

LA MINORÍA DE EDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS FAVORABLES A LA SITUACIÓN JURÍDICA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

UNDERAGE FROM A PERSPECTIVE OF PRINCIPLES AND RIGHTS FAVORING THE LEGAL STATUS OF BOY, GIRLS AND ADOLESCENTS

Jetzabel Mireya Montejo Rivero

Profesora Auxiliar de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Universidad de Camagüey, Cuba.

RESUMEN: El presente artículo, previo tratamiento jurídico y psicológico de la edad, expone una definición contemporánea sobre minoría de edad a la luz de principios favorables a la situación jurídica del menor, ideas inspiradoras de una concepción diferente, que permite apreciar el alcance de la capacidad natural del menor en el ejercicio de actos jurídicos relativos a su esfera personal y familiar. Se ofrece un estudio de Derecho Comparado conforme a legislaciones actuales en México, Colombia, Argentina, Brasil y España, que sirven de sustento y referencia normativa a los pronunciamientos teóricos en la temática abordada.

PALABRAS CLAVE: edad; minoría de edad; no discriminación; veracidad biológica; interés del menor.

ABSTRACT: *On the basis of a legal and psychological analysis, the paper advances a*

contemporary definition of underage from a perspective that favors the legal status of boy, girls and adolescents. The proposal is backed up by comparing the legislation of México, Colombia, Brazil, Argentina and Spain. The main finding is a new exercise regime of judicial acts relative to personal an familiar affairs for boy, girls and adolescents.

KEYWORDS: *age; underage; non-discrimination; biological veracity; child's interest.*

SUMARIO: 1 La edad. Tratamiento jurídico; 2 Minoría de edad. Definición contemporánea; 3 Principios y derechos favorables a la situación jurídica del menor; Notas conclusivas; Bibliografía.

SUMMARY: *1 Age and justice; 2 Underage, contemporary definitions; 3 Principles and rights favoring the legal status of the underage; Conclusions; Bibliography.*

1 LA EDAD. TRATAMIENTO JURÍDICO

Desde el Derecho romano, el dato de la edad permite determinar la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, distinguiéndose determinadas etapas¹ a los efectos de autorizar la realización de actos jurídicos eficaces. Entendida como “período de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la persona hasta el instante en que se la considere”² resulta elemento decisivo que pauta el desarrollo humano signado por la aparición de cambios importantes en los individuos.

Esa evolución discurre de modo diferente en las personas conforme a las propias aptitudes de cada individuo. De ahí, que en la actualidad se conceda importancia al grado de madurez y a la voluntad para otorgar o negar dimensión jurídica a los actos humanos, inclinándose cada vez más por una dependencia entre capacidad y aptitud concreta de la persona.

No obstante, el modo que generalmente se ha encontrado para presumir ese grado de discernimiento es justamente la edad; criterio unificador que condiciona el ejercicio de la capacidad³. Y si bien es cierto, que la capacidad de obrar se basa en la aptitud de querer y entender, su reglamentación debe estimarse, en función de la edad, pues sin dudas, es la edad el presupuesto esencial de la capacidad de autogobierno de cada individuo. Esta se comporta de manera diferente en cada etapa del desarrollo humano.

En este sentido, valdría la pena apelar a la categoría autónoma y relevante de capacidad natural, pues la realización de actos jurídicos eficaces debería estar vinculado a esta; sin embargo, una valoración casuística del grado de madurez

¹ La infancia, hasta los 7 años, la prepubertad, hasta los 12 años (mujeres) o 14 años (hombres), la pubertad que duraba desde las referidas edades hasta los 25 años de la mayoría de edad.

² Moreno Quezada, Bernardo, Los sujetos de la relación jurídica, en *Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica*, Moreno Quezada, Bustos Valdivia, C. & Trujillo Calzado, 4ª edición corregida y actualizada, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 82-83.

³ Esta premisa no siempre se ha comportado del mismo modo, porque en otros tiempos la madurez humana no bastaba para ser capaz, o bien tal madurez se averiguaba de modo individual. En Roma y sobre todo, en el ordenamiento más antiguo, la sumisión a la *patria potestad* y la consiguiente incapacidad del *alieni iuris*, para gobernarse en sus cosas podía durar toda la vida del sometido hasta que fallece el *pater* o lo emancipa, y desde luego no dependen de sus cualidades físicas o su edad. Y en cualquiera de los ordenamientos jurídicos pocos desarrollados la pubertad real o la aptitud para llevar las armas tienen más importancia que el cumpleaños. Así, en el Derecho Germánico se valoraba en cada individuo su aptitud para defenderse con lanza y escudo, así como su posibilidad de fundar una familia; en el caso de las féminas, se atendía a su aptitud para abandonar la casa paterna y contraer matrimonio. *Vid.* Delgado Echeverría, *Elementos de Derecho Civil I*, volumen segundo, Barcelona, 1990, p. 117.

podiera afectar la seguridad del tráfico jurídico, que exige para su agilidad el establecimiento de criterios fijos, más o menos flexibles que garanticen la validez de la actuación de las personas en sociedad.

En este pensamiento, no sería ocioso recordar los sistemas adoptados para determinar la actuación *per se* del menor de edad⁴: el primero, de carácter subjetivo, que aprecia el desarrollo individual de forma casuística, y en consecuencia, mide el grado de capacidad o incapacidad de la persona. En cambio, el segundo, de matiz objetivo, fija una determinada edad con carácter general para señalar que las personas han alcanzado suficiente madurez, una vez que se arriba a la mayoría. Ofrece además la posibilidad de incorporar períodos precedentes o rango de edades favorables a la actuación parcial de las personas menores de edad.

En virtud de la referida flexibilidad del segundo sistema, es el régimen generalmente acogido por los Códigos civiles, cuyo proceder viabiliza una medición objetiva de la capacidad de obrar, sin desdeñar en ocasiones, la pertinencia de juicios subjetivos de operadores del Derecho en la solución de casos concretos en los que se encuentren inmersos menores de edad; y sea necesario evaluar la aptitud de entender y querer del menor, valorando en la manifestación de voluntad, su madurez y grado de discernimiento. Estos datos, obviamente, no en todos los supuestos se ajustan a fases perfectamente delimitadas, sino que discurren en un proceso evolutivo de maduración individual. Ello se explica, si tenemos en cuenta lo difícil que resulta delimitar la edad en la que cada individuo alcanza la plena capacidad de querer, la que por demás difiere de un sujeto a otro. Por tanto, la madurez se presume por el hecho de cumplir un determinado número de años, y en consecuencia la ley establece un límite de edad, único para todos, a partir del cual se adquiere la plenitud de posibilidades de gobierno de su persona y patrimonio en virtud del reconocimiento de la capacidad de obrar.

La tendencia en las legislaciones modernas⁵ parece inclinarse hacia una disminución en el límite de edad establecido legalmente para alcanzar

⁴ Valdez Díaz, Caridad del Carmen, "Comentarios al artículo 30", en Comentarios al Código Civil cubano, tomo I – Libro I Disposiciones preliminares. Relación jurídica, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en edición).

⁵ Vale destacar la conformidad de la legislación comparada a la preceptiva jurídica internacional que dispone la minoría de edad en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 en orden al establecimiento en 18 años como edad límite en que las personas adquieren la mayor edad, y con ello, el pleno ejercicio de la capacidad. En Argentina, tras la reforma de la Ley n° 26579, la persona alcanza la mayoría a los 18 años. En España, la mayor edad comienza a los

la mayoría de edad, cuestión que bien pudiera obedecer al surgimiento de generaciones de jóvenes con mayores aptitudes para asumir responsabilidades sociales y familiares. El legislador familiar cubano de 1975⁶ se hizo eco de tal postulado, y en este sentido, reglamenta los dieciocho años para fijar el pleno ejercicio de la capacidad, precepto modificativo del entonces Código Civil patrio vigente. Así, la normativa jurídica exhibida en el artículo 29, autoriza legalmente a las personas mayores de dieciocho años a realizar actos jurídicos validos y en consecuencia, al ejercicio de sus derechos. Puntualiza el precepto, la adquisición de tal condición a las personas menores de 14 y 16 años, hembra y varón respectivamente que hayan contraído matrimonio con la autorización excepcional establecida en norma⁷.

Conforme a la normativa civil cubana⁸ toda persona menor de 18 años de edad o que por debajo de esta edad, no pueda acreditar la formalización de matrimonio tiene limitada parcial o totalmente la capacidad para ejercer actos jurídicos eficaces. Preceptiva jurídica de la cual, puede colegirse el sistema de graduación de la capacidad del menor vigente en el Derecho civil patrio en plena

18 años completos. *Vid.* (art. 12 de la Constitución y art. 315 del C.C.) En el Derecho uruguayo, la mayoría de edad se fija en 18 años. *Vid.* Ley Uruguaya n° 16719 sustituye al art. 280 CC. Publicada en el Boletín Oficial de 19.10.1995. E, art. 5 del CC Brasilerio preceptúa que la minoridad cesa a los 18 años, quedando habilitada la persona física para todos los actos de la vida civil (Ley n° 10406 del 2002). El art. 36 del Código Civil paraguayo reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido 18 años de edad y no haya sido judicialmente incapaz (Ley n° 2169/2003) reduce la edad de 20 a 18 años. En Venezuela, es mayor de edad, quien haya cumplido los 18 años (art. 18 CC).

⁶ El Código Civil español de 1889 anteriormente vigente en nuestro país, en el antiguo artículo 320 fijaba la mayoría de edad en los veintitrés años. Con el cese de la dominación española y la instauración de la ocupación norteamericana en Cuba, no sufre alteraciones la vigencia del Código Civil de la antigua metrópoli en nuestra patria. Fue la Ley de 19 de junio de 1916, la normativa jurídica que rebaja la mayoría de edad de las personas naturales a veintiún años. Luego del triunfo revolucionario de 1959, se modifica la mayoría de edad estableciéndola a partir de los dieciocho años cumplidos, conforme a lo regulado en la Disposición Final Primera del Código de Familia de Cuba, vigente desde 1975. *Vid.* Valdez Díaz, Caridad del Carmen, C “Comentarios al artículo 30”, en Comentarios al Código Civil cubano... *cit.*

⁷ *Vid.* Artículo 3 del Código de Familia, Ley n° 1289 de 1975.

