige el asentimiento de quien ejerce la patria potestad cuando la mujer es menor de dieciocho años, decidiendo el Juez Tutelar en caso de disenso.

Las leyes francesas de 17 de enero de 1975 y de 31 de diciembre de 1979 exigen para la mujer soltera menor de edad el consentimiento de una de las personas que ejercen la autoridad parental.

⁵³ Cfr. COBREROS, E.: Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud, Oñati, 1988, p. 281.

caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (art. 10.6). Por consiguiente, basta que el paciente, aunque sea menor de edad, tenga suficiente madurez de juicio, lo que se presume a partir de los doce años, para que sea él quien ha de prestar el consentimiento. En otro caso, habrán de hacerlo por los menores los padres, titulares de la patria potestad, y en su defecto habrán de prestarlo otros familiares, preferiblemente por el orden de llamamientos a la tutela, y en último término otros familiares más lejanos o personas que, de hecho, tuvieran alguna relación de guarda o confianza con el paciente.

Para el injerto o implantación de órganos humanos se requiere que el receptor exprese por escrito su consentimiento cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores en casos de pacientes con déficit mental o menores de edad (art. 6º de la Ley de 7 de octubre de 1979 y art. 12 del Real Decreto de 22 de febrero de 1980).

El trasplante a personas enfermas de células, tejidos u órganos embrionarios o fetales sólo podrá realizarse si el receptor da su consentimiento, una vez que ha sido informado de sus fines, posibilidades terapéuticas y riesgos, y los acepte previamente por escrito. Si el receptor fuera menor de edad o estuviera incapacitado deberá contarse con el consentimiento de los padres (art. 4 de la Ley de 28 de diciembre de 1988).

c) Derecho de disponer de órganos y partes separadas del propio cuerpo

La donación de órganos solamente puede realizarse por personas mayores de edad que otorguen su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo por escrito ante la autoridad del Juez Encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate (Ley de 27 de octubre de 1979 y Real Decreto de 22 de febrero de 1980).

El hemodonante ha de ser mayor de edad (Orden de 4 de diciembre de 1985).

El donante de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, requiere que los donantes sean sus progenitores y que otorguen su consentimiento previo de forma libre, expresa y consciente, y por escrito. Si son menores no emancipados o están incapacitados, será necesario ade-

más el consentimiento de sus representantes legales (art. 2 de la Ley de 28 de diciembre de 1988).

La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos para fines terapéuticos o científicos podrá realizarse si el fallecido no hubiera dejado constancia expresa de su oposición. Cuando se trate de menores de edad o pacientes con déficit mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representación legal (art. 5º de la Ley de 7 de octubre de 1979 y art. 8º del Real Decreto de 22 de febrero de 1980).

Las autopsias clínicas pueden practicarse a quienes no hubieran manifestado su oposición, bien por sí mismo o a través de su cónyuge, o de sus familiares en primer grado; se considerará que no existe dicha oposición cuando no conste en el libro de registro del hospital y tampoco se haya manifestado por el cónyuge o familiares en primer grado del difunto, dentro de las cuatro horas siguientes al momento en que se le entregue o, si no se encontrase en el hospital, se ponga a su disposición el certificado de la muerte cierta (art. 3,2 de la Ley de 21 de junio de 1980 y art. 5º del Real Decreto de 18 de junio de 1982).

B) DERECHO A LA PROPIA IDENTIDAD

Ser uno sí mismo es una verdad que, como escribe De Cupis, significa serlo también aparentemente, en el conocimiento y en la opinión de otros; significa serlo socialmente. Y es precisamente esta proyección social de la identidad personal la que, siendo susceptible de ofensa externa, cae bajo la tutela jurídica y puede considerarse, por lo tanto, un bien jurídico ⁵⁴.

a) *Identidad personal*

Está protegida especialmente por la Convención sobre derechos del niño en cuyo art. 8 se establece: «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la naciona-

54 Cfr. DE CUPIS, ob. cit., p. 399.

lidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas».

