

RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS POR PADRES MENORES DE EDAD EN VIRTUD DE SU AUTONOMÍA PROGRESIVA

MSc. Yamirka Padrón Rodríguez¹, MSc. Marileidys Pino Rosa², Lic. Mabel de la Caridad González Jiménez³

1. Universidad de Matanzas – Sede “Camilo Cienfuegos”, Vía Blanca Km.3 ½, Matanzas, Cuba. yamirka.padron@umcc.cu

2. Universidad de Matanzas – Sede “Camilo Cienfuegos”, Matanzas, Cuba.

3. Consultoría Jurídica Internacional – Sucursal Varadero, Centro de Negocios, Santa Marta, Cárdenas, Matanzas, Cuba.

Resumen

El principio de capacidad o autonomía progresiva de niños y niñas, ha sido reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por Cuba en 1991 y propugna la autonomía de los menores para ejercer los derechos reconocidos por ésta. En el ordenamiento civil cubano se hace este reconocimiento pero el límite de actuación impuesto atenta contra el reconocimiento de la capacidad progresiva. Es por ello que se pretende evaluar la posibilidad real de la ampliación de las posibilidades de actuar por sí mismo en derecho, a los padres menores de edad para el reconocimiento de sus hijos ante Notario Público, tomando en consideración su capacidad progresiva.

Palabras claves: capacidad; autonomía progresiva; padres; menores.

Introducción

La capacidad, constituye una de las instituciones jurídicas más estudiadas desde su devenir histórico hasta la actualidad, aspecto que ha resultado cimiento de su regulación legal en los cuerpos normativos de todo el mundo dada su singular importancia, pues resulta imprescindible conocer bajo qué circunstancias una persona puede actuar válidamente y cuáles son las consecuencias de la realización de un acto o negocio sin la debida capacidad.

Concretamente la capacidad de obrar (también conocida como capacidad de hecho o de ejercicio), constituye la posibilidad real del sujeto para ejercitar *per se* sus derechos e intervenir válidamente en actos jurídicos concretos y no se manifiesta de igual modo en todas las personas, siendo susceptible de gradación y variación durante el transcurso de la vida, teniendo en cuenta condiciones de madurez, discernimiento, etc.

Por su parte, la restricción de la capacidad de obrar implica la reducción del ámbito de actuación personal del sujeto y es aplicable a aquellos que presentan limitaciones en cuanto a su madurez biológica y psicológica o su salud mental. Así, se manifiesta en los mayores de edad que padecen de algún tipo de discapacidad, fundamentalmente de tipo mental, que no los priva absolutamente de discernimiento y los menores de edad que, aunque han alcanzado cierto grado de autogobierno aún no han arribado a un estado de emancipación jurídica o ejercicio pleno de la capacidad.

Precisamente, el último grupo citado constituye el objeto de análisis de este artículo, en el ámbito del ejercicio de sus derechos personales de familia, específicamente del reconocimiento de la filiación paterna, lo cual constituye preocupación en la realidad social, dada la incidencia del fenómeno en la población y la falta de soluciones legales al respecto. Es por ello y teniendo en cuenta que la normativa civil, aunque reconoce la capacidad restringida para realizar actos jurídicos, limita su actuación y no prevé la progresividad de la capacidad de los menores de edad, este trabajo se propone evaluar la posibilidad real de la ampliación de las posibilidades de actuar por sí mismo en derecho, a los padres menores de edad para el reconocimiento de sus hijos ante Notario Público, tomando en consideración su capacidad progresiva.

La delimitación de los contornos de actuación del menor sobre la base de sus aptitudes de autogobierno adquiridas en función de su edad, constituye una necesidad apremiante para el ordenamiento civil cubano, por cuanto es este un tema de suma actualidad al que se han volcado modificaciones introducidas en numerosas legislaciones foráneas, tal es el caso de normas jurídicas como la argentina, brasileña, mexicana y la española, a fin de diseñar un régimen para su actuación, basado en el reconocimiento de sus potencialidades sobre la base de sus posibilidades de comprensión en razón de su capacidad limitada. Además de derecho de otros estados, se toman en cuenta los postulados de la Convención sobre los derechos del niño, aprobada por resolución 44/25 de la Asamblea General de las Naciones

Unidas de 20 de noviembre de 1989. Cuba la firmó el 26 de enero de 1990 y la ratificó el 21 de agosto de 1991. Refleja una visión nueva sobre los derechos de los niños y las niñas, ya que en esta son vistos como seres humanos dueños de sus propios derechos, como una persona, miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades ajustadas a su edad y madurez, así como la posición del Ministerio de Justicia en situaciones similares, y la que al respecto de dicha Convención ha asumido el Tribunal Supremo de Cuba.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se valora que el contexto jurídico cubano actual no es ajeno a la situación planteada y particularmente el notario, en tanto profesional del Derecho dotado de la fe pública, tiene a su alcance las herramientas técnicas necesarias para asumir la responsabilidad de dar forma jurídica a estas expresiones de voluntad de los menores de edad que requieran su intervención, tomando como punto de partida la formulación de un juicio cabal de capacidad acerca de tan singular compareciente, basado en valoraciones de diversa índole, (inteligencia, madurez, discernimiento) incluso con la ineludible asistencia de los padres con patria potestad y participación del Ministerio Fiscal, garantizando en todo caso el apego a la legalidad, la seguridad jurídica y el respeto por los derechos civiles y fundamentales de las personas.