⁸ *Cfr.* Artículos 30 y 31 del Código Civil cubano: Art. 30. Tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria: los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y, cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo; los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco.

Art. 31. Carecen de capacidad para realizar actos jurídicos: los menores de 10 años de edad; y los mayores de edad que han sido declarados incapaces para regir su persona y bienes.

armonía con el régimen que a tal efecto, instauran la mayoría de las legislaciones modernas⁹.

De tal suerte, la capacidad de obrar no se manifiesta en la misma medida en el transcurso de la minoridad, sino que se amplía y desarrolla en función de su aptitud natural determinada por la edad. Es por ello, que el legislador establece una escala de edades, las cuales indican diversas situaciones reguladoras de las posibilidades de actuación del menor.

Durante los primeros años de la vida, el menor se encuentra en una situación de total dependencia, que si bien se le reconoce la titularidad de derechos, no cabe pensar en el ejercicio de tales debido al escaso desarrollo físico y psíquico característico de la primera infancia. Etapa de sujeción patrimonial y personal del menor que obviamente comporta la representación legal¹⁰. En este supuesto estamos aludiendo a la ausencia total de capacidad o incapacidad¹¹ del menor que no ha arribado a los 10 años en la norma civil cubana.

Autores¹² en doctrina nacional, deliberan la *ratio legislatoris* de la edad límite que pauta la incapacidad¹³. Y les asiste razón, si tenemos en cuenta el

⁹ El régimen de graduación de la capacidad data del Derecho Romano, en virtud de las referidas y conocidas clasificaciones en razón al desarrollo fisiológico, específicamente en atención a la aptitud para la procreación, distinguiéndose entre púberes e impúberes. Hoy, no son pocas las legislaciones del orbe, que tienden a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de las personas que aún no han arribado a los 18 años de edad. En Argentina, los arts. 54 y 55 del Código Civil distinguen conforme a la edad de 14 años, entre menores impúberes y menores adultos. En Colombia, el artículo 53 de la Ley n° 1306 establece rangos únicos de edad y al unificar el concepto de niño y de impúber, el art. 3 del Código de la Infancia y Adolescencia entiende por niño a la persona de 0 a 12 años, y obviamente por adolescente a la persona comprendida entre 12 y 18 años. Los primeros se califican como incapaces absolutos, los segundos, incapaces relativos, ampliando las posibilidades de actuación de estos últimos.

¹⁰ Como regla, la actividad del representante legal comporta sustitución, no es el menor el que interviene en el acto jurídico, sino su representante. Con excepción de los derechos inherentes a la personalidad, lo que dada su esencia, como regla no admiten sustitución de su titular.

¹¹ La carencia de capacidad siempre estará necesariamente vinculada a un hecho que la determina, a circunstancias que restrinjan o anulen la aptitud de la persona para comprender o querer, o que impidan una clara e inequívoca manifestación de voluntad. En el caso que se aborda, esta circunstancia es justamente la edad. *Vid.* Valdés Díaz, C. "Comentarios al artículo 31", en *Comentarios al Código Civil cubano*, tomo I – Libro I Disposiciones preliminares. Relación jurídica, Leonardo B. Pérez Gallardo (director) (en edición).

¹² Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *últ. op. cit.*, Rapa Álvarez, Vicente, "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, N. 19, Año VI, UNJC, La Habana, abril – junio 1988, pp. 118-119.

¹³ Esta edad puede obedecer a la influencia de Códigos Civiles del antiguo campo socialista que señalaban la posible participación eficaz en ciertos actos jurídicos de poca envergadura. Rapa Álvarez,

escaso desarrollo físico y sensorial que identifica un menor de diez años de edad. En este sentido, algunas legislaciones¹⁴ marcan los doce años, para significar la adquisición de autonomía y capacidad de discernimiento del menor en el ejercicio de sus derechos.

Ya a los doce años, la cuestión se vislumbra desde otro sesgo, dada la madurez psicofísica que supone el suficiente juicio en las personas que han alcanzado esa edad. El Derecho Romano¹⁵ asocia esta edad al advenimiento de la pubertad en la mujer y en el hombre a los 14 años, datos que marcaban la aptitud para contraer matrimonio y para testar. De ahí, que “la pubertad se tenga en cuenta para reconocer el ámbito de capacidad del menor cuando de lo que se trata es de que un menor constituya o reconozca jurídicamente una situación familiar que dependa de él”¹⁶.

El establecimiento de diversas edades (doce, catorce, dieciséis años) con trascendencia propia¹⁷, permite convenir un ámbito de actuación a las personas

V., *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁴ A modo de ejemplo pueden citarse en España, la Ley de 7 de julio de 1981 en el art. 92. 2, y la Ley de 11 de octubre de 1987, reformadora de la Adopción y el artículo 177.3.3 del Código Civil (reformado por la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor procuran la ampliación de la capacidad de obrar del menor en lo que suponga un desarrollo de su personalidad. Con este objetivo, establecen los doce años como edad límite para la audiencia del menor aún y cuando se prescinda de unidad terminológica. Nótese, el art. 156.2 del CC establece oír al mayor de doce años “en todo caso”, el art. 273 señala simplemente “el juez oír” y los artículos 92. 2 y 231 emplean el termino siempre, dato que utiliza el art. 154 sin hacer referencia a una edad, sino al suficiente juicio, requisito establecido por los preceptos antes citados, señalan para oír al menor de doce años, con excepción del artículo 273 que amplía el arbitrio judicial estimando “o lo que considere oportuno”. *Vid.* Fonseca González, Rafael, “El deber de oír a los hijos” en *La tutela de los derechos del menor*, González Porras, José M., Córdoba, 1984, pp. 133-140.

¹⁵ En Roma, la posibilidad de actuar válidamente de modo general y por iniciativa propia la tiene el *sui iuris* a partir de la pubertad, antes se haya sujeto a tutela. *Vid.* Delgado Echeverría, *op. cit.*, p. 119. En este sentido, no sería ocioso recordar la distinción que hace el Derecho Romano entre la esfera familiar y la de la capacidad personal. Cuando se está sometido al poder paterno, es indiferente la edad del *alieni iuris*, pues carece ilimitadamente de independencia jurídica. Mientras que respecto del *sui iuris* se plantea la cuestión de la edad y sus efectos, por ser quien puede actuar por sí en la vida jurídica y es con respecto a este, que se aceptará una clasificación de edades. *Vid.* López San Luis, Rocío, *op. cit.*, p. 43.

¹⁶ *Vid.* Gete Alonso y calera, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1992, p. 34.

¹⁷ En virtud de normas expresas que fijan edades inferiores a la mayoría, el menor en Derecho español puede -sin que en estos actos quepa representación - otorgar testamento, salvo el ológrafo, a partir de los 14 años (arts. 663 y 688 C.C), contraer matrimonio, y otorgar capitulaciones matrimoniales con el asentimiento de sus padres. Puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos con asistencia de sus padres (art. 157, salvo que este emancipado, lo que ocurre automáticamente por matrimonio. Puede

comprendidas en un intervalo o etapa intermedia, en la cual, si bien no han alcanzado la mayoría, tampoco puede considerárseles incapaces de obrar. Como bien indica Pérez Gallardo “están en el medio, y por ese motivo, requieren de un tratamiento jurídico diferenciado que le reconozca la posibilidad de actuar, estableciendo los límites para ello”¹⁸.

El concepto de capacidad restringida encuentra su génesis en el sistema de graduación de la capacidad de obrar del menor, establecido desde el Derecho Romano. Aunque su regulación no haya precedente en la normativa civil de 1888 extensiva a Cuba¹⁹, se ajusta al ámbito de capacidad reconocido a los menores entre 10 y 18 años, a quienes el ordenamiento jurídico patrio, admite cierto grado de actuación²⁰. En tal ámbito, debe garantizarse un régimen especial mediante la utilización de una fórmula general²¹ que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que ésta contempla.

La existencia de una etapa intermedia en la que quedan comprendidos los menores con capacidad limitada o restringida, permite percibir la minoridad con nuevos matices. Esta fase natural de la vida humana, si bien es cierto, define la capacidad de obrar de la persona y en consecuencia el estado civil de la menor edad, vislumbra la situación jurídica del menor desde otro bisel, que valora la

reconocer hijos extramatrimoniales con autorización judicial (art. 121). *Vid.* Delgado Echeverría, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸ Pérez Gallardo, Leonardo B., “La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, La Ley, Madrid, 2006, p. 321.

¹⁹ El Código Civil español antes vigente en Cuba no mostró un precepto similar al artículo 30 del actual Código Civil Cubano, aunque vale apuntar, admitía la formalización de matrimonio al menor con la debida dispensa, la *testamentifacio* activa a los dieciséis años y la administración de bienes adquiridos por su trabajo o industria.

²⁰ El legislador de 1987 reconoce a menores de edad entre 10 y 18 años posibilidades de actuación. No obstante, el precepto ofrece una fórmula genérica que no define los actos jurídicos que podrá ejercer *per se* el menor que ha cumplido diez años de edad; suscitándose diversas interpretaciones en la práctica jurídica cubana.