El signo identificador por excelencia es el nombre, constituido según las leyes españolas por el nombre propio o de pila y dos apellidos, paterno y materno, que la Ley ampara frente a todos (art. 53 de la Ley de Registro Civil), de tal manera que no puede prescindirse de ninguno de los tres componentes (arts. 54 y 55 de dicha Ley y 191 y ss. del Reglamento). El nombre se impone por los padres o guardadores (art. 193 del Reglamento) y los apellidos vienen determinados por la filiación o, si fuera desconocida, por imposición del Encargado del Registro civil. El menor no puede alterar el orden de sus apellidos (arts. 109 del Código civil y art. 198 del Reglamento del Registro).

b) *Identidad sexual*

El reconocimiento científico de varios factores humanos determinantes de sexos diversos y encontrados viene planteando en la práctica judicial demandas de cambio de sexo para acomodar el que ostenta en los Libros del Registro Civil al que corresponde a sus componentes cromosómicos y al que psicológicamente siente y vive el sujeto. Una sentencia del Tribunal de Supremo de 3 de marzo de 1989 fundamenta el cambio de sexo registral en el art. 10.1 de la Constitución, a fin de no impedir «el libre desarrollo de la personalidad». Se razona en dicha sentencia que los avances científicos demuestran como si ya en el momento inicial de la formación en el embrión del llamado sexo cromosómico, se producen con una cierta frecuencia desviaciones en las que aumenta o disminuye el número de cromosomas y se duplica el número de los genomas de uno u otro sexo, a las que se añaden las desviaciones que se producen a la hora de la formación del sexo gonadal, en el que se conforman los órganos sexuales. También —sigue la sentencia— caben desviaciones a la hora de determinación del sexo fenotípico, es decir, de la conformación del cuerpo humano de acuerdo con la morfología del sexo a que pertenece. Muchas de estas desviaciones tienen una decisiva influencia sobre la psique del sujeto que las padece, produciendo en el mismo un sexo psíquico distinto del que, por razón de su biología molecular, le corresponde. A la hora de decidir el Tribunal sobre la clasificación del sujeto en uno de los dos sexos, se inclina por valorar preferentemente el

sexo fenotípico, que atiende al desarrollo corporal y, con mayor fuerza aún, al psicológico, que determina el comportamiento caracterial y social del sujeto, siendo los factores psíquicos los más nobles e importantes de la persona y en los que anida el centro del desarrollo de su personalidad, a la que atiende de manera expresa el mandato constitucional. El Tribunal llega a la conclusión de que la actual inscripción en el Registro civil del recurrente como varón contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad a la que tiende su sexo psíquico, que es de mujer, por lo que acuerda la rectificación del sexo, haciéndose constar como femenino en la inscripción de nacimiento.

Con el fin de no impedir el transexualismo, una Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 modificó el art. 428 del Código penal para eximir de responsabilidad penal por delito de lesiones cuando mediara el consentimiento del lesionado libre y expresamente emitido en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por estos ni por sus representantes legales. Y otra Ley Orgánica de 21 de junio de 1989 ha añadido que no será punible la esterilización de incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición de representante del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, del Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

Respecto a la capacidad de obrar de los adolescentes en estos supuestos, se advierte que solamente pueden prestar consentimiento para estas intervenciones el mayor de edad, sin que pueda ser suplida su voluntad, cuando son menores, por sus representantes legales. Solamente los incapaces, aunque sean menores de edad, pueden ser esterilizados a petición del representante legal y concurriendo los demás requisitos expresados por la ley.

Por lo que respecta al cambio de sexo en el Registro civil, ha de tenerse en cuenta que, según el art. 97 de la Ley, los expedientes gubernativos registrales pueden promoverlos o constituirse en parte cualquier persona que tenga interés legítimo, concretándose por el art. 346 del Reglamento que «tienen interés legítimo en un expediente los que por él pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos o sus herederos». A la vista de estos preceptos y de lo que dispone el art. 162, 1º del Código

civil, ha de admitirse que los menores adolescentes pueden promover estos expedientes.

C) DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y AL HONOR

Están tutelados estos derechos por el art. 18 de la Constitución que garantiza «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» y en el mismo artículo se protege la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la limitación al uso de la informática. Estos derechos se reconocen, en concreto para los adolescentes, por la Convención sobre derechos del niño, cuyo art. 16 establece: «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación».

La Ley de 5 de mayo de 1982, que desarrolla el art. 18 de la Constitución, articula el sistema de protección de estos derechos. Esta ley reconoce ampliamente la capacidad de obrar de los adolescentes. Por una parte, pueden consentir los menores intromisiones en su honor, intimidad o imagen, si sus condiciones de madurez lo permite (art. 3º). Y, por otra, el art. 6º permite al menor que pueda ejercitar las oportunas acciones por sí o por representante legal ⁵⁵.

D) DERECHO DE VISITA

Es la expresión que emplean los autores franceses para denominar lo que nosotros conocemos como derecho del menor a relacionarse con parientes y amigos, que tanta importancia tienen en el desarrollo personal del menor. El art. 161 del Código civil dispone que «no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes o allegados.

⁵⁵ Según el art. 497 del Código Penal no es aplicable a los padres el delito de descubrimiento y revelación de secretos en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. Descartada la persecución penal queda, no obstante, expedita la vía del proceso civil para el reconocimiento y defensa de este derecho del adolescente.

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias». Sucede a veces en caso de normalidad familiar y, más aún, en caso de separación, que alguno de los padres pone obstáculos para que los hijos se relacionen con los parientes del otro y, especialmente, con los abuelos. Siempre se entendió que estas restricciones son perjudiciales para la formación del menor, que a la larga sufre una educación desarraigada de la comunidad parental. El Código francés menciona expresamente a los abuelos, consciente el legislador de la importancia que tienen en la formación del menor y que se ha acrecentado en los tiempos actuales cuando trabajan ambos padres y, a menudo, son los abuelos los que asumen una buena parte del cuidado de los nietos ⁵⁶. El Código español los comprende, naturalmente, bajo el término parientes; pero, la novedad consiste en que también prohíbe el Código que los padres se interfieran en las relaciones de los hijos con allegados, es decir, personas cercanas o próximas, según el Diccionario de la Real Academia, como pueden ser vecinos, compañeros de colegio y amigos, aunque siempre habrá de reservarse a los padres, obligados a velar por sus hijos, el derecho a impedir el trato con amistades que estimen peligrosas para su formación.

E) DERECHO A LA EDUCACIÓN

Es un deber de los padres educar a los hijos, deber natural consecuente a la procreación. Los esposos —se dice en la Exhortación apostólica «Familiaris consortio»— engendrando en el amor y por amor una nueva persona, que tiene en sí la vocación al crecimiento y al desarrollo, asumen por eso mismo la obligación de ayudarla eficazmente a vivir una vida plenamente humana». Cita un conocido párrafo del Concilio Vaticano II (Declaración «Gravissimum educationis»): «Puesto que los padres han dado la vida a los hijos, tienen la gravísima obligación de educar a la prole y por tanto hay que reconocerlos como los primeros y principales educadores de sus hijos». Luego añade: «La familia es la primera, pero no la única y exclusiva comunidad educadora; la misma dimensión comunitaria, civil y

⁵⁶ Cfr. NEIRINCK, C.: La protection de la personne de l'enfant contre ses parents, París, 1984, pp. 253 y ss.

eclesial del hombre exige y conduce a una acción amplia y articulada, fruto de la colaboración ordenada de las diversas fuerzas educativas» (núm. 36).