Esta incuestionable realidad impone que se torne necesario adoptar una nueva visión en torno a concederles un cabal reconocimiento legal de los derechos que les asisten a los menores de edad a participar en sus propias decisiones personales y familiares, admitiendo el principio de autonomía progresiva que reconoce la referida Convención.

Desarrollo

I. La edad como circunstancia modificativa de la capacidad de obrar.

La edad es la más relevante circunstancia que influye sobre la capacidad de obrar. En la actualidad, para realizar cualquier acto o negocio jurídico, como los contratos, se tiene muy en cuenta la edad de los intervinientes en los mismos y sólo después de verificada ésta se procede a examinar otros elementos como la legitimación o poder de disposición, asimismo en otros actos jurídicos no contractuales como el matrimonio, el testamento y el reconocimiento de hijos por sólo citar algunos.

Para Castán Tobeñas (1988) existen otras como: circunstancias personales (sexo, edad, enfermedad, prodigalidad, condena penal, concurso, quiebra, circunstancias derivadas de vínculos sociales permanentes que crean estados civiles (ciudadanía, regionalidad, parentesco), que no constituyen estados civiles (religión) y circunstancias derivadas de la relación de las personas con un lugar determinado: (residencia, ausencia).

La capacidad de obrar es, la aptitud para ejercitar relaciones jurídicas. Es dinámica y concreta, va más allá de la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas, sino que alcanza la de actuar válidamente por sí en derecho. No es uniforme, es variable y admite graduaciones.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos, para no absolutizar, como en el cubano, la edad, determina la capacidad de los sujetos a la hora de realizar un acto jurídico, es por ello que se hace loable la distinción de los tres estadios clásicos de la misma: mayoría de edad, minoridad o menor edad y emancipación.

2.1. La mayoría de edad

La mayoría de edad representa la plena capacidad de obrar. El ciudadano cubano, *según el artículo 29.1.a)*, del Código Civil cubano, mayor de dieciocho años es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo que en la ley se establezca alguna disposición en contra.

En la república argentina en el Art. 128 del Código Civil, se expresa que: “Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores”. El Art 18 del Código Civil venezolano fija la mayoría de edad a los 18 años, al igual que en México, Perú, España, entre otros, artículos 646 del Código Civil mexicano, 42 del Código Civil peruano, 315 del Código Civil español. Por su parte el artículo 36 del Código Civil del Paraguay establece que se reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido 20 años de edad y no haya sido declarado incapaz judicialmente.

Significa asimismo, la extinción de la patria potestad o de la tutela en su caso, según el artículo 160, apartado primero del Código de Familia cubano; se adquiere la plenitud de derechos tanto en la esfera personal como en la patrimonial, con la consiguiente responsabilidad patrimonial universal que de ello se deriva, lo que trae como consecuencia la validez y eficacia plena de todos los actos realizados por el mayor de edad y además, su posibilidad de actuar por sí, sin necesidad de complemento alguno de capacidad. Todo ello se entiende salvo en los casos de incapacitación judicial y aquellos otros en que la ley pudiera exigir una capacidad especial.

2.2. La emancipación

La emancipación, por su parte, existe entre el estado de mayor edad y el de menor edad, la cual amplía considerablemente la capacidad de obrar del menor emancipado, y supone la desaparición de la representación legal (patria potestad o tutela) y su sustitución, cuando es preciso, por un sistema de complemento de capacidad.

No es relevante, para este trabajo, el estudio del arribo a la mayor edad como causal de emancipación, ya que interesa tan sólo aquel que la configura como circunstancia modificativa de la capacidad de obrar.

En Cuba, el emancipado adquiere plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos, artículo 29.1.b) del Código Civil cubano, por lo que no se establecen restricciones al obrar de éstos y pueden conducirse como si hubiesen arribado a la mayor edad.

La emancipación puede provenir de diversas fuentes, según el sujeto del que emane la voluntad emancipadora y las circunstancias que la determinen, o sea, pudiera ser por concesión judicial, ya sea del hijo de familia (menor) o del tutelado; por vida independiente, por matrimonio y por concesión de quienes ejercen la patria potestad.

En la legislación ecuatoriana por ejemplo se enumeran taxativamente, en el artículo 326 del Código Civil. Mientras que en el Código Civil Español en el artículo 319 dice que “Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrían revocar este consentimiento”.

