

MENOR DE EDAD Y CAPACIDAD DE EJERCICIO: RETO DEL DERECHO FAMILIAR CONTEMPORÁNEO.

Jetzabel Mireya Montejo Rivero

Profesora Auxiliar de Derecho Civil y Familia
Universidad de Camagüey, Cuba

Resumen

Los cambios en las relaciones familiares acaecidos en los albores de siglo XXI, comportan nuevos paradigmas en la concepción de la capacidad del menor. En estas reflexiones, se hace referencia a la enunciación de la capacidad de obrar del menor desde una dinámica participativa en las relaciones jurídicas civiles y familiares acorde a su capacidad progresiva y una más efectiva protección al ejercicio de sus derechos. El presente artículo, expone sucintamente valoraciones sobre el ejercicio de la capacidad del menor a partir de la fundamentación teórica de los conceptos jurídicos de persona, personalidad y capacidad, en aras de armonizar las nociones de menor de edad y capacidad de ejercicio desde el interés superior del niño en el Derecho Familiar contemporáneo.

Palabras clave: Personalidad, capacidad, capacidad progresiva, menor, protección del menor, interés superior del niño.

Abstract

Change in family relations that took place at the opening of the 21st comporting new paradigms in conceptions of minor is already in progress. These reflections are referred to understanding child legal status capacity that takes into consideration its legal ability from the perspective of dynamic participation in concrete legal relations according to his progressive ability and secures the protection of his rights at the same time. The present article demonstrate the legal concepts of individual, personality and ability are interpreted the legal ability of child individuals is evaluated following that viewpoint. The study outlines the necessity of harmonizing the notion of child and ability for "child's best interest" in contemporary family law.

Keywords: Personality, ability, progressive ability, child, children's protection, child's best interest.

1. NOTAS PRELIMINARES

En materia de protección jurídica a la infancia y adolescencia, especial referencia merece la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; cuya preceptiva jurídica enuncia un giro copernicano en el tratamiento que siempre ha recibido la capacidad de los menores de edad. La mirada tutelar es sustituida por la protección integral, a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo se propone, en una primera fase, ofrecer valoraciones en torno al ejercicio de la capacidad del menor sobre la base de la fundamentación teórica de los conceptos jurídicos de persona, personalidad y capacidad. Conceptos, que en la actualidad irrumpen en el campo del Derecho de Familia y adquieren relevancia práctica con respecto al menor en un contexto diferente¹. En una segunda fase, se exponen disquisiciones sobre la capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes², el derecho del niño ser escuchado y concreción del principio rector de interés superior del niño, previa valoración doctrinal.

2. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS DE PERSONA, PERSONALIDAD Y CAPACIDAD

“El Derecho, orden normativo, lo es de las personas y para las personas.”³ En el contexto del Derecho de Familia del siglo XXI, este axioma adquiere plena vigencia, si tenemos en cuenta, estamos hablando de un Derecho Familiar de contenido más democrático y ámbito de actuación en función de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares.

La doctrina coincide en reconocer a la persona aptitud para intervenir en relaciones jurídicas a través de dos categorías esenciales del Derecho Civil: personalidad y capacidad.

¹La Convención Internacional de los Derechos del Niño, promulgada el 20 de noviembre de 1989, (en lo adelante CDN) representa una nueva concepción en torno a la situación jurídica de las personas menores de edad. La mirada “tutelar y asistencialista” es sustituida por la protección integral, a partir del reconocimiento del niño (a) como verdadero sujeto de derecho.

² En lo adelante NNA.

³ La voz persona tiene origen etimológico latino y raíz cultural griega. Proviene del vocablo per sonare, sonar a través, nombre que se le daba a las mascarilla que usaban los actores del teatro griego y romano, tanto para ampliar la voz como para caracterizar a los distintos personajes que representaban. Posteriormente el término se hizo común para designar al hombre, mediante un simpático juego poético que podría interpretarse así: la persona es la representación del hombre en el gran teatro de la vida. Cfr., Fernández Bulté, J. (2008).