Esta concurrencia de fuerzas educativas, entre las que ciertamente prevalece la familia, está coordinada por los padres del menor, tal como dispone el art. 154,1º del Código civil: «educarlos y procurarles una formación integral». Este derecho de los padres no es absoluto, sino que cuenta con importantes limitaciones: una, que esa educación, como dispone el mismo art. 154 citado, han de procurarla los padres siempre en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, es decir, respetando sus aptitudes, disposiciones naturales y vocación en cuanto estén orientadas hacia el logro de una madurez positiva; otra, que los Centros docentes tienen que adoptar criterios educativos, unos establecidos por la ley, otros por el Consejo de Centro que no siempre coincidirán con los profesados por los padres, sobre todo en lugares y en circunstancias en las que no haya suficiente pluralidad para la elección de Centro, de tal manera que leyes, como la Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 3 de julio de 1985, y la Ley Orgánica General del Sistema Educativo, de 3 de octubre de 1990, ofrecen serios separos en orden a una aplicación íntegra de la libertad de enseñanza proclamada por el art. 27 de la Constitución.

Pero, la cuestión que aquí se plantea es la participación del adolescente en las decisiones sobre directrices de su propia educación, Centros en donde seguir los estudios, elección de éstos, etc. Y, de entrada, hemos de aceptar su derecho a participar con sólo recordar que el citado art. 27 de la Constitución proclama que todos, sin excepciones, tienen derecho a la educación. Por lo tanto, son los jóvenes los primeros titulares del derecho a la educación y los padres, el Estado y la sociedad vienen urgidos por el grave deber de procurar esa educación. Una vez que el menor alcanza el crecimiento intelectual y psicológico propio de la adolescencia —escribe M. Bessone— la autoridad de los padres no podría superar los límites constitucionales que garantizan al menor la inviolabilidad de los derechos fundamentales, que en el proceso educativo confluyen con el deber educativo de los padres y que éstos no pueden desconocer a la hora de seguir direcciones culturales, ideológicas, de comportamientos sociales, etc.⁵⁷; y hasta se

57 BESSONE, M.: L'ordinamento costituzionale del Diritto di Famiglia e le prospettive di evoluzione della società italiana, en «Il Diritto di Famiglia e delle Persone», 1976, p. 230.

ha llegado a afirmar que el deber educativo de los padres se agota cuando el hijo alcanza su autosuficiencia para dirigir su propia formación, lo que depende de la personalidad de cada uno, del ambiente social y de la actividad que desarrolla ⁵⁸.

Yo pienso que el deber educativo de los padres se ejerce siempre, con mayor o menor intensidad, de un modo o de otro, porque es intrínseco a la paternidad. Ese deber se manifiesta con mayor dedicación cuando los hijos son menores de edad, incluso cuando han alcanzado la adolescencia, y es compatible con el respeto a las opciones lícitas que aquellos puedan proponer para que se tengan en cuenta en las directrices y contenidos educativos que les afectan. Esta es la orientación seguida por la reciente Convención sobre derechos del niño, cuyo art. 5º establece: «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 establezca 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». Se establece, pues, una línea de cooperación entre padres e hijos adolescentes para que sean aquéllos los que guíen la educación de éstos en consonancia con su desarrollo y opciones existenciales. Como expresa el art. 12 de la misma Convención, el adolescente que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene derecho a expresar libremente su opinión en los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez. Estas normas conducen a reconocer el derecho y el deber de los padres de guiar la educación de los hijos y tienen la responsabilidad de configurar las direcciones y el contenido que consideren mejor para sus hijos; pero cuando éstos alcancen suficiente juicio deberán contar con ellos y animarlos a participar en su formación, sin tensiones ni enfrentamientos que, si se produjeran, tampoco deben influir en el ánimo de los padres que nunca deben abandonar la dirección educativa que la ley les concede, bien entendido que educar a los hijos

⁵⁸ IANNI, P.: *Potestà dei genitori e libertà dei figli*, en «Il Diritto di Famiglia e delle Persone», 1977, p. 879.

adolescentes, teniendo en cuenta el nuevo Derecho, comporta más bien un deber de sugerir que de mandar.