Cuba opera solamente la emancipación por matrimonio del menor, siempre que la hembra tenga 14 años cumplidos y el varón 16 años cumplidos, mediando una autorización especial tal y como establece el artículo 3 del Código de Familia. Esta autorización para contraer matrimonio deberá acreditarse al solicitar la formalización del mismo por medio de documento notarial o por comparecencia de la persona que debe otorgarla ante el funcionario autorizado para la formalización, según el artículo 61 de la Ley 51/1985 “Del Registro del Estado Civil”.

Por otra parte el artículo 319 del Código Civil español establece que “Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro”

La emancipación, desde su concepción en los distintos cuerpos normativos del orbe, ha constituido presupuesto incuestionable de la existencia de una capacidad progresiva en el menor, al punto de que se extingue con su concesión la patria potestad y se acerca ese menor de edad a la situación del mayor de edad como en ningún otro caso.

A diferencia de Cuba en la que el menor de edad emancipado adquiere plena capacidad para ejercer los derechos y realizar actos jurídicos, en otros ordenamientos, se establecen limitaciones como lo establecido en el artículo 323 del Código Civil español, “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.”. En los artículos 134 y 135 del Código Civil argentino “Los emancipados no pueden ni con autorización judicial: Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; afianzar obligaciones. Los

emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad. lo cual obedece a la necesaria protección de su patrimonio de su posible actuar inconsecuente debido a su edad y a la posible madurez incompleta que pueda acompañar esta.

2.3. La minoridad.

La menor edad o minoridad, por su parte, constituye un estado civil diferente de la mayoría de edad y de la emancipación. El menor de edad, se encuentra sujeto a la patria potestad o a la tutela en aquellos supuestos en que ambos padres han fallecido o han sido privados o suspendidos del ejercicio de la patria potestad, lo que hace necesario la designación de un representante legal, artículo 138 del Código de Familia cubano.

El menor tiene capacidad, aunque limitada. Por lo que se exige un mecanismo de protección (patria potestad o tutela) que abarque tanto la esfera personal como la patrimonial. Con estas medidas de protección se trata de conciliar dos principios básicos: el respeto y potenciamiento de la personalidad del menor y la necesidad de mecanismos que compensen su falta de entendimiento y voluntad (De Castro, 1952; Valdés, 2006).

La legislación cubana en los artículos 30 y 31 del Código Civil cubano, ha establecido que los menores de 10 años de edad carecen de capacidad para realizar actos jurídicos y los que han cumplido 10 años de nacidos la tienen restringida, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, los que pueden disponer del estipendio que les ha sido asignado y cuando alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo.

2.3.1 Actuación *per se* del menor.

Es apreciable que en Cuba, se les reconoce a los menores de edad entre 10 y 18 años posibilidades de actuación. No obstante, se ofrece una fórmula genérica que no define los actos jurídicos que podrá ejercer personalmente éste, a partir de los diez años de edad; lo que, en la *praxis*, pudiera generar interpretaciones diversas al respecto, lo cual valiera replantearse, en aras de la necesaria seguridad jurídica que en el ámbito jurídico familiar, más que en cualquier otro, se está llamada a garantizar.

En España, por su parte, los menores de edad no emancipados, son representados por los padres que ostenten la patria potestad, excepto, en los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo, artículo 162 del Código Civil español.

La defensa de los menores de edad, se plantea como una cuestión de primer orden y debe tener reflejo en todo el ordenamiento jurídico. Los padres, en principio, de forma conjunta,

son los representantes de sus hijos menores de edad no emancipados, representación que le es inherente al ejercicio de la patria potestad, titularidad que ostentan sobre éstos, comprendiéndose dentro de la misma, la protección a sus derechos; constituye muy especialmente un deber y se encuentra expresamente determinada en ley, por lo que se clasifica como legal. Como consecuencia de ella se sustituye al hijo y son los representantes quienes forman su propia voluntad, la que emiten con efectos para su representado, a quien no solamente remplazan, sino que son los únicos que pueden actuar en su nombre al tener éste, limitada su capacidad de actuar por sí mismo.

La representación que ejercen los padres sobre el menor no emancipado, no alcanza a la realización de actos personalísimos. Algunos autores en doctrina civil opinan que los actos relativos a los derechos personalísimos quedan excluidos del ámbito de representación (Díez-Picazo y Gullón, 1979; Montejo, 2015).

Los derechos personales de familia, como derechos inherentes a la personalidad, se atribuyen a la persona como consecuencia de su situación dentro de las relaciones de naturaleza familiar. Son derechos estrictamente unidos a la persona de su titular, son extra-patrimoniales, irrenunciables, intransmisibles y esenciales, a los no quedan excluidos de su titularidad, los menores, máxime si se trata de adolescentes púberes, quienes ostentan la posibilidad o capacidad natural de procrear (Cañizares, 1970; Fernández, 2002; Valdés et al., 2005).

Visto lo anterior y a la luz de la legislación cubana, los menores de edad, no emancipados, no pueden realizar actos jurídicos por sí mismos, ni siquiera los relacionados con los derechos inherentes a su personalidad, como derechos fundamentales, específicamente los familiares. En éstos tampoco pueden hacerse representar de sus padres, pues hasta ellos no se extiende la representación legal, lo cual lleva al cuestionamiento inevitable de no pocos juristas cubanos. ¿Cómo resolver estas lagunas generadoras, en consecuencia, de conflictos legales?