La primera se considera atributo inherente a la persona natural, adquirida por regla general por el hecho de nacer, conforme a la normativa que marca el inicio de la personalidad en cada ordenamiento jurídico.⁴ Así lo expone el Código Civil cubano, cuando establece “la personalidad se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte, no obstante, concede derechos al concebido en todos los extremos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo”.⁵

Grosso modo, puede señalarse la subsistencia de personalidad durante toda la vida de su titular y la tipifica además como presupuesto ineludible de participación en relaciones jurídicas.

Situación diferente acontece con respecto a la capacidad,⁶ si tenemos en cuenta su doble manifestación en capacidad de derecho, de goce o de adquisición y la capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción.

A la primera, hace referencia el artículo 28.1 del Código Civil Cubano, elemento que no puede faltar en la persona, pues constituye atributo inherente a ella. En cambio, la capacidad de obrar, refiere a la aptitud del sujeto para alcanzar *per se* la participación en relaciones jurídicas concretas a partir de la realización de actos jurídicos eficaces.

En la doctrina patria, Valdés Díaz (2010) señala elementos comunes⁷ de la capacidad de obrar y en consecuencia, determinan la faz dinámica de la capacidad. *Ergo*, no a todas las personas el Ordenamiento Jurídico puede reconocer el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre se reúnen los requisitos que este exige para intervenir en relaciones jurídicas.

En el caso del menor, en su condición de persona, ostenta personalidad y capacidad para la adquisición y goce de derechos. No obstante, el Ordenamiento Jurídico limita su capacidad de obrar en razón de la edad; afianzándose una mirada transformadora de la situación jurídica del menor en la contemporaneidad.

⁴ No obstante, los Códigos Civiles matizan esta idea, afiliándose a distintas teorías que explican el surgimiento de la personalidad: teoría del nacimiento, de la concepción, ecléctica, de la viabilidad y la psicológica.

⁵ Todo parece indicar que el legislador cubano se ha afiliado a la teoría ecléctica del surgimiento de la personalidad. *Vid.* artículos 24 y 25 del Código Civil Cubano. En este sentido, el Código Civil Cubano protege jurídicamente al concebido haciendo que queden en situación de pendencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta tanto éste llegue o no a ser persona con el nacimiento, otorgándose de esta forma eficacia posterior y retroactiva al nacimiento. *Vid.* Albaladejo, M. (1996).

⁶ Con respecto a la definición de la capacidad existen dos grandes grupos doctrinales. Para el primero hay dos capacidades perfectamente diferenciadas, la jurídica o la de derecho, que permite adquirir derechos y la de hecho o de obrar, que permite ejercitar aquellos por sí mismo; para otros, la capacidad es una sola, y como tal, posibilita disfrutar y ejercitar los derechos. *Vid.* Ramos Chaparro, E. (1995).

⁷La capacidad de obrar es una cualidad de la persona, que se manifiesta como aptitud o idoneidad, vinculada al modo intrínseco de ser o estar en la vida social y reconocida por el ordenamiento jurídico de acuerdo a la concurrencia de determinados requisitos. Permite el ejercicio de los derechos y obligaciones de los que se es titular en el ámbito de relaciones jurídicas concretas que determina la eficacia de los actos jurídicos realizados por la persona natural. *Vid.* Valdés Díaz (en prensa).

3. MENOR DE EDAD. SU CONSIDERACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Tradicionalmente, se han manifestado en doctrina, puntos de vista encontrados para definir la situación jurídica del menor de edad:

1. La consideración del menor como incapaz de modo general, salvo ciertas excepciones previstas en las leyes.
2. La consideración del menor con capacidad de obrar, aunque su capacidad sea limitada o restringida.

La primera postura encuentra respaldo teórico en la posición de Espín Cánovas y otros autores españoles; quienes sostienen la teoría de la incapacidad absoluta del menor de edad; cuyo fundamento⁸ puede obedecer al tratamiento otorgado al menor en décadas pasadas. En la actualidad, se destaca la segunda de las posturas; iniciada por el profesor De Castro, pionero en considerar la teoría de la capacidad de obrar del menor⁹; lógicamente más restringida que la del menor emancipado o el mayor. En efecto, cabría advertir la condición de la menor edad desde la capacidad de obrar limitada, en virtud de disposiciones dictadas para su protección.