Especial importancia tiene en este ámbito lo que concierne a la educación religiosa del adolescente ⁵⁹. La Constitución española garantiza el derecho que asiste a los padres para que los hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, garantía que se reitera en la LODE. La cuestión se plantea cuando el hijo adolescente se decanta por opciones religiosas diferentes de las que profesan los padres. Con apoyo en los mismos textos constitucionales, en cuanto otorgan a todos el derecho de libertad religiosa, así como dirigir el libre desarrollo de su personalidad, ha cobrado peso la idea de que la libertad de opción debe operar decisivamente en el seno de la familia a fin de que sea respetada por los padres, con posibilidad de acudir a los Tribunales para que se respete su propia opción, tanto por los padres como por los Centros en donde recibe educación ⁶⁰. «La profesión o no de unas determinadas creencias religiosas y la educación en las mismas —escribíamos en otro lugar— constituye una parcela reservada a la más profunda intimidad del sujeto, hasta el extremo de que el art. 16.2 de la Constitución dispone que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”. Constituye, pues, el contenido de un derecho personalísimo y protegida, por ello, la libertad de opción y de ejercicio de tal derecho, por lo que las leyes no pueden prohibir su directo ejercicio. La representación legal que en favor de los padres establece el art. 27.3 de la Constitución y el art. 2 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (LOLR) no tiene carácter absoluto, sino que enmarca en ámbitos de licitud la acción directa del menor prevista por el art. 162 del Código civil, siempre que concurren en el menor las condiciones de madurez que le permitan tomar las decisiones por sí mismo» ⁶¹. En este sentido establece la Convención sobre los derechos del niño, por un lado que «los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia

59 Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M.: La libertad religiosa del menor, en VARIOS AUTORES, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona, 1983, pp. 535 y ss.

60 Cfr. ZATTI, P.: *Rapporto educativo e intervento del giudice*, en VARIOS AUTORES, *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, ob. cit., pp. 189 y ss.

61 LÓPEZ ALARCÓN, ob. cit. en nota 59, p. 539.

y de religión» y, por otra, que «los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades». Acertada fórmula en la que prevalece el derecho del menor y se modera la función de los padres, según la evolución de las facultades de los hijos, para guiar, no para imponer, el ejercicio del derecho del menor a la libertad religiosa.

F) DERECHO A UN PROCESO PENAL JUSTO

La punición de los menores de dieciseis años (minoría de edad penal) por hechos que se le atribuyan, calificados de delitos o faltas, son de la competencia de los Jueces de Menores, según dispone la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido por Decreto de 11 de junio de 1948. Pero su art. 15, que regula el procedimiento, establece que «el Tribunal no se sujetará a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones», lo que ciertamente supone un agravio al derecho fundamental de todo ciudadano a que se respeten las garantías procesales que establece el art. 24 de la Constitución. El menor adolescente asume personalmente las consecuencias de su conducta punible y la posición procesal de imputado, lo que en modo alguno justifica que se le excluya de las garantías procesales amparadas por la Constitución, sino que, más bien, aconseja extremar dichas garantías.

En este sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional en sentencia de 14 de febrero de 1991, que declara inconstitucional el expresado art. 15 de la Ley de Menores por su incompatibilidad con el art. 24 de la Constitución, interpretado por el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, y el art. 40 de la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989. Por consiguiente habrán de respetarse en los procedimientos correccionales que se sigan contra menores la presunción de inocencia, la información de cargos, la asistencia letrada, derecho a excusarse de declarar contra sí mismo, derecho a juez competente y a una prueba ajustada a la ley. Únicamente admite el Tribunal Constitucional la restricción del principio de publicidad del proceso seguido contra menores, por razones tendentes a

preservarlos de los efectos adversos que puedan resultar de la publicidad de las actuaciones⁶².

MARIANO LÓPEZ ALARCÓN
Profesor Emérito de la Universidad de Murcia

61 En prensa el presente número de Anales, se ha publicado en el BOE de 11 de junio de 1992 la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores. Afecta a los artículos 9 y 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores aprobada por Decreto de 11 de junio de 1948.