Pudiera hablarse de una capacidad general del menor dentro de cuyo ámbito puede actuar por sí mismo, ya que existen actos o negocios que realiza, respecto de los cuales no surge el problema de su validez y eficacia, por ejemplo la compra de caramelos o confituras. En este sentido cabe preguntarse: ¿hasta dónde se extiende esta capacidad? Son esencialmente las condiciones de madurez las que sientan las pautas para determinar cuándo el menor puede actuar eficazmente en derecho, atendiendo a sus condiciones personales en relación directa con la naturaleza del acto o negocio jurídico. Al respecto JORDANO FRAGA considera que existe un dogma generalizado en torno al binomio capacidad/incapacidad en relación con los menores de edad, analizando la capacidad que debe ser reconocida a éstos (Fraga, 1984; Pérez, 2011).

En un menor de edad, la capacidad de ejercicio o de obrar, puede ampliarse, teniendo en cuenta la evolución de su capacidad cognoscitiva, su inteligencia, voluntad y discernimiento, que le posibiliten comprender los efectos jurídicos y el alcance de sus

actos, transitando entonces por las tres situaciones progresivas y ascendentes que comienzan con su nacimiento y culminan con el arribo a su mayoría de edad, o sea, la carencia total de capacidad, la posesión parcial de capacidad o capacidad restringida o limitada y el goce total o pleno de la capacidad.

La evolución cognoscitiva o de discernimiento en el menor, entendida como la aptitud que va ostentando para actuar por sí mismo en derecho, en la medida en que va adquiriendo madurez, es lo que se hace llamar como la capacidad progresiva del menor de edad, la que, mientras mayor se aprecie, mayor deberá ser la autonomía que debe reconocérsele en el ejercicio de sus derechos y la realización de actos jurídicos.

Partiendo de lo anteriormente expuesto y analizando que la edad, circunstancia modificativa de la capacidad de obrar, lo es y seguirá siendo, es criterio de esta autora que debería unírsele otra circunstancia que, aunque no ha sido esbozada por Castán como tal (1988), sí determina la posibilidad que tienen los menores no emancipados, de ejercitar inequívocamente sus derechos y participar activamente en los actos jurídicos en los que intervengan, compareciendo personalmente como sujetos de hecho y de derecho, de acuerdo a su verdadera y consiente voluntad, fundamentalmente en los de índole personal y familiar; esta es sin dudas, la capacidad progresiva. De ahí, el valor jurídico de la madurez o capacidad psicológica de autogobierno personal en la determinación de la capacidad de obrar de la persona.

Este principio de capacidad o autonomía progresiva de niños y niñas, ha sido reconocido en la Convención de los Derechos del Niño, la que propugna la autonomía de los menores para ejercer los derechos reconocidos por ésta, en consonancia con la evolución de sus facultades, discernimiento y madurez, para lo cual deben ser dirigidos y orientados apropiadamente por los encargados legalmente de éstos, artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

La realidad cubana actual en la aplicación y valoración de la autonomía de los menores para el ejercicio de sus derechos personales, especialmente el reconocimiento de filiación.

La ratificación por parte del Estado cubano de la Convención de los Derechos del Niño, la convierten en una norma de aplicación en el territorio nacional, lo vinculan, en defensa de éstos, con el reconocimiento de una amplia gama de derechos y obligaciones que debe asumir la legislación interna, considerando especialmente al menor, como sujeto de derechos y libertades, con capacidad para tomar decisiones en los asuntos que afecte a su persona (Velazco, 2008).

En Cuba es reconocido ampliamente el principio general de protección integral al niño en la política social. En este sentido, muchos pudieran ser los ejemplos que ilustren esta aseveración, no obstante no ser objeto de análisis de este trabajo, solamente es dable recordar que el nivel educacional e instructivo de los niños y adolescentes cubanos, diseñado y enfocado en transmitir conocimientos fomentando el razonamiento lógico y no su simple reproducción, constituye una de las principales prioridades, tanto dentro de las propias escuelas como fuera de éstas, ya que el Sistema Nacional de Educación de la República de Cuba está concebido como un conjunto de subsistemas orgánicamente articulados en todos los niveles y tipos de enseñanza, dada la prioridad concedida por el gobierno revolucionario cubano a la educación integral de los menores.

Si bien, nadie duda de la veracidad de lo anteriormente expuesto, al menos aquellos lectores que hayan visitado y palpado la realidad cubana en el ámbito social y cultural de las personas, es innegable que el sistema legislativo en la isla se ha quedado a la zaga de los cambios que la realidad y el mandato de la Convención de los Derechos del Niño, requieren.

Desde el punto de vista doctrinal, se aprecia la convicción de su necesidad, existen investigaciones acerca del tema, y otros relacionados con éste, tales como los desarrollados por la mayoría de los autores que se citan en este trabajo.