²¹ A estos efectos, el ordenamiento jurídico debe garantizar un régimen especial, bien haciendo uso de una enumeración taxativa de los casos, lo que excluye la posibilidad de someter a dicho régimen a quien no esté previamente enumerado o la utilización de una fórmula general que permita la inclusión de quienes reúnan los requisitos que ésta contempla, y por consiguiente, va a precisar de cierta uniformidad en su utilización posterior. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., *ibidem*. En el segundo caso, se deberá establecer una escala de edades, y en este rango ofrecer al operador del Derecho, la posibilidad de valorar la capacidad natural del menor para realizar determinados actos jurídicos, en particular los atinentes a la esfera personal y familiar. Dicha fórmula trasluce un régimen jurídico especial que posibilitará al menor actuar por sí mismo en el mundo jurídico, pero asistido de alguien que complemente su capacidad.

evolución de la aptitud de querer y entender que progresivamente desarrolla en el discurrir de la adolescencia.

1.1 PRINCIPALES TENDENCIAS PSICOLÓGICAS SOBRE LA ADOLESCENCIA

Algunos autores²² desde la perspectiva de la Psicología ubican la adolescencia, como «*edad psicológica*», en tanto, se considera el desarrollo como un proceso que no ocurre de manera automática ni determinado fatalmente por la maduración del organismo, sino que tiene ante todo una determinación socio-histórica. De allí, la importancia de la categoría “situación social de desarrollo”, punto de partida para todos los cambios dinámicos suscitados durante el periodo de cada edad.

La situación social del desarrollo se encuentra matizada en la adolescencia por cambios biológicos, que ocurren como parte de las condiciones internas del desarrollo, y determinan las principales regularidades de los sistemas de actividad y comunicación. Estos cambios se denominan transformaciones puberales²³ (antropométricos, fisiológicos y endocrinos), entre los que se incluyen además, la maduración sexual.

De ese modo, pueden apreciarse las principales tendencias psicológicas que fundamentan la adolescencia como etapa de desarrollo humano. Valoración desde el punto de vista psicológico, que repercute sin dudas en el ámbito jurídico, por cuanto las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos²⁴, lo cual permite valorar la minoría de edad desde nuevos paradigmas.

²² En general, los inicios de la adolescencia se conciben entre los 11-12 años, pero su culminación, que delimita el inicio de la juventud, para algunos autores se sitúa en los 14-15 años, y para otros en los 17-18 años. *Vid.* Domínguez García, Laura, *Psicología del desarrollo, Problemas, principios y categorías*, Félix Varela, La Habana, 2007, p. 107.

²³ Estas nuevas potencialidades del desarrollo físico, tienen una importante repercusión psicológica. Los cambios antropométricos son aquellos que generan un crecimiento en todas las dimensiones corporales (estructura corporal y peso). Los cambios fisiológicos, entre ellos tenemos algunas deficiencias que se producen en el sistema circulatorio por el rápido crecimiento del corazón. Los endocrinos crean las condiciones para una producción acelerada de estrógenos y andrógenos, proceso que influye notablemente en la maduración sexual. *Vid.* Domínguez García, Laura, *op. cit.*, p. 109.

²⁴ En palabras de Jordano Fraga “se trata de compatibilizar dos exigencias en cierto modo contrapuestas que responden a la misma inscripción protectora del menor: el potenciamiento de su autónoma personalidad, de su iniciativa personal propia (protección de la personalidad del menor desde él

2 MINORÍA DE EDAD. DEFINICIÓN CONTEMPORÁNEA

En la temática relativa a la minoría de edad, un primer nudo cognitivo que se presenta es el referido a la definición de menor. A menudo, suelen enunciarse las expresiones menor, niño, infante con sentidos equívocos; suscitándose problemas léxicos que reflejan falta de claridad conceptual en el análisis de la categoría en cuestión.

Se ha dicho que la edad da lugar a dos modalidades del estado civil en su aspecto personal: la mayoría y minoría de edad. Así, se concibe al menor como la persona que por razón de la edad no ha arribado a los dieciocho años, ubicándose en el estado de minoridad. Desde lo anterior, se identifica la minoría de edad²⁵ con la situación de la persona (el menor), que transcurre desde su nacimiento hasta el momento que alcanza la mayoría de edad; incidiendo en el estado civil del individuo y en consecuencia, en el alcance de su capacidad de obrar. Esta puede ser la razón por la que algunos autores²⁶ conciben al menor incapaz de obrar, principio que sufre numerosas excepciones cuando este alcanza capacidad natural de querer, en cuyo caso puede hablarse de una capacidad limitada del menor. En tal perspectiva, el asunto de catalogar al menor como incapaz, – con las excepciones previstas en ley – o capaz con determinadas limitaciones, ha despertado numerosos debates²⁷ que parecen esclarecerse en virtud de la

mismo) y la indiscutible necesidad de la existencia de poderes (potestades) de control, vigilancia y defensa que suplan las carencias inherentes a la propia personalidad del menor." *Vid.* Jordano Fraga, Francisco, "La capacidad general del menor" en *Tutela de los derechos del menor*, *op. cit.*, p. 884.

²⁵ *Vid.* gete alonso y calera, María del Carmen, "La edad" en... *cit.*, p.158.

²⁶ García Valdecasas, Guillermo, *op. cit.*, p. 205. En doctrina mexicana, Rojina Villegas, Rafael, *op. cit.*, p. 166. En doctrina Argentina, D' Antonio, Daniel Hugo, *op. cit.*, p. 19.

²⁷ Por algunos se ha afirmado que el menor no emancipado, o simplemente menor, es en principio incapaz de obrar, siendo excepcional la capacidad que se le confiere para ciertos actos. Justamente su incapacidad le somete a patria potestad o tutela. Según la opinión del profesor De Castro, tal afirmación es inexacta. El menor es capaz de obrar, aunque ciertamente su capacidad sea más restringida que la del menor emancipado o que la del mayor. Y los numerosos actos que puede realizar el menor no son excepciones a una supuesta regla general de falta de capacidad. Varias razones sostienen la referida tesis; una, 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 de actos con tanta trascendencia como hacer testamento, adquirir la posesión, entre otros. *Vid.* De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*, T. II, *Parte General*, Civitas, Madrid, 1952, pp.169 a 174. *Cfr.* Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, pp. 252-253.

preceptiva jurídica enunciada en tratados internacionales²⁸ favorables a la situación jurídica del menor.

En esos argumentos, no debe obviarse que aunque ciertamente la capacidad de obrar depende del estado civil de la persona, y ésta tiene aquella capacidad que la ley reconoce al estado civil que en cada momento detenta, también es cierto, que cada cual dentro de su estado civil ostenta la capacidad de obrar, conforme a escalas de edades correspondientes a la aptitud concreta de cada persona, clasificación objetiva que permite valorar indistintamente la capacidad de los menores de edad.

La definición de la minoría de edad que confiere el *status* de capacidad o incapacidad no es asunto de simple argumentación. Al decir de Albaladejo²⁹ “el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos, es cosa que se ha de realizar no mecánicamente [...] 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”³⁰.

Para cumplimentar esta apreciación, resulta necesario apreciar la edad que detenta la persona dentro del estado de minoridad. Obviamente, no resultan comparables las condiciones de entendimiento y voluntad de un niño de cinco años con el adolescente de quince o dieciséis. Nótese, la existencia de dos términos, (niño y adolescente) con distinta significación psicológica ubicados en el mismo estado civil de minoridad. En el primero, dada su vulnerabilidad y necesidades de toda índole, requiere especial protección desde el punto de vista jurídico. De ahí, que su capacidad de obrar sea nula, y la ley la transfiera íntegramente a otra persona que actúa en su representación; ya en el segundo,

²⁸ La Convención Internacional sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre del 2006, representan un giro copernicano en el tratamiento clásico de la capacidad que permite valorar a los individuos bajo un prisma más justo, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. *Vid.* Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “Capacidad, incapacidad y discapacidad en clave carpenteriana” en *Revista Ius* N. 26, Año V, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (ICJP), septiembre-diciembre, 2010, pp. 39-69.

²⁹ Albaladejo, Manuel, *op. cit.*, p.254.

³⁰ Al parecer, fue esta la posición asumida por el Código Civil cubano de 1987 en cuanto a la capacidad del menor, de cuya preceptiva jurídica se colige la atribución de capacidad para realizar aquellos actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas. Aunque – como se ha expuesto supra – la legislación es omisa con respecto a la enumeración de tales actos, lo que a *la postre* pudiera generar serios inconvenientes al tráfico jurídico.

se van desarrollando aptitudes físicas, psíquicas, cognitivas y afectivas básicas de su personalidad, por lo que bien podría autorizarse su actuación asistido solamente por quien complementa su capacidad³¹.

Por tanto, el Derecho debe otorgar un tratamiento diferenciado a cada uno de estos menores, a partir de un régimen que establezca en rango de edades³², la ausencia de capacidad de obrar de un lado, y por otro, su ejercicio limitado, previa definición de actos jurídicos que la ley atribuya una eficaz realización.

Visto de este modo, no podría calificarse la minoría de edad en términos absolutos prescindiendo de la noción que la asimila como un proceso de evolución de la autonomía del menor en el que paulatinamente desarrolla sus aptitudes.

La nueva mirada goza de apoyo doctrinal en la actualidad³³. Así, se identifica la minoridad con “el proceso durante el cual, la psicología del niño evoluciona hacia una constante autoderminación de la personalidad”³⁴. De

³¹ En la medida que el menor se desarrolla, su capacidad de obrar, aunque continua estando limitada, no lo está en el mismo grado, se permite que actúe por sí mismo autónomamente, (en cuyo caso, ya no existe representación) o se autoriza su actuación directa solo con la asistencia del titular de la potestad. *Vid.* Gete Alonso y calera, *op. cit.*, p. 160.

³² A modo de ejemplo, puede citarse en Colombia, el artículo 50 de la Ley n° 1306 de 2009 modificativa del 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; dicha presunción admite prueba en contrario, y pueden encontrarse menores habilitados para realizar ciertos actos y negocios jurídicos; así 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, Martha Elena & Montoya Pérez, Guillermo, *Las personas en el Derecho Civil. De las personas y otros sujetos*, 3ª edición, Leyer, Bogotá, Colombia, 2010, pp. 38 y ss.