Doctrinalmente, defienden esta postura, entre otros; O'Callaghan quien supone "es incuestionable que el menor puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente por ley; o esta le atribuye, en otras una capacidad genérica. Ante ello, o bien se le considera que carece de capacidad, pero excepcionalmente se le concede para la realización de ciertos actos, o bien se le reconoce un limitado campo de actuación" (*pos., cit. López, 2001*). Sobre este dilema doctrinal, irrumpen diversas construcciones teóricas (vid. Jordano, 1984) intentando dilucidar el otorgamiento de capacidad al menor para actuar por sí mismo en determinados negocios.

Loablemente, Albalalejo (2002) condensa "una esfera de capacidad al menor (bien porque de ella esté derogada la regla general de incapacidad o bien porque sea la esfera en que la regla general de su capacidad no sufre restricción (...)) por lo que en los casos de falta de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos es cosa que se ha de realizar no mecánicamente (...)

⁸ Con anterioridad a la promulgación de la CDN, el menor de edad fue considerado como un sujeto desprovisto de aptitud para decidir en sus asuntos personales, y salvo algunos actos de tipo patrimonial a los que se concedía eficacia -quizá mejor: que no eran declarados ineficaces, en todo lo demás quedaba sometido a las decisiones de sus representantes legales.

⁹ Varias razones sostienen la tesis del maestro De Castro; una, que tal era la doctrina del antiguo Derecho Español, y se presume se mantiene, pues no existe actualmente disposición en el Código Civil Español. Otra; ninguna disposición del mismo, permite inferir una incapacidad absoluta del menor, y además, considera desacertada esta teoría cuando las leyes admiten una serie de casos en los que es capaz el menor, y respecto a actos como realizar testamento, adquirir la posesión, entre otros. *Vid. De Castro, F. (1952).*

sino viendo, si a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal o excepcional) al menor.”

Desde lo anterior, puede considerarse al menor con capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere gradualmente. Coincido con Linacero (2003) cuando supone “el suficiente juicio o discernimiento a los 16 años; esta edad podría funcionar como dato objetivo para permitir al menor una cierta actividad patrimonial” en plena armonía con el sistema de gradaciones de la capacidad de obrar del menor de acuerdo a su edad.¹⁰

En Cuba, el legislador de 1987 reconoce a menores de edad entre 10 y 18 años posibilidades de actuación.¹¹ No obstante, el precepto ofrece una fórmula genérica que no define los actos jurídicos que podrá ejercer *per se* el menor de diez años de edad; suscitándose diversas interpretaciones en la práctica jurídica cubana.

En Colombia, el artículo 50 de la Ley 1306 de 2009 modificó el artículo 34 del Código Civil, para equiparar el impúber al niño que no ha cumplido los 12 años, el púber al adolescente, categoría que comprende a los menores entre 12 y 18 años. Es dable apuntar, la ley colombiana aunque establece una presunción legal en el sentido de que todo menor de edad es incapaz; esta presunción admite prueba en contrario, y pueden encontrarse menores habilitados para realizar ciertos actos y negocios jurídicos; son ejemplos, la capacidad para otorgar testamento y la facultad para administrar el peculio profesional, reconocida a los menores de 18 y mayores de 12 años. (Montoya Osorio & Montoya Pérez, 2010).

La adopción de un régimen de capacidad limitada que posibilite al menor ejercer *per se* actos patrimoniales a partir de una edad preestablecida en norma, resulta estimable; *empero* ¿Cómo armonizar las nociones menor de edad y capacidad cuando de lo que se trata es del ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad?

Dada su esencia, los derechos personalísimos no admiten sustitución en la voluntad de su titular. En esta perspectiva, considero loable apreciar la madurez en el ejercicio de los derechos personalísimos, criterio admitido por algunos ordenamientos jurídicos modernos.¹²

¹⁰ Fernández Bulté, J. (2004). El autor establece las distintas etapas hasta la mayoría de edad, reconocidas en el Derecho Romano: infancia, impubertad y pubertad, con su propia repercusión en la capacidad de obrar.

¹¹ El artículo 30 inciso a. del Código Civil Cubano establece: “tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria: a. los menores de edad que han cumplidos diez años de nacidos. *Vid.* Código Civil de la República de Cuba. 1988. Ley N°. 59/1987 de 16 de julio. La Habana: Divulgación del MINJUS.