En orden de Derechos fundamentales, la Constitución de la República de Cuba, en el artículo 38 dispone y se cita “Los padres tienen el deber de dar alimentos a sus hijos y asistirlos en la defensa de sus legítimos intereses...”

Por su parte existe una necesaria e inminente modificación legislativa cubana. El Código de Familia particularmente, de cuyo anteproyecto se aprecia que promueve la activa interacción de los niños en la vida en sociedad, visto en el artículo 116 del Anteproyecto del Código de Familia cubano, en su versión del 26 de mayo de 2008, evoca la primacía el interés superior del niño y niña, sea cual fuere la situación en que se encuentre(n) y pretende establecer de forma puntual los derechos que tendrían los menores no emancipados, los que de manera conjunta y explícita contempla, como son el derecho a ser atendidos y amados por su madre y padre, a vivir junto a ellos, a recibir alimentos, asistencia sanitaria y educación, al descanso y esparcimiento, al juego y las actividades recreativas y culturales; a ser protegidos de toda forma de violencia física y psíquica, maltrato, explotación o abuso sexual, descuido o trato negligente; a participar activamente en la vida familiar y social, a que sean escuchadas sus opiniones, a defender sus criterios, a recibir razonamientos y argumentos que puedan convencerlos, incluso en los momentos de toma de decisiones; a tener un nombre y una nacionalidad, a preservar su identidad y relaciones familiares.

El anteproyecto, en cuanto a las relaciones familiares de los menores, ha introducido novedades a la realidad jurídica cubana en el artículo 86 plantea que para reconocer un hijo

o hija basta la capacidad natural para haberlo engendrado mientras que en el 122 se recoge que los menores de edad ejercen la patria potestad sobre sus hijos e hijas asistidos por su madre y padre, y a falta de ambos, por su tutor. Cuando exista desacuerdo entre estos, los menores de edad pueden acudir al tribunal para que éste dirima el conflicto y resuelva lo procedente.

De innegable se tildaría la aseveración de que, una vez puesto en vigor el nuevo Código de Familia cubano, en correspondencia con el anteproyecto, entes enunciado, se desvanecería el objetivo originario de este artículo, dando paso a otros o investigaciones, que de igual o mayor envergadura, llevarían a cuestionarse conceptos tales como el de *la capacidad natural para la procreación*, que enarbola el anteproyecto, como presupuesto único, de capacidad para reconocimiento de filiación.

No obstante, a lo referido anteriormente, en la realidad cubana de hoy, hasta tanto no manen las modificaciones legislativas en orden familiar que viene pretendiéndose hace varios años, existe una verdadera desprotección legal al menor de edad, padre soltero, el que se encuentra imposibilitado de hecho y de derecho de reconocer a sus propios hijos.

El reconocimiento de filiación, visto como derecho personalísimo de índole familiar, solo puede ser ejercido por quien ostente la condición de padre, no admite representación para la realización de este, como acto jurídico primigenio para el despliegue de la titularidad y el consiguiente ejercicio de la patria potestad.

De tal suerte el Tribunal Supremo Popular ha dado pasos de avance, y se constata por ejemplo en la Instrucción No. 216 de 17 de mayo de 2012, sobre la cual, ha manifestado la Dra. Montejo Rivero (2015), con lo que se concuerda ya que expresa que así, los tribunales ponderan los intereses sociales e individuales, y velan por el necesario equilibrio entre derechos, deberes y garantías del menor. Con adecuado tino y conforme a las nociones de desarrollo evolutivo y participación de niños, niñas y adolescentes previstos en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el tribunal aprecia su voluntad en función de la capacidad progresiva.

3.1. Reconocimiento de filiación y su instrumentación.

3.1.1. Reconocimiento de filiación.

El deber de reconocimiento de filiación surge de la ley de la naturaleza, de los dictados de la moral y de las prescripciones de la ley escrita. Este deber jurídicamente hablando, en ocasiones no se cumple en todos los supuestos, es por ello que suele tradicionalmente, hablarse de reconocimiento voluntario y forzoso.

El reconocimiento voluntario tiene lugar cuando el padre o la madre, realizan acciones tendentes a ese fin ya sean entre otras, hacer constar en el Registro del Estado Civil o en

documento público que han tenido un hijo, o no negar la paternidad declarada por el otro progenitor y el reconocimiento forzoso que se manifiesta cuando, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los progenitores, de acuerdo a los requerimiento que la normativa establece.

El reconocimiento voluntario, el que se ha estado valorando en todo este artículo, constituye sin lugar a dudas, un acto jurídico proveniente de la voluntad de quien lo realiza y que obra con total conocimiento de causa. Crea una relación jurídica que convierte al otorgante en titular del derecho-deber de la patria potestad, a partir de ella y de los ineludibles presupuestos que se requieren para el asiento registral.