³³ Cada vez es mayor el número de autores que en doctrina patria describen la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad en función de la aptitud natural, la que por razones obvias, no puede manifestarse de igual modo en todas las personas; por lo que, tanto la capacidad de actuación reconocida al menor como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse de acuerdo a su capacidad natural. *Vid.* Valdés Díaz, Caridad del Carmen, *últ. op. cit.*, p. 6; Rodríguez Corría, Reinerio, “El ejercicio de la capacidad: una visión crítica de la legislación civil” en *Jornada Internacional en conmemoración a los veinte años del Código Civil Cubano*, La Habana, 2007, p. 4; Mesa Castillo, Olga, “Capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes. Un reto para el Derecho”, en *III Encuentro Internacional sobre Protección Jurídica a los Derechos del Menor*, Fiscalía General de la República de Cuba, La Habana, 2009.

³⁴ Aláes Corral, Benito, *op. cit.*, p.60.

forma análoga, Cillero Bruñol, advierte el concepto como época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica³⁵.

Las voces doctrinarias anteriores se erigen sobre valores éticos sociales de dignidad, autonomía y autorrealización individual que exigen al Derecho un nuevo tratamiento con respecto a la personalidad del menor³⁶. En este sentido, y sin intención de contraponer los términos de niño y menor, más loable hubiera sido, establecer una edad límite de distinción entre la niñez y la adolescencia, etapas que obviamente quedan comprendidas por la minoridad. Desde lo anterior, puede aseverarse el término menor³⁷ o menor de edad constituye una expresión en sentido jurídico que refiere la condición de la persona, que por razón de la edad, no puede ejercer plenamente su capacidad jurídica. En cambio, las expresiones niño o infante se refieren a las personas que se encuentran en la etapa comprendida entre el nacimiento y el comienzo de la adolescencia. De este modo, la minoridad se proyecta con mayor amplitud pues comprende tanto al niño (a) como al adolescente que no ha arribado a la mayoría de edad. Todo ello, en consonancia con el reconocimiento del niño (a) como sujeto de derecho que unido a la observancia del principio de interés superior del menor enuncia el ámbito de la doctrina de protección integral vigente³⁸.

³⁵ Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios" en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez - Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, Daniel Hugo D' Antonio (director), Delta Editora, Paraná, 1999, p. 24.

³⁶ De tal suerte, el presente milenio abre sus puertas a un cambio de perspectiva en torno a la situación jurídica del menor que encuentra su máxima expresión en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. En el artículo 1 "se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad".

³⁷ El uso del término "menor" en el texto del trabajo, se realiza conforme al alcance de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. No obstante, se prescinde del vocablo niño, porque el adolescente que no ha arribado a los dieciocho años también es sujeto de las fundamentaciones teóricas expuestas. Por lo que parece más acertado, enunciar la expresión menor o menor de edad para describir la situación jurídica de la persona que aún no ha cumplido la mayoría de edad, y por tanto, no puede en principio por razón de la edad, ejercer plenamente los derechos, cuya titularidad ostenta.

³⁸ Curian Rusiel, Ofelia, "Un nuevo paradigma para la construcción de la ciudadanía". Ponencia presentada en XII Congreso Internacional de Derecho de Familia, La Habana, 2002, p. 9. La autora expone los elementos que caracterizan al nuevo paradigma de la protección integral; en este sentido sobre la base de la consideración del niño como sujeto de derecho; define la no discriminación, el interés superior del niño, la prioridad absoluta, la participación, y la solidaridad Estado-familia-Sociedad, como principios generales de la CDN.

A la luz de lo expuesto se asume el *criterio de definición* de la minoría de edad como aquel proceso de evolución de la autonomía del menor, en el que de acuerdo a la edad, paulatinamente desarrolla su capacidad natural.

2.1 NUEVOS CONCEPTOS A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En los albores de siglo XXI, nuevos paradigmas marcan pauta en la situación jurídica de la niñez y adolescencia. A juicio de García Méndez, se evidencia “un cambio profundo de mentalidad, conceptos y valores que forman una visión de la realidad de la infancia”³⁹.

Desde la aseveración anterior, el Derecho ha de regular las relaciones del niño en la familia y en la sociedad, en aras de lograr el pleno desarrollo de su personalidad en un nuevo contexto de reformas normativas, eco de postulados y principios expuestos en el primer tratado de derechos humanos específicos de la niñez que haya conocido la humanidad: La Convención internacional sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

El panorama doctrinal y legislativo favorable a la situación jurídica del menor encuentra fundamento en el referido cuerpo jurídico internacional; excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia”⁴⁰.

³⁹ García Méndez, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*. Segunda Edición actualizada. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p 67.

⁴⁰ Numerosos autores esbozan el alcance e impacto de la CDN en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños, su protección de toda forma de amenaza o vulneración de su derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los primeros y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos. *Cit. pos.* Herrera Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N. 11, Santiago, Chile, UNICEF, 2009, pp. 107- 143; Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nro 9, Santiago de Chile, 2007, p. 126. Baratta, A., “Democracia y Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, nro 9, Santiago de Chile, 2007, p. 17. Beloff, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño” en Kemelmajer de Carlucci, A. (directora) y Herrera, M. (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman*, T. II, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santa Fe, 2009, p. 132.

Desde el epicentro del plexo normativo aflora el reconocimiento del niño (a) como sujeto de derecho en sustitución de la mirada “tutelar y asistencialista”⁴¹ que despojaba al menor de sus derechos fundamentales, vigentes en la actualidad⁴².

La promulgación de Convención trae aparejado el reconocimiento de derechos humanos de los niños, que se han incorporado en varios de los ordenamientos jurídicos constitucionales internos. Brasil resulta país vanguardista respecto a la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989. El movimiento de reformas legislativas en América Latina con el propósito de adecuar las normativas internas a los presupuestos enarbolados en este Tratado internacional comenzó por Brasil en virtud de la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente *ECA* (Ley 8.069/1990), el 13 de septiembre de 1990. Con adecuada sistemática jurídica se codifica la protección de derechos humanos de la infancia y adolescencia brasileños, y en consecuencia, se ubica al menor de edad en la condición de sujeto de derechos. Y revela el ocaso del siglo XX en el camino hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos que manifiesta – en el ámbito de la niñez – su máxima expresión en la doctrina de protección integral⁴³.

La nueva proyección visualiza al menor en su condición de persona, titular de derechos humanos, y en consecuencia define la concepción jurídica

⁴¹ La referida expresión alude a la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y así, “objeto” de protección y representación/sustitución por parte de los adultos –familia y Estado –. *Cfr.* Herrera Marisa, *op. cit.* pp. 107-143.

⁴² 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.* Lloveras y Faraoni, *op. cit.*, p. 67.

⁴³ El eje de la doctrina de la “protección integral”, es la consideración de todo niño como sujeto titular de los mismos derechos que tienen los adultos. Y agrega la autora, “más un ‘plus’ de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo...” *Cfr.* Krasnow Adriana N. “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva” en VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia, La Habana, abril de 2011, p. 4. *Cit. pos.* Famá, María Victoria “El derecho de niños y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, en *La Familia en el nuevo derecho*, Aída Kemelmajer de Carlucci (directora) y Marisa Herrera (coordinadora), Santa Fe – Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, T II, p. 344.

de la niñez y adolescencia contemporánea, amparada por nuevos conceptos y fundamentos.

3 PRINCIPIOS Y DERECHOS FAVORABLES A LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR

La generalidad de legislaciones de menores del orbe⁴⁴ adapta su preceptiva a un conjunto de principios enarbolados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

El aludido conjunto normativo confirma su verdadero sentido a la luz de principios favorables a la situación jurídica del menor; en virtud de los cuales, se reformulan los componentes e intereses existentes en las relaciones familiares que afecten a menores, en particular los atinentes a la relación paterno-filial.

Para advertir el impacto innovador de tales principios, vale recordar las diferencias establecidas – en la evolución sobre los derechos según el origen de los hijos –, entre legítimos e ilegítimos⁴⁵. La influencia de la doctrina cristiana mitiga extraordinariamente tal discriminación y sirve de antesala a la filosofía del iluminismo y la escuela del derecho natural, que concede iguales derechos entre hijos legítimos e ilegítimos.

Hoy, afortunadamente queda solo para la historia el estigma social que significaban las clasificaciones discriminatorias de los hijos, atendiendo al *estatus* de sus padres. Conquista que obviamente no es obra de la simple voluntad del legislador, ni de las loables aspiraciones que revela el presente siglo. Se ajustan

⁴⁴ La generalidad de los Estados han gestado un movimiento de reformas en la legislación de menores con el propósito de adecuar su normativa interna a los presupuestos enarbolados en la CDN. Este movimiento comenzó por Brasil, con la promulgación del Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley n° 8.069 del 13 de julio de 1990, reformada por la Ley n° 10.764 del 12 de noviembre de 2003. Por su parte, España promulgó la Ley Orgánica n° 1/ 1996 de Protección Jurídica del Menor. En Venezuela, la Ley Orgánica de Protección al Niño y el Adolescente LOPNA vigente desde abril del 2000. México, aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes de mayo del 2000. Paraguay aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia: Ley n° 1680 del 30 de noviembre de 2001. Bolivia, la Ley n° 2026 ó Código del Niño, Niña y Adolescente. Uruguay, aprobó la Ley n° 17.823 del 25 de septiembre de 2004, Argentina promulgó la Ley n° 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, el 21 de octubre del 2005.

⁴⁵ Describe el autor mexicano Chávez Asencio, la situación jurídica de tales “ como caracteres amplios y rudos de la época antigua, donde se trataba a los hijos naturales con un rigor excesivo, se les sometía a esclavitud, se les privaba de toda clase de derechos, y había pueblo entre los cuales se llegaba a un extremo de crueldad inusitada, pues se les sacrificaba apenas nacidos y muchas veces junto con sus madres. En Grecia se les prohibía heredar y tomar parte en los sacrificios, y en las leyes del pueblo judío les negaban todo derecho de ciudadanía”. *Vid.* Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, Porrúa, 2004, p. 141.

y atemperan a determinados principios⁴⁶, corolario de la diacronía histórica que en sede de filiación cobra especial significación. Así, pueden mencionarse: el principio de igualdad y no discriminación, el principio de veracidad biológica, el interés del menor o *favor filii*, y el conocimiento del propio origen, los cuales serán valorados a continuación.

3.1 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La igualdad de los hijos constituye uno de los principales principios del nuevo marco constitucional que obliga a adecuar las instituciones familiares reguladas en el Derecho interno a la normativa jurídica protectora de la familia en las convenciones internacionales; cuyos postulados condensan una premisa esencial: todos los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen.

La generalidad de los sistemas modernos se hace eco de la referida igualdad, y borran aquella injuriosa distinción, por la que pesaba sobre los hijos, las consecuencias de los actos de sus padres.

En Cuba, este principio tiene su antecedente más importante en la Constitución de 1940, que en su artículo 44, tercer párrafo, subraya: “*Queda abolida toda calificación sobre la naturaleza de la filiación. No se consignará declaración alguna diferenciando los nacimientos, ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción de aquéllos, ni en ningún atestado, partida de bautismo o certificación referente a la filiación*”.

El principio de no discriminación de los hijos por razón de la filiación, encuentra amparo constitucional, y desde luego muestra su desarrollo en todo el entramado normativo de Derecho cubano, en el Código de Familia, en la Ley del Registro del Estado Civil y en el Código Civil. El legislador de 1975 dejó claro “*todos lo hijos disfrutarán iguales derechos y deberes.*” De modo encomiable, el matrimonio deja de enfatizarse como la vía fundamental de legitimación de la paternidad y ésta se hace descansar, fundamentalmente, en el reconocimiento e inscripción del hijo, aunque no mediare matrimonio entre los padres⁴⁷.

⁴⁶ Ha de tenerse en cuenta que los principios nos son normas propiamente dichas sino ideas capaces de inspirar todo un conjunto normativo.

⁴⁷ *Cit. pos.* Pérez Gallardo, Leonardo B., “*Luces y sombras en torno a la regulación de la filiación en Cuba*” en *Revista de Ministerio de Justicia* N. 7, La Habana, enero-junio de 2011, pp. 27-73; Mesa Castillo, Olga, “*Regulación normativa de la filiación en el Estado cubano*”, en *Temas de Derecho de Familia*, Colectivo de autores, Félix Varela, La Habana, 2001, pp. 69-70.

En España, una vez establecidas o determinadas la filiación matrimonial, no matrimonial y adoptiva, - en virtud de la generación biológica o reconocimiento del Derecho - las tres producen exactamente los mismos efectos sin distinción o discriminación alguna (art. 39.2 CE y 108.2 CC)⁴⁸.

En México, desde 1917 - fecha en que se promulgara la Ley sobre Relaciones Familiares⁴⁹ - se suprime la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sea, los adulterinos e incestuosos. Similar panorama normativo exhibe el Código civil de 1928, cuya preceptiva jurídica silencia toda clasificación respecto de los hijos. Todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio o fuera de él; sin embargo, siguen conservándose las referencias a hijos naturales, adulterinos e incestuosos, conforme a los artículos 77, 78, 62 y 64, los que bien merecían ser modificados para referir la situación jurídica de los padres sin calificar a los hijos, por la falta de aquellos. Esa situación queda superada en la redacción del código actual⁵⁰, que prescinde de la anterior clasificación, sobre el principio de igualdad de los hijos, refiriendo solo los nacidos dentro y fuera de matrimonio. No obstante, algunos autores⁵¹ todavía identifican los primeros con los legítimos en franca

⁴⁸ Rebolledo Varela, Angel L., "Visión sinóptica del Derecho de Familia Español" en *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español iberoamericano (un estudio comparado: Cuba, España y aportaciones de interés notable: México, Colombia y República Dominicana)*, Colectivo de Autores, Dykinson, S.L., Madrid, 2010, pp. 51-63.

⁴⁹ Expedida por Venustiano Carranza, que formal y legislativamente separó el Derecho Civil del Familiar, la Ley sobre Relaciones Familiares de 9 de Abril de 1917, significa una conquista en el Derecho mexicano por su carácter revolucionario y transformador. Al decir de Pallares "Hay más revolución en dos o tres artículos de esta Ley, que en multitud de hechos de armas que parecían de primera importancia". Esa preceptiva jurídica no solo hizo alusión a la supresión de la distinción entre hijos, sino además, concedió la acción de investigación de la paternidad cuando existiera la posesión de estado de hijo natural. Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, anuló la potestad marital y defirió a ambos cónyuges la patria potestad. Por otra parte, y de especial importancia en el tema abordado, introdujo la adopción en el Derecho Civil mexicano.

⁵⁰ Una visible manifestación del sentimiento contrario a la antigua clasificación de los hijos la encontramos en la Exposición de Motivos del Código Civil mexicano para el Distrito Federal que en tal sentido expresa: "Por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera del matrimonio; se procuró que unos y otros disfrutaran los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen." Chávez Asencio, *op. cit.*, p. 141.

⁵¹ Nos informa el autor mexicano Rogina Villegas, la clasificación de filiación legítima, filiación natural y filiación legitimada. *Vid. Rogina Villegas, op. cit.*, pp. 457 y ss.

contradicción al espíritu favorable de las nuevas legislaciones⁵² asoladoras de todo adjetivo calificador de la situación de los hijos.

La igualdad de efectos en México adopta determinadas matizaciones, pues no todas las legislaciones civiles y familiares la contemplan en relación a todos los hijos. En las entidades⁵³ que regulan ambas clases de adopción, simple y plena, se manifiestan los efectos limitados de la primera.

Por su parte, en la normativa argentina, el artículo 240 del código Civil en su actual redacción prescribe “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos. Equiparación que encuentra su proyección constitucional⁵⁴ en el principio de igualdad reconocido constitucionalmente.

3.2 PRINCIPIO DE VERACIDAD BIOLÓGICA

No pocas veces se ha expuesto la maternidad y la paternidad como conceptos que rebasan el mito de sangre, integrados por elementos afectivos, sociales, y de voluntad, los cuales en algunos casos, impiden la coincidencia entre la relación biológica y la relación jurídica de filiación.

De ahí, la existencia de dos sistemas en la determinación de la filiación: uno realista, presidido por el principio de veracidad, permite en vía judicial la investigación de la paternidad y/o maternidad, tanto para establecerlas como para impugnarlas y el uso de todo tipo de pruebas que arrojan inequívocos resultados. El segundo sistema refleja una concepción formalista de la filiación

⁵² En las entidades federativas de Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Puebla, Tamaulipas, Tlaxcala, y Zacatecas, los legisladores terminan con la clasificación de los hijos, y con el parámetro del matrimonio para distinguirlos. En el presente, simplemente se regulan como hijos, con la única diferencia de los medios de prueba. *Vid.* Guzmán Avalos, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005, p. 17.

⁵³ En Derecho veracruzano y otras entidades federativas donde coexisten la adopción simple y plena, se puede percibir como la adopción simple tiene efectos limitados, que solo se producen entre adoptantes y adoptados. Un efecto limitado también se da para el caso de hijo o hija de un cónyuge, habido antes del matrimonio y lo reconozca posteriormente; cuya limitación solamente se circunscribe a que no podrá llevarlos a vivir al domicilio conyugal, a menos que cuente con el consentimiento de su otro cónyuge (artículo 300 del Código Civil de Veracruz).

⁵⁴ La promulgación de Convención sobre los derechos del niño trae aparejado 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 el principio de igualdad de los hijos. *Vid.* Lloveras y Faraoni, *op. cit.*, p. 67.

que al margen de la realidad biológica estima valores (paz familiar, seguridad jurídica), determinando la paternidad en virtud de presunciones legales que dificultan la verdad biológica.

Ambos regímenes han sido objeto de críticas⁵⁵ debido a su carácter parcial y unilateral, en tanto el primero opta por una verdad material y el segundo por una verdad formal. La cuestión radica en encontrar la mejor solución al interés del menor. No creo que bien iniciado el siglo XXI sea conveniente mantener incólume el aspecto social o jurídico. Una solución atinada sería permitir la actuación de ambos métodos sin obligar a la búsqueda de la verdad material, pues no se puede abandonar todo un sistema, ello conduciría a un reduccionismo biológico, en donde otros factores como la voluntad adquieren un peso más específico en el derecho de filiación. Téngase en cuenta, si bien en principio, la plena equivalencia entre la relación biológica y la jurídica conforma el marco ideal de la filiación, en ocasiones existen progenitores, que no son padres en el sentido estricto de la palabra, y por el contrario, ocurren casos en que el Derecho atribuye la paternidad a quienes no han procreado desde el punto de vista biológico. De tal suerte, el principio de veracidad habrá de conjugarse en todo caso con el interés del menor.

En Derecho cubano existe un reconocimiento implícito de este principio, – aun y cuando no quede taxativamente recogido en la normativa familiar –⁵⁶, la Carta Magna establece “*El Estado garantiza mediante los procedimientos legales adecuados la determinación y el reconocimiento de la paternidad*”⁵⁷, cuando hay conflictos de paternidad o de maternidad, ya sea porque se intente el reconocimiento de la prole por más de un progenitor, o porque se pretenda impugnar la filiación reconocida por un tercero por quien se crea el verdadero padre o madre del hijo reconocido, es necesario acudir a las técnicas de investigación genéticas que

⁵⁵ Guzmán ávalos, Aníbal, *op. cit.*, p. 9; Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 105; Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶ La omisión del legislador queda superada en el Anteproyecto de Código Familiar cubano, que en su artículo 83 dispone: “*En todo proceso de filiación puede practicarse la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas*”, incluidas por supuesto, las pruebas biológicas, siempre que las circunstancias económicas del país, permitan su empleo, lo que hoy día resulta un verdadero quebradero de cabeza, en tanto *v.gr.*, la prueba de ADN a la cual recurren una y otra vez las partes contendientes de un proceso filiatorio, resulta denegada, a muy pesar del tribunal juzgador, por no contar el país con los recursos necesarios para hacer frente al pago de reactivos imprescindibles para la realización de la prueba. *Vid.* Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁷ *Vid.* artículo 37 de la Constitución Cubana.

auxiliarían al tribunal en la determinación de la filiación⁵⁸. De forma similar, en Derecho mexicano la investigación de la paternidad se amplía considerablemente “cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre”⁵⁹.

En España, la determinación de la filiación⁶⁰ sea matrimonial o no matrimonial, se fundamenta esencialmente en la verdad biológica, con admisión de la investigación de paternidad y pruebas biológicas (art. 39.2 CE y 767.2 LEC). La verdad biológica, salvo algunas excepciones (art. 125 CC en progenitores hermanos o consanguíneos en línea recta, o donantes en reproducción asistida, art. 8.3 de la Ley 14/2006), siempre prevalece sobre la verdad formal.

Desde lo anterior, puede confirmarse la relevancia que adquiere el principio de veracidad biológica, del que es un presupuesto, el derecho a conocer el propio origen.

3.3 EL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN

Una coherente valoración de este derecho conduce a un análisis previo del derecho a la identidad⁶¹, derecho subjetivo de la personalidad, en el cual, la identidad de origen constituye manifestación esencial.

⁵⁸ Vid. Pérez Gallardo, Leonardo B., *op. cit.*, p. 31.

⁵⁹ Nos indica Guzmán Ávalos que aun cuando el Código Civil del Estado de Veracruz, el Federal y otros de la República Mexicana limitan aparentemente los casos de investigación de la maternidad y la paternidad, existe libertad para indagarlas. Vid. Guzmán Ávalos, *op. cit.*, p. 143.

⁶⁰ Rebollo Varela, Angel L., *op. cit.*, p. 53.

⁶¹ El derecho a la identidad personal encuentra sus primeras manifestaciones jurídicas en sentencia emitida por un juez romano, en la cual, por vez primera se definía la existencia de una situación jurídica subjetiva de poder no considerada ni protegida por norma alguna en el ordenamiento jurídico positivo, haciendo referencia expresa a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el Derecho. Si bien en la referida sentencia se esboza la primera definición conocida del derecho de identidad personal, existen algunos antecedentes jurisprudenciales en los que ya se venía delineando, aunque imprecisamente. A saber, una sentencia del 7 de diciembre de 1960 de la Corte Suprema de Italia que se refería a la falsa representación de los caracteres de la personalidad, al derecho a la verdad sobre las propias opiniones pero circunscribiéndolo al limitado ámbito de la intimidad. Otra sentencia, la pronunciada por el Corte de Apelaciones de Milán el 22 de mayo de 1964, hacía referencia al hecho de que la representación de la personalidad del individuo no puede ser falseada. Más adelante en el tiempo, el 13 de julio de 1971 la mencionada Corte Suprema ya distinguía en el individuo un derecho a ser reconocido en su peculiar realidad. Para profundizar en este particular *Cit. post.*, Fonseca Guerra, Maribel, El derecho a la identidad personal de los menores e incapacitados frente a la migración internacional, Trabajo de diploma, bajo la dirección de Valdés Díaz, Caridad del C., Universidad de La Habana, Cuba, 2010. Vid. Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, p. 54, 55 y 56.

De los autores⁶² estudiosos de la problemática, sobresale el jurista peruano Fernández Sessarego, quien expone [...] la identidad personal como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la Sociedad. Es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro. Esta identidad se despliega en el tiempo. Es fluida y cambiante [...] en la identidad de la persona se encuentra la específica verdad personal, que es la cognición de lo que realmente se es, así como también comprende una multiplicidad de elementos⁶³.

En esa línea, se afirma el derecho a la identidad “presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano, y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás componentes de su propio ser”⁶⁴.

En la variedad de elementos conformadores de la realidad unitaria de la identidad personal⁶⁵, nos interesa a los efectos del presente estudio⁶⁶ valorar

⁶² Vid. Fernández Sessarego, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992; Lloveras Nora, “El Derecho de Familia y el Derecho de Identidad en el MERCOSUR” en *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*. Cecilia P. Grosman (directora), Marisa Herrera (coordinadora), Lexis Nexis, Argentina S.A, 2007; pp. 211-250; Lloveras Nora, y Faraoni, *La mayoría de edad argentina. Análisis de la Ley 26.579/2009*, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, Argentina, 2010; Adriana N. Krasnow, “La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva”, *op. cit.*, p. 3; Herrera Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Buenos Aires, 2008; Parra Benítez, Jorge y Luz Elena Álvarez, *El Estado Civil y su Registro en Colombia*, Comlibros, Medellín, 2008; Valdés Díaz, Caridad del Carmen y Fonseca Maribel, *op. cit.*, p.5.

⁶³ Fernández Sessarego, Carlos, *op. cit.*, p.12.

⁶⁴ Parra Benítez, Jorge y Luz Elena Álvarez G., *op. cit.*, p. 8.

⁶⁵ La realidad unitaria de la identidad personal se encuentra comprendida por una fase estática, contentiva de todos aquellos elementos que permiten la identificación objetiva del hombre en la sociedad, desde los signos identificativos tradicionales como el nombre, la imagen, el estado civil, las huellas digitales, la ciudadanía, filiación hasta la información genética de cada individuo. Y otra dinámica, que alude al conjunto de factores espirituales y sociales que definen la personalidad de cada sujeto.

⁶⁶ Esta dimensión impacta notablemente en la persona del menor. Si tenemos en cuenta la naturaleza personalísima del derecho a la identidad, al cual, le son propias todas las características de los derechos de la personalidad. Recuérdese, confieren poder inmediato y directo, oponible frente a todos sobre el bien tutelado, con las limitaciones que establezca la ley por motivos de índole pública, social o moral, necesarios, esenciales de la persona y fundidos a su propia naturaleza; imprescriptibles, irrenunciables, en tanto, no pueden transmitirse o enajenarse, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*; y esencialmente personalísimos, su ejercicio es exclusivo de su titular, admitiéndose solo la representación legal en los casos de los menores e incapacitados. No obstante, en este particular, la tendencia moderna está encaminada hacia la exclusión de la representación de menores en cuanto al ejercicio de derechos y actos jurídicos de corte personalísimos.

la relevancia de la identidad de origen como manifestación de derecho a la identidad.

La identidad de origen encuentra su punto de partida en la realidad biológica del individuo. Comprende lo relativo a la filiación y a la historia familiar. Su preeminencia en el derecho a la identidad puede percibirse en el perjuicio⁶⁷ que para este representa la indefinición de los vínculos familiares y su consecuente susceptibilidad de controversia. Sin dudas, resulta esencial para la persona conocer su origen⁶⁸ y en consecuencia, la clara determinación de los vínculos filiares.

En opinión de García Vicente⁶⁹ el conocimiento del propio origen biológico es un elemento imprescindible para el desarrollo vital, que define la dignidad de la persona. Con razón Rivero Hernández⁷⁰ extiende el fundamento normativo del derecho a conocer el propio origen más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la paternidad y la maternidad porque el derecho a la identidad incluye el dato genético, el hecho biológico de la procreación, pero no se agota en este hecho natural, no excluye la verdad sociológica y la historia de vida del sujeto⁷¹.

El derecho a conocer los orígenes viene adquiriendo entidad propia como derivación del derecho a la identidad. Así lo dispone el art. 7.1 de la Convención

⁶⁷ A juicio de Méndez Costa significa la autodestrucción del derecho a la identidad. *Vid.* Méndez Costa, María Josefa “Encuadre constitucional del Derecho a la Identidad” *cit. pos.* Ferrari, Miriam en “El Derecho a la Identidad Personal. Naturaleza y Tutela Jurídica” 8 páginas. Consultado en www.clipartconnetion.com el 4 de junio de 2010.

⁶⁸ Se refiere el término “origen” y no al de “realidad biológica” porque el origen de una persona es mucho más rico que lo estrictamente genético, comprende su historia familiar y sus relaciones filiares. Obviamente si estuviéramos valorando una lesión del derecho de identidad del menor en virtud de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida correspondería hablar de “realidad biológica o genética”, puesto que en este caso la concepción del menor no es la consecuencia de una relación con historia ni siquiera ocasional que vinculara a sus progenitores. El donante solo participa desde el punto de vista genético a los fines de solucionar el deseo de procreación de quien no puede concebir naturalmente.

⁶⁹ *Cit. pos.*, Hernández Díaz Ambrona María D., Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica, *Revista de Derecho Privado*, N. 7, 2005. García Vicente, *Los principios del derecho en las acciones de filiación*, en *Aranzadi Civil* 2004, pp. 15 a 29, concretamente p. 22.

⁷⁰ Rivero Hernández, Francisco, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Atelier, Barcelona, 2001, pp. 53 y 55.

⁷¹ Pellegrini María Victoria, “De la aplicación del principio interés superior del niño en un caso de adopción” en *Temas actuales de derecho de familia*, *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N. 20, Nueva época, 2007, pp. 164-178.

sobre los Derechos del Niño cuando enuncia, entre otras cuestiones, el derecho del menor “[...] en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos”

El uso de la expresión *en la medida de lo posible* ha generado serios debates⁷² que a *la postre* apelan al principio de interés del menor que guía todas las actuaciones reflejadas en dicho Convenio hasta el punto de permitir alternativas al cuidado de los progenitores si las circunstancias aconsejan otro proceder (artículo 9 CDN). Pues si bien, la coincidencia entre el dato biológico y el vínculo existencial es la aspiración, no en todos los casos es lo más conveniente al interés del menor.

De allí, la necesidad de hacer prevalecer este principio ante algunas tensiones⁷³ que plantea el derecho a conocer los orígenes en el campo de la adopción. La primera de estas cuestiones es la colisión entre el derecho a conocer los orígenes del adoptado y el derecho a la intimidad de los progenitores, a través de la reserva o restricción a toda información que facilite su individualización. En este punto, merece significarse la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003, que resuelve el caso Odièvre⁷⁴ en el que

⁷² Discrepo con los autores que suponen la voluntad del legislador internacional de 1989 en sentido negativo, es decir, en aras de negarle al menor el derecho a conocer sus orígenes. En esta postura se enrola la española Garriga Gorina quien ha afirmado que “*Los precedentes del texto definitivo impiden, en cambio, esta interpretación, ya que la aludida expresión fue propuesta precisamente para hacer compatible la adopción secreta con el texto anterior*”. Otros consideran que el uso de la expresión *en la medida de lo posible* obedece sólo a los impedimentos de índole fácticos, o sea, a la imposibilidad de alcanzar el conocimiento por falta o carencia de información y no a los de índole legal. Esta misma interpretación, se sostiene para permitir el acceso a la información al hijo concebido como consecuencia de una inseminación artificial heteróloga. Vid. Garriga Gorina, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 217.

⁷³ Herrera Marisa, El impacto del derecho a la identidad en el Derecho de familia.... *Cit.*

⁷⁴ Los hechos son los siguientes: la demandante nació el 23 de marzo de 1965 en París. Tras solicitar el secreto sobre el nacimiento, su madre firmó ante los servicios de asistencia pública un acta de abandono de su hija. Confiada a los servicios de la Dirección de Ayuda Social y Protección a la Infancia la demandante fue inscrita como hospiciaria y, a continuación adoptada, de pleno derecho por el Sr y la Sra Odièvre, cuyo apellido ostenta al día de hoy. Tras conocer la existencia de su expediente de antigua hospiciaria de los servicios de asistencia social a la infancia del departamento del Sena en 1990, la demandante logró los elementos no identificativos sobre su familia biológica y el 27 de enero de 1998, presentó una demanda ante el juzgado de primera instancia de París con el fin de solicitar que se «levantara el secreto de su nacimiento y la autorizaran a que se le comunicaran todos los expedientes, documentos sobre estado civil y extractos literales de la partida de nacimiento completos. Expuso que había llegado a su conocimiento que sus padres biológicos habían tenido tres hijos, y ante la negativa de la DASS de facilitarle información sobre el estado civil de sus colaterales so pretexto de que esta comunicación atentaría contra el secreto de su nacimiento y que, tras haber sabido de la existencia de sus hermanos, tenía motivos suficientes para solicitar que se levantara el secreto sobre su nacimiento. La sentencia fue dictada el 13 de febrero de 2003 y el Tribunal declara primero, por diez votos contra siete que no se ha infringido el artículo 8 (derecho a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo

la demandante sin ánimo de cuestionar la existencia de su filiación adoptiva, pretende conocer las circunstancias de su nacimiento y abandono, englobando el conocimiento de la identidad de sus padres y sus hermanos.

Otra cuestión que suscita el derecho a conocer sus orígenes se refiere a los efectos de la adopción plena en relación a la ruptura definitiva de todo vínculo con la familia de origen. Al respecto, vale destacar la efectividad que otorga la Ley 24.779 de 1997, reformadora del régimen de adopción en Argentina que compromete al adoptante a hacer conocer al adoptado su realidad biológica, lo que obviamente significa el respeto a su origen y su historia. De esta forma, el adoptado puede conocer su historia y todos los operadores del sistema adoptivo y su familia adoptiva debe resguardar este derecho de acceder a su identidad⁷⁵.

Por su parte, la ley de adopciones de Paraguay (1136/1997) garantiza el derecho del adoptado a conocer su origen y regula el periodo de mantenimiento del vínculo familiar obligatorio, otorgando con ello, carácter subsidiario a la adopción y siempre en función del interés del menor. Postura adoptada por la normativa chilena, cuya Ley de Adopción (Ley 19.620) autoriza la adopción cuando la familia de origen no pueda satisfacer las necesidades espirituales y materiales del menor. De lo cual resulta perfectamente inteligible, la excepcionalidad de la figura y como contrapartida, la prioridad de vida de los niños en su núcleo de pertenencia originario.

Una novedad relevante la presenta el derecho brasileiro⁷⁶ en tanto prevé la prestación del consentimiento del menor de doce años para ser adoptado. Lo cual confirma la participación del menor en los asuntos que le afecten y su consecuente consideración como sujeto de derechos.

Fuera del contexto de la adopción, pero siguiendo la línea de pensamiento abordada, corresponde valorar el tratamiento del derecho del menor a conocer su propio origen en el Derecho civil y familiar cubano. Ordenamiento jurídico que – sin dudas – es fiel exponente y garante de los derechos del menor⁷⁷. Sin embargo,

de Derechos Humanos. *Vid.* Hernández Díaz Ambrona María D., Notas sobre el derecho a la identidad del niño y la verdad biológica... *cit.*, p.12.

⁷⁵ Lloveras Nora, "El Derecho de familia y el derecho de identidad en el MERCOSUR" en *Hacia una armonización del Derecho de familia en el MERCOSUR y países asociados*, Cecilia P. Grosman (Directora) y Marisa Herrera (Coordinadora), LexisNexis, 2007, pp. 211-250.

⁷⁶ *Vid.* art. 1621 de Código Civil de Brasil del 2002. El sistema de adopción brasileiro es probablemente el más amplio de los que se observan en los Estados mercosureños.

⁷⁷ Cuba es signataria de la Convención sobre los derechos del niño desde el 26 de enero de 1990; a cuyos efectos establece un sistema político y jurídico dirigido a la máxima protección de la niñez y la adolescencia.

con respecto al derecho a la identidad, y en particular, lo atinente a la identidad de origen, no pueden negarse algunas imprecisiones, vacíos legislativos, y hasta una normativa fragmentada que en sede de filiación⁷⁸ requiere ser atemperada a la dinámica de la vida actual, con el desarrollo científico técnico y de las ciencias medicas y biológicas en general.

Aún y cuando se observan avances en aspectos de la práctica judicial a raíz de la implementación de tribunales de familia con jueces especializados en materia de lo familiar, y equipos asesores multidisciplinarios, no en todos los casos se aprecia una efectiva realización del derecho del menor a ser escuchado en procesos encaminados a la determinación de su filiación⁷⁹, y por tanto, a la realización de su identidad personal.

Una expresión palpable⁸⁰ de lo anterior es la inadecuada regulación del reconocimiento de filiación vigente en el Derecho cubano, el cual, exige como requisito el “consentimiento” del progenitor que previamente efectuó el reconocimiento. Solo con su anuencia podrá realizarse el acto jurídico familiar en vía registral, quedando expedita la reclamación de la filiación, en caso de oposición, por la vía judicial⁸¹. ¿Cuál sería el alcance del derecho a la identidad del menor, sobre el que se pretende determinar la filiación?

Conforme a la preceptiva civil cubana, los menores alcanzada cierta edad, no están habilitados para manifestar su anuencia a que el presunto padre lo reconozca. En vía registral solo se requiere la participación del otro progenitor, vulnerando el derecho del menor a expresar su opinión en la determinación de su estado de hijo.

Una vez más nuestro Derecho familiar no está a tono con los tiempos que corren, ni con la Convención sobre los derechos del niño que en su art. 12 establece el respeto a su opinión en función de su edad y madurez. Y en qué

⁷⁸ Con tino expone Pérez Gallardo que “la filiación en el ámbito legal cubano paradójicamente no es de las instituciones que ofrecen un panorama enriquecedor, dinámico y moderno [...], el legislador la ha regulado a medias de forma parca, fragmentada y antinómica, con preceptos que en algunos casos se superponen y en otros, usan una terminología inapropiada que llevan a la confusión de los operadores del Derecho. *Vid.* Pérez Gallardo, “Luces y sombras en torno a la regulación jurídica de la filiación en Cuba”... *cit.*, pp. 27-73.

⁷⁹ El reconocimiento de hijos constituye uno de los modos de determinación de la filiación con respecto a los nacidos fuera de matrimonio.

⁸⁰ Pudieran exponerse varios ejemplos que reflejan el estado inadecuado de regulación de la filiación en el Derecho cubano, mas a los efectos del trabajo, solo se referirá lo atinente al reconocimiento de hijos.

⁸¹ *Vid.* Artículos 51 y 52 de la Ley de Registro del Estado Civil.

otro asunto pudiera tener más interés un niño que en el reconocimiento que su presunto padre quisiera hacer sobre la paternidad que define su estado de hijo.⁸²

En cuanto a la filiación adoptiva, el legislador familiar tiene en cuenta la voluntad del menor de siete años o más. Precepto jurídico⁸³ que en el Anteproyecto de Código de Familia cubano adopta otra perspectiva, al resaltar la opinión del menor de acuerdo a su madurez psíquica y mental, sin indicar una edad determinada.

El derecho a conocer el propio origen queda confirmado en la referida normativa, en virtud de la posibilidad de acceso al expediente de adopción conferida a la persona mayor de edad.

3.4 EL INTERÉS DEL MENOR O FAVOR FILII

Serios debates teóricos suscita entre los estudiosos del tema, el principio rector de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En la expresión “debe dársele una consideración primordial y atención especial” no se define taxativamente lo más conveniente para el menor; y nos ubica frente a un concepto en fase de elaboración, sujeto a disímiles interpretaciones que siguen dos técnicas diferentes: el sistema de cláusulas generales y el sistema de definición de situaciones concretas que redundan en interés del menor. Cada uno con ventajas e inconvenientes a la hora de la aplicación del principio. Es por ello que algunos autores⁸⁴ aconsejan su aplicación de forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada caso concreto una idea acerca de lo que es el interés superior del niño.