¹² A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 162.1 del Código Civil Español, cuya norma jurídica dispone como excepción a la representación de padres y tutores, 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. Desde la dinámica del precepto, vale subrayar el panorama legislativo español a partir de las últimas reformas especialmente del Derecho de Familia (Leyes 13 mayo 1981, 24 octubre 1983 y la Ley Orgánica 1/1996); cuyos principios reconocen capacidad progresiva a NNA.

El criterio de la madurez nos remite a las nociones de “evolución de las facultades” y “autonomía progresiva”; conceptos incorporados por la CDN y exponentes de una relación causa-efecto.

En la medida en que evolucione la capacidad cognitiva del niño para comprender el alcance de sus actos, mayor autonomía habrá de reconocerse en el ejercicio de sus derechos. Lo cual, vislumbra el desarrollo evolutivo del menor en relación directamente proporcional a la autonomía progresiva. Dicho de otro modo, valorar el criterio de madurez, desde la noción de evolución de las facultades del niño, genera ineludiblemente estimar la capacidad progresiva de NNA.

De esta manera, el concepto de autonomía progresiva de NNA viene a transmutar el axioma de la “incapacidad absoluta de ejercicio” del menor, signada por su carácter transitorio y relativo –sólo por un tiempo, sólo para algunas actuaciones-, “de cuyo contenido quedan excluidos los derechos personalísimos, pues justamente en el ámbito de tales, el principio de capacidad o autonomía progresiva de NNA tendría en la actualidad una mayor aceptación” (Herrera, 2011).

3.1. La capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes.

Asciende la capacidad progresiva de NNA como tendencia del Derecho Familiar contemporáneo, encaminada al reconocimiento de autonomía y participación al menor. Encuentra su punto de partida en el concepto de evolución de las facultades, contenido en el artículo 5 de la CDN, -y en estrecha vinculación con los artículos 3, 12 y 14 -, advierte el establecimiento de nuevos conceptos que esta rama del derecho ineludiblemente ha de regular.

Desde la mirada de autorrealización personal del menor, varios autores¹³ señalan la compatibilidad del concepto de competencia, proveniente de la bioética con el ejercicio de los derechos personalísimos del niño.

De tal suerte, resulta favorable enunciar las responsabilidades de los padres en lugar de potestades para con sus hijos, advirtiéndose la noción de la “responsabilidad parental.”¹⁴ Nótese, “esta conformación legislativa de una autoridad sobre la persona y los bienes de los hijos que se delinea con fines le da a la patria potestad un contenido diferente, pues

¹³ Autores argentinos ofrecen valiosos criterios para ilustrar el alcance del principio de autonomía progresiva y su trascendencia en el ejercicio de los derechos personalísimos del niño; con tal propósito, exponen el concepto de competencia proveniente del campo de la bioética. Cfr. Krasnow, A. (2011); Minyersky, N. & Herrera, M. (2007); Gil Domínguez, A., Famá María V. y Herrera, M. (2006); Lloveras, N. & Faraoni, F. (2010).

¹⁴ Resultan abundantes las posturas doctrinarias que abogan por una reformulación de las relaciones paterno-filiales. *Vid.* Krasnow, A. (2011); Gil Domínguez, A. (2002); Mesa Castillo, O. (2009).

no se trata ya de una autoridad que se ejerce o puede ejercerse sin más, sino de una autoridad que se debe ejercer para que puedan lograrse los fines que el legislador tuvo en cuenta para la protección y desarrollo de los hijos menores” (Lloveras, Oviedo, Monjo, 2010).

Lo anterior esboza el vínculo inexorable entre los conceptos de capacidad progresiva y responsabilidad parental. Ello supone abandonar el régimen de sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal. Surgen de este modo, nuevas figuras de asistencia, cooperación y vigilancia a partir de una graduación de la capacidad de autodeterminación del niño en consonancia a su autonomía; en aras de significar que mientras mayor sea esta última, menor será la intensidad de participación de un tercero.

La consideración del niño como sujeto de derechos visualiza al menor en su condición de persona, titular de derechos humanos, y en consecuencia define la concepción jurídica de la infancia contemporánea. No cabe dudas, estamos esbozando un nuevo paradigma que asigna el reto de “transformar al menor en ciudadano,”¹⁵ y en tal contexto, proclama el reconocimiento al menor de derechos fundamentales, que el Ordenamiento Jurídico en ningún caso, podrá desconocer. En palabras de Mesa Castillo (2009) la noción requiere el concurso de la pedagogía, la psicología y las ciencias médicas en general porque hablar de capacidad progresiva es descubrir el epicentro de la democracia en la familia.

Una ampliación en el ejercicio de los derechos fundamentales del menor hacia un régimen más dinámico y flexible de capacidad de obrar del menor tributa a *la postre* a una efectiva realización de sus derechos. A cuyos efectos, debe delinearse dicha capacidad; sin embargo, “no es plena, sino limitada; pero no por ser incapaz, sino en función de su propio desarrollo, de acuerdo con la capacidad de entendimiento” (Gete Alonso, 1997).

La referida capacidad de entendimiento viene a coincidir con la capacidad natural, definida por Albaladejo (2002) como “aquellas condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente”, de trascendencia en el tema que nos ocupa y en lo relativo al menor como sujeto del Derecho de daños. *Ergo*, nuevos parámetros fijan su responsabilidad civil en la actualidad. En dicho ámbito, se distinguen dos situaciones: el menor imputable, o inimputable en consonancia a la aptitud cognoscitiva suficiente del niño para comprender la acción y prever sus posibles repercusiones. Aún y cuando la CDN excluya la responsabilidad civil de su normativa –y establezca sólo la responsabilidad penal-, nada limita a la víctima accionar directamente contra un niño capaz de “entender y de querer”.

¹⁵ En la actualidad varios autores enarbolan este apotegma. Nótese, desde la sanción de la CDN asoma al panorama normativo el reconocimiento de derechos humanos de los niños, que se han incorporado en varios de los ordenamientos jurídicos constitucionales internos. Esta inclusión de las fuentes externas conlleva a una “nueva gradación jerárquica”; significa la prioridad de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre las demás fuentes normativas. Por citar la experiencia Argentina, la última reforma constitucional acaecida en el año 1994, elevó a rango constitucional instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CDN, señalándose en la doctrina su “jerarquía constitucional originaria. Vid. Minyersky, N. (2007), Lloveras, N. & Faraoni F. (2010), Herrera, M. (2011), Krasnow, A. (2011).

Lo cual hace pensar que en la medida que el niño crece y es poseedor de un pensamiento abstracto adquiere discernimiento para emitir su opinión en los asuntos que le afecten. Premisa esencial en la doctrina de protección integral, la participación del menor, y el reconocimiento del niño como sujeto de derechos.

3.2. El derecho del niño a ser escuchado

En tal contexto participativo, cabe destacar la impronta que traza el artículo 12 de la CDN, cuando regula el derecho del niño a ser escuchado sin estipular una determinada edad para estimarlo. Ello confirma la relevancia otorgada al desarrollo evolutivo del infante, que en algunos casos no coincide con su edad cronológica. Más atinado sería identificar el desarrollo evolutivo con “edades psicológicas. Axioma perfectamente inteligible, si se tienen en cuenta las distintas edades y situaciones contentivas de la minoría de edad.

En este sentido, la exploración de la voluntad del niño, niña y adolescente de acuerdo a su madurez, resulta pauta concreta para determinar su interés superior. Desde una perspectiva de Derecho Comparado, se aduce la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en Argentina (Ley 26.061 de 21 de octubre del 2005). En su artículo 3, refiere el grado de madurez y la capacidad de discernimiento del niño como aspecto a tener en cuenta en la definición de su interés superior. En México, el Código Civil del Distrito Federal, establece “al juez la obligación de escuchar a menores atendiendo a su edad y grado de madurez” (Guitrón, 2002).

En España, el artículo 9 de La ley 1 de 15 de enero de 1996, prevé el derecho del menor a ser escuchado atendiendo a su desarrollo evolutivo, independientemente y -con lo cual coincido- de la valoración poco optimista que un sector amplio en doctrina¹⁶ emite sobre la Ley de Protección Orgánica al Menor.

En Cuba, el Proyecto de Código de Familia recepta el criterio de la madurez psíquica y mental del niño, sin hacer referencia a una edad determinada para participar en instituciones familiares. Así, en la adopción y la guarda y cuidado de los hijos, el Tribunal podrá explorar la voluntad del niño atendiendo a su capacidad natural; eliminándose la edad de siete años en los procesos de adopción y se establece con carácter obligatorio la exploración del menor. Dinámica loable a las nociones de “capacidad progresiva” y “evolución de las facultades del niño”¹⁷ en plena armonía con el principio de interés superior.

¹⁶ Linacero de la Fuente, M. (2003). La autora describe el primer bloque de la Ley 1/1996 relativo a los derechos del menor y principios rectores de actuación administrativa, señalando ciertas notas de ambigüedad.

¹⁷ Se proyecta en el Ordenamiento Jurídico familiar cubano, a partir de las Instrucciones 187/ 2007, y 191/ 2008 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo un paso de avance hacia el respeto del derecho del niño a ser escuchado, conforme a su progresiva capacidad natural.

3.3 El interés superior del niño

No pocos autores¹⁸ abordan la naturaleza y alcance del principio de interés superior del niño en el marco de un nuevo contexto internacional favorable al desarrollo integral de la personalidad del menor.

Cuando el artículo 3 de la CDN enuncia “debe dársele una consideración primordial y atención especial” no define taxativamente lo más conveniente para el menor, precepto normativo a partir del cual se deduce el contenido indeterminado y subjetivo del principio de interés superior del niño. Fundamento de diversas enunciaciones doctrinales encaminadas a su definición¹⁹ y a *la postre*, a una efectiva protección de los derechos de la infancia.

En doctrina española, añade Villagrana (2010) “el interés del niño no es un concepto pacífico sino que es objeto de múltiples y muy diversas controversias que tienen influencia en su eficacia práctica” En estrecha vinculación Linacero (2003) opina, sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del “interés del menor.” En tal sentido, ofrece las pautas siguientes:

1. La noción del interés del menor –partiendo de su carácter abstracto y genérico– debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989.
2. Límites a la discrecionalidad del juzgador. a) la racionalidad en la apreciación de los hechos; b) Evitar todo perjuicio para el bienestar espiritual y material del menor; y c) La protección de los derechos del niño plasmados en la legislación nacional e internacional.

Desde esta perspectiva, ha de ponderarse el reconocimiento de autonomía y participación del menor en la determinación de su interés superior. Este ámbito de participación a juicio de Rivero (2001), viene definido por las siguientes coordenadas:

¹⁸ Para profundizar en este concepto se recomienda compulsar, entre otros, Lloveras, N. & Faraoni, F. (2010); Famá, María V. & Herrera, M. (2008); Grosman, Cecilia P. (2006); Famá, María V. (2006); Rivero Hernández, F. (2001).

¹⁹ En la doctrina argentina, Lloveras y Faraoni (2010) exponen “el interés superior y primero del niño exige delinear la capacidad que ostenta -o la incapacidad, en su caso-, conforme a esa noción humanista de capacidad progresiva que trae la CDN. Para Grosman (2006) representa el reconocimiento del niño como persona, la aceptación de sus necesidades y la defensa de los derechos. Por su parte, Famá (2006) estima la interpretación del interés del niño sobre la base de una lectura teleológica, es decir, teniendo en cuenta los objetivos y fines que la norma persigue y, en función de estos, la autoridad encargada de aplicarlo deberá proceder a su concreción para solucionar el caso particular. Cfr., Lloveras, N. & Faraoni, F. (2010); Grosman, C. (2006); Famá, M. (2006).

MENOR DE EDAD Y CAPACIDAD DE EJERCICIO: RETO DEL DERECHO FAMILIAR CONTEMPORÁNEO.

1. Madurez o discernimiento del menor, en cuanto requisito primero y esencial.
2. Derechos que puede ejercitar directamente el menor.
3. Límites en el ejercicio de la patria potestad.
4. Respeto de su personalidad por los titulares de la patria potestad.

Conforme a las disquisiciones doctrinales expuestas, para definir el interés superior, considero loable revisar la participación del niño en instituciones jurídicas familiares concretas y la exploración de su opinión en cada caso determinado; por tanto; ha de valorarse el interés del menor en la determinación de la filiación, en la adopción, en cuanto a su guarda y custodia tras el divorcio de sus padres. Es decir, "no debe hablarse de un interés en abstracto, sino condicionado por las propias particularidades que el niño enfrenta en la determinación efectiva de su interés" (Montejo, 2009).