Según la legislación familista cubana, artículo 85, del Código de Familia cubano, la patria potestad comprende un conjunto de deberes y derechos para los padres, quienes deben tener a sus hijos bajo su guarda y cuidado; esforzarse para que tengan una habitación estable y una alimentación adecuada; cuidar de su salud y aseo personal; proporcionarle los medios recreativos propios para su edad que estén dentro de sus posibilidades; darles la debida protección; velar por su buena conducta y cooperación las autoridades correspondientes para superar cualquier situación o medio ambiental que influya o pueda influir desfavorablemente en su formación y desarrollo; deberán atender la educación de sus hijos, inculcarles el amor al estudio; cuidar de su asistencia al centro educacional donde estuvieren matriculados; velar por su adecuada superación técnica, científica y cultural con arreglo a sus aptitudes y vocación y a los requerimientos del desarrollo del país y colaborar con las autoridades educacionales en los planes y actividades escolares.

Deben además dirigir la formación de sus hijos para la vida social; inculcarles el amor a la patria, el respeto a sus símbolos y la debida estimación a sus valores, el espíritu internacionalista, las normas de la convivencia y de la moral socialista y el respeto a los bienes patrimoniales de la sociedad y a los bienes y derechos personales de los demás; inspirarles con su actitud y con su trato el respeto que les deben y enseñarles a respetar a las autoridades, a sus maestros y a las demás personas;

En otro sentido estañen la obligación de administrar y cuidar los bienes de sus hijos con la mayor diligencia; velar porque sus hijos usen y disfruten adecuadamente los bienes que le pertenezcan; y no enajenar, permutar ni ceder dichos bienes, sino en interés de los propios menores y cumpliendo los requisitos que en este Código se establecen;

Otro de los deberes que trae aparejado el ejercicio de la patria potestad por los padres, lo constituye el de representar a sus hijos en todos los actos y negocios jurídicos en que tengan interés; completar su personalidad en aquéllos para los que se requiera la plena capacidad de obrar; ejercitar oportuna y debidamente las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes.

3.1.2. Reconocimiento ante el Registro del Estado Civil.

El reconocimiento de filiación en Cuba, ya sea realizado directamente ante el Registrador del Estado Civil o por medio de documento público, o sea, por el otorgamiento del instrumento notarial, se inscribe en la sección de nacimiento, en el asiento correspondiente al menor reconocido y la filiación solo se probará con la certificación de la inscripción, expedida conforme a las formalidades establecidas en el artículo 55 de la ley 51 de 1985 de 15 de julio “Del Registro del Estado Civil”.

El reconocimiento de filiación que ante el Registrador del Estado Civil se realiza, por parte de los padres no unidos en matrimonio formalizado o reconocido judicialmente, ostenta su apoyatura legal en los artículos del 47 al 54 de la antes mencionada Ley.

Las personas que a tal reconocimiento comparezcan ante el registrador, no deben estar inmersos en las causales de que establece el artículo 61 del Reglamento de la Ley del Registro del Estado Civil, o sea, la Resolución 249 de 2015 de primero de diciembre, dictada por la Ministra de Justicia y que plantea que son incapaces para comparecer en los actos que autoriza el registrador los menores de 18 años de edad, excepto en los casos que la Ley lo autorice.

Es dable destacar este particular, tomando en consideración esta preceptiva del reglamento registral, ya que no le permite, bajo la legislación familista actual, la comparecencia del menor no emancipado, padre soltero, para efectuar el reconocimiento de su hijo, valga resaltar además, en este sentido que la resolución 157 de 1985, derogada por la supramentada, disponía exactamente las mismas regulaciones al respecto.

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto se colige, que ante el funcionario a cargo del Registro del Estado Civil, no les posible al menor no emancipado manifestar su aquiescencia o denegación en cuanto a la asunción de la condición de padre de un menor, ni siquiera debiera considerarse el procedimiento que al efecto establece la ley registral en su artículo 48 y siguientes, debiéndose por parte del registrador, aun y cuando no se encuentre expresamente regulado en su normativa, practicar la inscripción sin consignar la paternidad, sin perjuicio del derecho que se tenga de reclamar (al cesar la causal de incapacidad) de conformidad con lo establecido en la ley, teniendo en cuenta, que quien será requerido(a) para la aceptación o denegación de la paternidad o maternidad en su caso, está incapacitado legalmente para comparecer ante el Registrador del Estado Civil y por tanto la voluntad que verterá, -voluntad que tiene que solamente ser suya, como acto personalísimo-, pudiera ser equivocada y por ende encontrarse el acto del reconocimiento en causal de nulidad prevista en el artículo 67.b del vigente Código Civil cubano, Son nulos los actos jurídicos realizados:... por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica...

3.1.3. Reconocimiento ante Notario.

El reconocimiento de filiación que ante el Notario se otorga, responde a la regulación contenida en los artículos 49, 51 y 52 de la ley registral. Regulándose en el primero de éstos

que el padre que se encuentre impedido de comparecer ante el registrador, *por justa causa*, podrá, mediante documento público, acepta o negar la paternidad.