Criterio compartido por Linacero⁸⁵, cuando expone “sólo la casuística puede perfilar el concepto indeterminado del interés del menor”. A tal efecto, vincula el principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989.

En Cuba, la cuestión se facilita, si tenemos en cuenta, la regulación del legislador de 1975 del interés superior del menor, bajo la expresión “en beneficio

⁸² *Vid.* Pérez Gallardo, *ibidem*, pp. 27-73.

⁸³ La norma jurídica elimina la edad de siete años y en su lugar tiene en cuenta la madurez psíquica y emocional del menor, estableciendo la exploración de su voluntad con carácter obligatorio, y con ello, mayor garantía al respeto de su opinión. *Vid.* Artículo 180 del Anteproyecto de Código de Familia.

⁸⁴ Villagrasa Alcaide, Carlos, El interés superior del menor (versión digital).

⁸⁵ Linacero de la Fuente, María, Observaciones de la Dirección de los Registros y del Notariado al III y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España (en edición).

de los intereses de los menores”, contenido previo a la promulgación de la Convención Internacional sobre los derechos del niño.

Desde la fecha, la normativa reguladora de las relaciones familiares establece entre sus objetivos principales, el fortalecimiento de la familia, y de los vínculos afectivos entre sus miembros en beneficio del interés del menor. Diversos supuestos de concreción del interés superior ofrece la normativa familiar cubana. A saber: el contenido de los derechos y obligaciones de los padres (comprende también los adoptivos) se dirige en primer lugar a la satisfacción del interés del menor sujeto a patria potestad; en los procesos filiatorios de impugnación de la paternidad de quien ha reconocido como su hijo a un menor, aconsejándose no establecer el proceso durante su minoría de edad para evitar un desenlace que pudiese afectarlo psíquicamente; el Fiscal está llamado a ser parte en los procesos en que se ventilen sus derechos; entre otros.

En este orden de ideas, y desde una visión moderna de interés del menor consideramos loable apreciar el principio de interés superior en el ámbito de la filiación conforme a los sucesivos elementos:

- Concreción del principio en el ámbito de relaciones jurídicas civiles y familiares. Significa apreciar el alcance del interés del menor en la solución de cada caso que le afecte.
- Reconocimiento de la capacidad progresiva mediante la adopción de un régimen jurídico que previa definición de escala de edades, conceda al menor posibilidades de actuación *per se* en actos jurídicos relativos al *status filii* o condición de hijo/a.
- Establecimiento de figuras jurídicas de asistencia, que reemplacen la sustitución de la voluntad del menor que comporta la representación legal, a partir del respeto a su autonomía en aquellos asuntos relativos a la esfera personal y familiar.

NOTAS CONCLUSIVAS

La consolidación de principios favorables a la situación jurídica del menor marca pauta en la concepción actual de la minoridad. La Convención sobre los derechos del niño perfila una nueva proyección respecto a la posición jurídica del menor en el ámbito de relaciones civiles y familiares.

En esa perspectiva, se asume el criterio de definición de la minoría de edad como aquel proceso de evolución de la autonomía del menor, en el que de acuerdo a la edad, paulatinamente desarrolla su capacidad natural.

Desde la noción anterior y conforme al estudio comparado realizado, el Derecho patrio ha de establecer mecanismos encaminados a la efectiva implementación de los principios de igualdad y no discriminación, veracidad biológica, derecho a conocer el propio origen y favor filii, cuya esencia y contenidos inspiran una nueva situación jurídica del menor en el siglo XXI.

BIBLIOGRAFÍA

I) FUENTES DOCTRINALES

ALÁES CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil I. Introducción y Parte general*, 15ª edición, Barcelona, 2002.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *La familia en el Derecho, Relaciones jurídicas paterno filiales*, Porrúa, 2004.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez - Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, Daniel Hugo D’ Antonio (director), Delta Editora, Paraná, 1999.

CURIAN RUSIEL, Ofelia, “Un nuevo paradigma para la construcción de la ciudadanía” en *ponencia presentada en XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, La Habana, 2002.

DELGADO Echeverría, *Elementos de Derecho Civil I*, volumen segundo, Barcelona.

DÍEZ-PICAZO, Luis y ANTONIO Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I – *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8 edición Tecnos, 1994.

ESPINOSA, Juan, *Derecho de las personas*. Rodhas SAC., 5ª edición, Lima, 2006.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ¿Qué es persona para el derecho? “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

FONSECA GONZÁLEZ, Rafael, “El deber de oír a los hijos” en *La tutela de los derechos del menor*, González Porras, José Manuel, Córdoba, 1984.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia: de los derechos y de la justicia*, 2ª edición actualizada, editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983.

GARRIGA GORINA, Margarita, *La adopción y el derecho a conocer la Filiación de Origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Aranzadi, Navarra, 2000.

GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, "La edad" en *Manual de Derecho Civil I. Introducción y Derecho de la Persona*, Luis Puig Ferriol, (coordinador), Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997

GETE ALONSO, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar*, Civitas, S. A, Madrid, 1992.

GUZMÁN AVALOS, Aníbal, *La filiación en los albores del siglo XXI*, Porrúa, México, 2005.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J., "La personalidad jurídica", en *Manual de Derecho Civil*, coordinado por Puig Ferriol, L., et al, Marcial Pons, Madrid, 1997.

LETE DEL RÍO, Juan M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo cuarto, 2ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1985.

LINACERO DE LA FUENTE, María, *Observaciones de la Dirección de los Registros y del Notariado al III y IV Informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España (en edición)*.

LLOVERAS, Nora, y FARAONI, Fabián, *La mayoría de edad argentina. Análisis de la Ley 26.579/2009*, Nuevo enfoque jurídico, Córdoba, Argentina, 2010.

MESA CASTILLO, Olga, "Regulación normativa de la filiación en el Estado cubano", en *Temas de Derecho de Familia*, Colectivo de autores, Félix Varela, La Habana, 2001

MORENOQUEZADA, B., "Los sujetos de la relación jurídica" en *Derecho Civil Patrimonial, Conceptos y normativa básica*, Moreno Quezada, Bustos Valdivia, C. & Trujillo Calzado, 4ª edición corregida y actualizada, Comares, Granada, 1999.

PELLEGRINI María Victoria, "De la aplicación del principio interés superior del niño en un caso de adopción" en *Temas actuales de derecho de familia*, Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N. 20, Nueva época, 2007.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*.", en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, coordinado por José Pérez de Vargas Muñoz, La Ley, Madrid, 2006.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "Luces y sombras en torno a la regulación de la filiación en Cuba" en *Revista de Ministerio de Justicia N. 7*, La Habana, enero-junio de 2011.

PIAGET, Jean, *La psicología de la inteligencia*, Crítica, Barcelona, 1999.

REBOLLEDO VARELA, Angel L., "Visión sinóptica del Derecho de Familia Español" en *Los nuevos retos del Derecho de Familia en el espacio común español iberoamericano (un estudio comparado: Cuba, España y aportaciones de interés notable: México, Colombia y República Dominicana)*. Colectivo de Autores, Dykinson, S.L., Madrid, 2010

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “La filiación en el umbral del siglo XXI, en *Revista de Derecho* N. 4, Granada, 2001.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor, Dificultad para precisar que es “el interés del menor”*. Nuevos planteamientos metodológicos, Dykinson 2000, Madrid.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *Las acciones de filiación en el Código de familia catalán*, Atelier, Barcelona, 2001.

ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de Derecho Civil. Persona y Familia*, Reus, Madrid, 2008.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Introducción, personas y familia*, Edit. Porrúa, cuadragésima edición, México, 2009.

VALDÉS DÍAZ, C., & FONSECA, M., La capacidad progresiva del menor frente a la emigración internacional en *VI Conferencia Internacional de Derecho de Familia*, UNJC, La Habana 5 al 8 de abril de 2011.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del C., “Capacidad, incapacidad y discapacidad en clave carpenteriana” en *Revista Ius* N. 26, Año V, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla (ICJP), septiembre-diciembre, 2010 Ghersi, Carlos Alberto, *Derecho Civil. Parte General*, 2ª edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1999.

VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “Acerca del ejercicio de la capacidad de las personas discapacitadas. Una aproximación desde la realidad cubana” en *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Pérez Gallardo, Leonardo B. y Kemelmejer de Carlucci, A. (compiladores), Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires.

VALDEZ DÍAZ, Caridad del Carmen, *Derecho Civil. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2002

VALENCIA ZEA, Arturo & Ortiz Monsalve, Álvaro, *Derecho Civil, Tomo I. Parte general y personas*, 16ª edición, Temis, Bogotá, 2006.

II) FUENTES LEGALES

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA de 25 de septiembre de 1869, modificado por la Ley 26.579 de 2009, Nuevo Enfoque Jurídico, Argentina S.A.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley N. 57 de 1887, modificado por la Ley 1306 de 2009 del nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano, Colección monografías, grupo editorial Ibañez, Desalma, 2011.

CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA DE CUBA, Ley N. 59/1987 de 16 de julio, (anotado y concordado) Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.

CÓDIGO DE FAMILIA DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Ley N. 1289 de 1975. Ministerio de Justicia, La Habana, 1999.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y en el 2002, Impresa en el Combinado del Periódico Granma, La Habana, Editorial Política, 1992.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 20 de noviembre de 1989.

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 *Protección Integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez, (compilador), Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006.

LEY DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR EN ESPAÑA, LEY ORGÁNICA 1/1996.

LEY PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO en *Vademécum de Derechos Humanos*, Marco Antonio Díaz de León, Indepac, México, 2004.