Sin pretender ofrecer una formulación acabada de la problemática, se exponen pautas teóricas orientadas a la determinación del alcance y contenido del principio.

1. Concreción del principio en el ámbito de los derechos fundamentales del menor previstos en la CDN, estableciendo límites al arbitrio judicial en interés del niño.
2. Reconocimiento de un ámbito de capacidad de ejercicio al menor de edad, lógicamente, limitada o restringida en razón a su edad y grado de madurez. De tal suerte, pudiera considerarse la propuesta de adopción de un régimen jurídico especial que el ordenamiento jurídico debe garantizar;²⁰ a partir de una escala de edades que reconozca posibilidades de actuación al menor, abriendo cierta brecha al criterio de la madurez.
3. Implementación del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos personalísimos.
4. Establecimiento de figuras jurídicas de asistencia al menor, que reemplacen la sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal.
5. Respeto a la opinión del niño en el marco de nuevos institutos familiares vigentes en la actualidad.

²⁰ En la doctrina patria, el notable Pérez Gallardo, enuncia elementos distintivos de la figura de la capacidad restringida, en la que podemos ubicar a los menores entre 10 y 18 años conforme a la preceptiva civil cubana. Vid. Pérez Gallardo, Leonardo B. (2006).

4. CONCLUSIONES

A la luz de la promulgación de la CDN, es otra la situación jurídica del menor. Su preceptiva jurídica depone al pasado el binomio incapacidad/capacidad, en donde el primero es la regla y el segundo la excepción, y en consecuencia, la contradicción irreconciliable capacidad/menor.

En la actualidad, el tema de la capacidad del menor amplía su sendero al ámbito de los derechos fundamentales. Así, el reconocimiento de derechos de participación se erige de modo insoslayable. Razón suficiente de implementación para las normativas jurídicas internas porque “las Convenciones internacionales también son una garantía fundamental, en especial, para las niñas, los niños y los adolescentes” (Guitron, 2010). Los conceptos de evolución de las facultades y autonomía progresiva de NNA comportan elementos configurativos de la capacidad progresiva; cuyo reconocimiento delinea posibilidades de actuación al menor, no solo con fines patrimoniales, -sino además y esencialmente-, en la esfera de sus derechos personalísimos en aras de cumplimentar en cada caso concreto su interés superior.

Al decir de Oliva (2011), “el nuevo reto para el jurista, el estudioso del derecho, es (...) elaborar las nuevas dimensiones, o los nuevos conceptos de la familia y de sus instituciones”. Armonizar las nociones de menor de edad y capacidad de ejercicio en interés superior del niño constituye uno de esos retos del Derecho Familiar contemporáneo.

Bibliografía

- Albaladejo, M. (2002). *Derecho Civil, Introducción y Parte General*, Volumen primero, *Introducción y Derecho de la persona* (15 ed.). Barcelona: Bosch.
- De Castro, F. (1952). *Derecho Civil de España*, Tomo II, Parte General. Madrid: Civitas.
- Díaz Magrans, M. (2002). La persona física. Valdés Díaz (Coord.). *Derecho Civil. Parte General* (pp. 101-152). La Habana: Félix Varela.
- Famá, M. (2006). Nuevamente en tela de juicio los acuerdos sobre tenencia compartida. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 25, 187.
- Famá, María V. & Herrera, M. (2008). Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina. En Kielmanovich, J. y Benavides D., (Comp.), *Derecho Procesal de Familia* (pp. 179- 206). San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.
- Fernández Bulté, J. (2008). *Siete Milenios de Estado y de Derecho*. La Habana: Félix Varela.

Revista sobre la infancia y la adolescencia, 2, 23-36 - Marzo 2012
ISSN 2174- 7210

MENOR DE EDAD Y CAPACIDAD DE EJERCICIO: RETO DEL DERECHO FAMILIAR
CONTEMPORÁNEO.

- Gete Alonso, M. (1997). La edad. En Luis Puig Ferriol (Coord.). *Manual de Derecho Civil I. Introducción y Derecho de la Persona* (pp. 155-200). Madrid: Editorial Jurídicas y Sociales, S.A.
- Grosman, Cecilia P. (2006). El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible? En Pérez Gallardo, L. B. & Kemelmejer de Carlucci, A. (Comps.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia* (pp. 105-127). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Guitrón Fuentevilla, J. (2010, 10, 18). Proyecto Ley Familiar Nacional. Reglamentaria del Artículo 55 Constitución Dominicana 2010. *XVI Congreso Internacional de Derecho Familiar*, Santo Domingo.
- Herrera, M. (2011). Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061. En Flah, L. (Dir.), Fodor, S. y Del Árbol, M. (Coords.), *Los Desafíos del Derecho de Familia en el siglo XXI. Derechos Humanos. Bioética. Relaciones Familiares. Problemáticas Infanto- Juveniles* (pp. 693-720). Buenos Aires: Editorial Errepar.
- Jordano Fraga, F. (1984). La capacidad general del menor. En González Porras, J. M., *La tutela de los derechos del menor* (pp. 243-267). Córdoba: Universidad de Córdoba.
- Krasnow, A. (2011,4, 6). *La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva*. VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana.
- Linacero de la Fuente, M. (2001). *Protección jurídica del menor*. Madrid: Montecorvo.
- López San Luis, R. (2001). *La capacidad contractual del menor*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Lloveras N., Oviedo, Monjo, S. (2010, 9). Daños causados por el incumplimiento de la obligación alimentaria de los hijos menores de edad derivada de la responsabilidad parental. *Abeledo Perrot*, 9, 968-982.
- Lloveras N. y Faraoni, F. (2010). *La mayoría de edad argentina. Análisis de la Ley 26.579/2009*. Córdoba, Argentina: Nuevo enfoque jurídico.

- Mesa Castillo, O. (2009, 11, 6). Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho. *III Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica a los Derechos del Menor*. La Habana.
- Minyersky, N. (2007). Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los derechos del niño. En Cecilia P. Grosman (Dir.), *Hacia una armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y países asociados* (p. 254). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Minyersky, N. y Herrera M. (2006). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061. En Emilio García Méndez, (Comp.), *Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, pp. 43-70. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Montejo Rivero, J. (2009). Exploración de la opinión del menor en la determinación de su interés superior. ¿Necesidad o formalidad? *Revista Jurídica Ministerio de Justicia*, Tercera época, 4, 43-60.
- Montoya Osorio, M. y Montoya Pérez, G. (2010). *Las Personas en el Derecho Civil* (3 ed.). Bogotá: Leyer Editores.
- Oliva Gómez, E. (2011, 4, 8). Los nuevos retos del Derecho Familiar en el sistema jurídico mexicano en el siglo XXI. *VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia*, La Habana.
- Pérez Gallardo, L. (2006). La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de lege data y de lege ferenda. En Pérez Gallardo, Leonardo B. y Kemelmejer de Carlucci, A. (Comps.), *Nuevos perfiles del Derecho de Familia* (pp. 311-344). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- Rivero Hernández, F. (2001). *El interés del menor, Dificultad para precisar que es "el interés del menor". Nuevos planteamientos metodológicos*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Valdés Díaz, C. (Julio-diciembre, 2010). Capacidad, incapacidad y discapacidad en clave carpenteriana. *Revista Ius*, 26, 39-68.

Normas Legales

- Código Civil de la República de Cuba, Ley Nº. 59/1987 de 16 de julio. (1988). Divulgación del MINJUS, La Habana.
- Código de Familia de la República de Cuba, de 14 de febrero de 1975. (1988). La Habana: Divulgación del MINJUS.
- Código Civil de España de 6 de octubre de 1988. (2008). Navarra: 31ª edición, Arazandi, S A, Navarra.

MENOR DE EDAD Y CAPACIDAD DE EJERCICIO: RETO DEL DERECHO FAMILIAR
CONTEMPORÁNEO.

- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. (2004). Díaz de León, Marco Antonio, Vademécum de Derechos Humanos. Distrito Federal: Indepac.
- Declaración Universal de Derechos Humanos (2004). Díaz de León, Marco Antonio, Vademécum de Derechos Humanos. Distrito Federal: Indepac.
- Ley Orgánica de Protección al Menor en España de 15 de enero de 1996, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de 21 de octubre de 2005. (2006). Emilio García Méndez, (compilador), Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Proyecto de Código de Familia (en prensa).