¿Qué circunstancias pudieran catalogarse como *justa causa*? No es esencia en estas líneas, el cuestionamiento que debiera hacerse de la norma registral al respecto de que, la imposibilidad de comparecencia del padre al reconocimiento ante el registrador debiera supeditarse a causal calificada. Lo cierto es que, en la *praxis* cubana, son requeridos los servicios notariales, para estos actos, fundamentalmente por reclusión del padre en centros penitenciarios y salida del territorio nacional, no obstante no debieran excluirse otros como el ingreso hospitalario y la residencia en otras localidades del país.

El documento idóneo en que se instrumenta la manifestación de voluntad del progenitor, en estos casos, es una Escritura, calificada como Reconocimiento de Paternidad o Reconocimiento de Filiación. No obstante, pudiera instrumentarse como parte de una Escritura de Testamento, en su contenido atípico no patrimonialista, por medio del cual, en la mayoría de los casos, el testador, con conocimiento o previsión de la inminencia de su muerte, reconoce como suyo al hijo concebido, el cual probablemente no verá nacer, o en otros casos menos comunes se realiza con otras proyecciones.

En uno o en otro instrumento, será una escritura pública, la que, que por su esencia contiene el acto jurídico voluntario del progenitor quien ha sido debidamente asesorado por el funcionario fedante del alcance de su manifestación de voluntad y los efectos jurídicos de dimanar de ésta.

Dentro de los Principios del Derecho Notarial cubano, inserto éste en el Sistema Notarial Latino, se encuentra el asesoramiento, función docente que desempeña el notario, teniendo en cuenta la cualidad de profesional del derecho, habilitado como funcionario público por el Ministerio de Justicia, por lo cual, debe poseer vastos conocimientos, no solamente de la normas notariales sino el sistema jurídico en general.

Los Notarios “...tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar” (Corzo, 1996; Tamayo, 2001; Pérez, 2006).

En este sentido y obviamente excluyendo al reconocimiento *post mortem*, el compareciente a la Escritura de Reconocimiento de Filiación, debidamente asesorado, conocerá de sus derechos y obligaciones dimanantes del acto realizado y en consecuencia el ineludible e indelegable cumplimiento de éstos últimos.

El Notario, en cumplimiento de todas las funciones atribuidas, velará entre otros aspectos, que el hijo que se pretende reconocer, no haya sido reconocido por otra persona además del otro progenitor y que el compareciente ostente la capacidad de obrar requerida para el otorgamiento del acto pretendido.

Es en este último aspecto donde nace la controversia que se expone y que se está aclamando a flexibilizar atendiendo a los razonamientos que se esbozan, llamando la atención en las siguientes interrogantes.

¿Podiera comparecer ante Notario un menor de edad para el otorgamiento de estos actos?

¿Debiera comparecer ante Notario el menor de edad asistido por sus padres?

¿Debiera comparecer ante Notario el menor de edad asistido por sus padres, mediando Dictamen del Ministerio Fiscal, en sentido favorable al reconocimiento que se pretende?

Es dable recordar que el Notario se apoya en los asuntos que se consideren atinados del Dictamen del Fiscal, en tanto se le relacionen a Divorcios Notariales o Declaratorias de Herederos, Decreto-Ley Número 154 de 6 de septiembre de 1994 “Del Divorcio Notarial”, art. 5 en relación con el 372 de la Ley de Procedimiento Civil Administrativo Laboral y Económico. Resolución 70 de 1992 de 9 de junio Ministerio de Justicia “Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales”, artículo 106, de cuya procedencia pende la autorización notarial del acto de que se trate.

Los órganos de la Fiscalía General de la República están facultados para realizar, a través del Fiscal designado, las funciones relacionadas con el control y preservación de la legalidad en la atención a los menores, Ley 83 de 1997, de 11 de julio. De la Fiscalía General de la República. artículos 25.1, 25.2.e), por lo que pudiera, en este sentido, dictaminarse por parte de ésta, téngase en cuenta que se trata de la capacidad progresiva del menor, la posibilidad de haber engendrado al hijo que pretende reconocerse y el propio acto de reconocimiento para cuya formalización no tiene la capacidad legal suficiente.

3.1.4. Posición de la Dirección Nacional de Notarias y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de la República de Cuba.

En cuanto a la labor Notarial y la posible actuación en estos casos no se ha pronunciado expresamente la Dirección Nacional de Notarias y Registros Civiles del Ministerio de Justicia de la República de Cuba, no obstante ha tenido una posición verdaderamente avanzada en otro supuesto similar y de importancia igualmente crucial dentro del Derecho de Familia cubano. Se manifiesta en el Dictamen 4 de 28 de marzo de 2014, en el que analiza y orienta acerca de viabilidad que una madre soltera menor de edad otorgue ante Notario Escritura de Autorización, para la obtención de pasaporte y posterior viaje de su menor hijo, reconocido legalmente solo por ella, debiendo los progenitores de ésta, asistirle en el acto y completar el ejercicio de su capacidad de obrar, como padres en ejercicio de la patria potestad.

El fundamento del dictamen recae, acertadamente, en el ejercicio de la patria potestad por parte de los padres de la menor madre soltera, no solo comprende la representación de ésta en todos los actos y negocios jurídicos en que tenga interés; el ejercicio oportuno y debido

de todas las acciones que en derecho correspondan a fin de defender sus intereses y bienes; sino también completar el ejercicio de la capacidad de obrar en aquéllos actos para los que se requiera plena capacidad y que en este caso, tiene restringida su capacidad debido a la edad, pero no en cuanto al ejercicio del derecho personalísimo derivado de la patria potestad con respecto a su hijo menor.

Es dable en este sentido que la DNRC, ha dado un paso de avance en aras de anteponer el ejercicio de los derechos personalísimos de familia ante la carencia de la plena capacidad de obrar.

Visto lo anterior y haciendo una analogía en el tema que se ha abordado, existe situación similar de ejercicio de derechos de familia, aunque lo que se pretende en el Reconocimiento de Filiación no es el ejercicio de un derecho ya atribuido al padre, sino el ejercicio de un derecho para constituir la filiación y consecuentemente la titularidad de la patria potestad, con todas las funciones inherentes a ésta.

Por ello es que, a pesar de estar conteste con la posición adoptada por la DNRC, es que se colige que en el acto de Reconocimiento no debiera prescindirse del Dictamen Favorable del Fiscal, en su función veladora de la legalidad.

El Notario debe velar, conjuntamente con el Ministerio Fiscal, que la posible capacidad progresiva del menor, reconocida en la Convención de los Derechos del Niño, lo hagan verdaderamente capaz de: en primer lugar y muy significativo el hecho de manifestar inequívocamente acerca de la real posibilidad de haber engendrado al hijo que pretende reconocer como suyo, entender y acatar la responsabilidad que entraña la filiación y los deberes y derechos de la patria potestad.

Conclusiones

En el ordenamiento civil cubano se reconoce la capacidad restringida para realizar actos jurídicos por los menores de edad, pero el límite de actuación impuesto atenta contra el reconocimiento de la capacidad progresiva.

La capacidad progresiva, por el valor jurídico de la madurez o capacidad psicológica de autogobierno personal, debe ser asumida como circunstancia modificativa de la capacidad de obrar.

En Cuba, de acuerdo a la perspectiva convencional, doctrinal y jurisprudencial, el menor de edad, con capacidad progresiva y libre discernimiento, pudiera comparecer ante Notario Público, con el objetivo de ejercitar sus derechos personales de familia, como es el otorgamiento del acto jurídico de Reconocimiento de Filiación, con la ineludible asistencia de sus padres y el dictamen favorable del fiscal.

Bibliografía

CAÑIZARES ABELEDO, F. La Teoría del Estado y del Derecho. La Habana: Editorial de la UH. 1970.

CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil español, común y foral. Tomo III. Madrid: Editorial Reus, 1988. p. 507.

CORZO GONZÁLEZ, L. J. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, R. Principios del Derecho Notarial Cubano. 1996.

DE CASTRO y BRAVO, F., Derecho Civil de España. Tomo II, Parte Primera. Madrid, 1952.

DÍEZ-PICAZO, L. La representación en Derecho Privado. Civitas, Madrid, 1979, p. 91.

FERNÁNDEZ BULTÉ, J., Teoría del Estado y el Derecho, Ciencias Jurídicas. La Habana: Editorial Félix Varela. 2002, p. 148.

FRAGA, J. La capacidad general del menor. Revista de Derecho Privado, Madrid, octubre, 1984.

MONTEJO RIVERO, J. La capacidad progresiva de adolescentes progenitores solteros para el reconocimiento de hijos y sus efectos, especial referencia al ejercicio de la Patria Potestad, tesis presentada en opción al grado científico de Doctora en Ciencias Jurídicas. La Habana. 2015.

PÉREZ GALLARDO, L. B., LORA – TAMAYO RODRÍGUEZ, I., et all. Derecho Notarial. Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, T I. p.9.

PÉREZ RIPOLL, A. El Principio de Autonomía Progresiva de los Menores de Edad y su Proyección en el Ordenamiento Jurídico cubano. Tesis presentada en opción al título de Master en Derecho de Familia. La Habana. 2011.

TAMAYO CLARES, M. Temas de Derecho Notarial, Quinta edición, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, 2001, pág. 16.

VALDÉS DÍAZ, C. del C. et al. La relación jurídica civil, Derecho Civil. Parte General. La Habana: Editorial Félix Varela. 2006.

VALDÉS DÍAZ, C. del C. Requisitos del Contrato. En OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY DE LA C. (compiladora), Derecho de Contratos. Teoría General del Contrato, t. I, Editorial Félix Varela, La Habana, 2006, p. 64.

VELAZCO MUGARRA, M. P. La guarda y cuidado de los menores sujetos a la patria potestad. La Habana: Editorial ONBC. 2008. p. 93.



CD Monografías 2019
(c) 2019, Universidad de Matanzas
ISBN: