

La capacidad jurídica del menor de edad y el Dictamen No. 4/2014 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles*

*The legal capacity of minors and
the Opinion #4/2014 of the Directorate
of Notaries and Civil Registers*

Pedro Luis Landestoy Mendez**

RESUMEN

El Dictamen 4/2014 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles del Ministerio de Justicia permite a un menor de edad otorgar una escritura ante notario. Este hecho nos obliga a releer los artículos que regulan la capacidad jurídica del menor de edad y cuestionarnos el contenido de esta, su naturaleza y sus alcances.

PALABRAS CLAVE: *Capacidad jurídica, menor de edad, juicio notarial de capacidad, patria potestad asistencial.*

ABSTRACT

The Dictum 4/2014 of the Directorate of Notaries and Civil Registers of the Ministry of Justice allows a minor to execute a deed before a notary. This fact compels us to re-read the articles regulating the legal capacity of a minor and to question its content, nature and scope.

KEY WORDS: *Legal capacity, minor, care, notarial judicial capacity, parental authority.*

* Recibido: 13 de abril de 2015. Aceptado: 25 de mayo de 2015.

** Notario en la ciudad de La Habana, Cuba. (pllandestoy@gmail.com)

SUMARIO

1. La novedad del Dictamen No. 4/2014
2. El matrimonio del menor y la emancipación
3. La capacidad restringida y la emancipación
4. La patria potestad asistencial
5. Ámbito de aplicación del dictamen
6. Consideraciones *ad finem*

1. La novedad del Dictamen No. 4/2014

El derecho cubano, puede decirse, tiene una de las regulaciones más avanzadas en materia de capacidad jurídica: reconoce un estatus intermedio llamado capacidad restringida.¹ Concede al matrimonio del menor la adquisición de la plena capacidad de obrar,² reconoce la patria potestad asistencial³ y hasta la figura de la tutela flexible.⁴

En contraste con esa realidad, la práctica cubana sigue anquilosada en los conceptos más tradicionales y virtualiza todas estas instituciones al no ponerlas en práctica. El ejercicio de la capacidad es hoy, a 26 años de la entrada en vigor del nuevo Código Civil, una cuestión maniquea del todo o nada, realidad común en menores y discapacitados, aunque en estos últimos es aún peor.

En este contexto se aprueba el Dictamen No. 4 de 2014, el cual saca a la luz una reflexión totalmente nueva al rescatar de su virtualidad todas las novedosas instituciones. Osa citar artículos que parecían olvidados por la práctica, e incluso por la doctrina, jurídica cubana.

Aunque pueda pecar de absoluto, creo que el Código de Familia, al regular el matrimonio del menor de edad, constituye el primer texto normativo⁵ que permite a un menor de edad soltero realizar *per se* un acto jurídico⁶ sin necesidad de una representación legal que anule su voluntad por el principio de heteronomía. Esto en circunscripción de los postulados más avanzados para

¹ Cfr. artículo 30 del Código Civil.

² Cfr. artículo 29 inciso *b* del Código Civil.

³ Cfr. artículo 85.5 del Código de Familia.

⁴ Cfr. artículo 151 del Código de Familia.

⁵ Aunque los dictámenes de la DNRC no tienen carácter de norma jurídica, su obligatoriedad para los notarios (Cfr. art. de la LNE) y su carácter programático me inducen a tratarlo como un texto normativo si bien no como una norma jurídica.

⁶ Si bien la Instrucción No. 187/2007 del Tribunal Supremo Popular abre las puertas a la participación del menor de edad en el proceso, por medio de su escucha o exploración, creo que este acto procesal no puede compararse con la magnitud de una declaración autónoma de voluntad que produce efectos jurídicos.

concebir una capacidad progresiva del menor en concordancia con los artículos supracitados y la Convención de los Derechos del Niño.

Como era de esperarse, tal pronunciamiento de la DNRC ha sido sumamente comentado por el gremio, no sólo notarial sino jurídico en general; unas veces alabado, otras vituperado o polemizado.

Lo cierto es que su sanción obliga a una relectura de los estatus jurídicos por los cuales atraviesa la capacidad jurídica del menor, siempre en sede de capacidad para obrar o de ejercicio, pues la capacidad de derecho o goce es universal e ingraduable.

Así, el ordenamiento civil cubano permite que los menores de edad ostenten los tres estatus de capacidad, a saber, ejercicio pleno de la capacidad para los menores casados, divorciados o viudos, ejercicio restringido de la capacidad para los menores con 10 años cumplidos e incapacitación para los que no han arribado a esa edad.

2. El matrimonio del menor y la emancipación

El primero de estos estatus, el único selectivo y no generalizado, es la plena capacidad de obrar que puede ser adquirida por el menor de edad cuando contrae matrimonio. Ésta se mantiene incluso cuando el vínculo se disuelve por cualquier causa, excepto por nulidad. Así lo consagra el inciso *b* del artículo 29.1 del Código Civil, complementado con el apartado 3) del artículo 92 del Código de Familia, el cual establece que el matrimonio del menor es una de las causales de extinción de la patria potestad.

La doctrina cubana ha sostenido que estamos en presencia de una emancipación *matrimonialis causa*, si bien ha apuntado que se trata de una emancipación plena.⁷

Esta posición de la legislación cubana parece estar en plena concordancia con el derecho histórico y hasta con la naturaleza semántica de la institución de la emancipación, que la concibe como causa de extinción de la patria potestad.

El término emancipación procede de la voz latina *emancipatio*, que significa soltar de la mano, sacar de su poder. Así era considerada en Roma desde los tiempos prejustinianos. Señala Méndez Apenela que “la emancipación es, en época clásica, una forma especial de extinción de la *patria potestas* sobre alguno de los sometidos a ella, basada en una concesión del *pater familias*”.⁸

⁷ Véase DIAZ MAGRANS, MARÍA MILAGROSA. “La persona individual”, en Caridad del Carmen Valdés Díaz (Coord.), *Derecho Civil. Parte general*, Félix Varela, La Habana, 2006, p. 108.

VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN: “Comentarios al artículo 32”, en Leonardo B. Pérez Gallardo, *Comentarios al Código Civil cubano. Disposiciones preliminares, Libro I - Relación jurídica*, Félix Varela, La Habana, 2013, p. 485.

⁸ MÉNDEZ APENELA, EDUARDO. “Evolución histórica de la emancipación en el Derecho español”, en *Revista de Derecho Notarial*, No. 72, 1971, p. 421.

De esta manera, se siguió concibiendo durante todo el derecho romano e intermedio sin más variación que las formas y sujetos en quienes se aplicaba.

La emancipación por matrimonio viene, sin embargo, del derecho visigodo. La encontramos en el Código de Eurico, el cual faculta al hijo que contrae matrimonio para reclamar del padre la entrega, en pleno dominio, de dos terceras partes de sus *bona materna*. La norma de Eurico fue recogida después por el *Liber iudiciorum*.⁹

Pero, *a contrarii* de las conclusiones que se puedan extraer de esta situación, nunca la emancipación concedió al impúber la plena capacidad de obrar. Sostienen Colin y Capitant que la emancipación en Roma “no tenía, por lo tanto, influencia sobre la capacidad de aquel que era objeto de ella más que cuando éste era púber; el impúber emancipado continuaba siendo incapaz y quedaba bajo tutela”.¹⁰

Así, se desprende de los autores franceses que la emancipación poco influía en el estatus del menor de edad y sólo se concebía para que los mayores de edad se librasen del poder paterno, considerado como absoluto y eterno.

La emancipación nunca ha supuesto la adquisición de la plena capacidad para obrar del menor; siempre las legislaciones le imponen límites a su ejercicio. Al definir la institución, los autores franceses citados sostienen que “es un acto solemne o un beneficio de la ley que produce la consecuencia de libertar al menor de la patria potestad o de la tutela y de conferirle, con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, por lo demás limitada a la ‘pura administración’, en cuanto a su patrimonio”.¹¹ De Ruggiero sostiene que en la emancipación “la condición de capacidad es intermedia confiriéndose al emancipado la de obrar sólo para realizar aquellos actos que no excedan de la simple administración, mientras para todos los demás esa capacidad viene integrada por el curador o por el consejo de familia o de tutela”.¹² Estas posiciones doctrinales reflejaban lo regulado por sus respectivas leyes civiles, que además son dos de los principales códigos decimonónicos.¹³

Todo esto me hace concluir que el matrimonio del menor no es concebido por la legislación patria como una causal de emancipación, al menos no como

⁹ *Idem*, pp. 428-429.

¹⁰ COLIN, AMBROSIO y H. CAPITANT. *Curso elemental de Derecho Civil, Tomo Segundo, vol. I, Incapacidad civil-personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1923, p. 226.

¹¹ *Ibidem*. Señalan los autores (*loc. cit.*) como fuente de esta concepción más que a la *emancipatio* romana a la *venia ætatis*, la cual podía ser concedida a los varones a partir de los 20 años y a las mujeres a partir de los 18 (la mayoría de edad se alcanzaba a los 25 años) y les convertía “plenamente capaces”, salvo que no podían ni enajenar ni hipotecar sus inmuebles.

¹² RUGGIERO, ROBERTO. *Instituciones de Derecho Civil, vol. I, Introducción y parte general, derecho de las personas, derechos reales y posesión*, Reus, Madrid, 1929, p. 345.

¹³ Cfr. artículo 481 del *Code* y artículo 317 del *Código* de 1865.

se concibe en la doctrina y legislación foránea. El menor de edad que ha contraído matrimonio no tiene límites en el ejercicio de su capacidad jurídica. No hay acto que no pueda realizar por sí mismo, ni necesita de un régimen de complemento de su capacidad. Es así que encuentro más propicio considerarla una causal de adquisición de la plena capacidad de obrar junto con la edad.

3. La capacidad restringida y la emancipación

Eso no significa que la institución de la emancipación se ausente de nuestra legislación. Creo que tenemos una de las regulaciones más *sui generis* de la emancipación en el artículo 30 inciso *a* del Código Civil, el cual restringe el ejercicio de la capacidad jurídica a los menores de edad que hayan cumplido los 10 años.

Según Díez-Picazo y Gullón, la emancipación “atribuye al menor de edad un estado civil propio, distinto al de la mayoría de edad”, a lo cual se debería añadir: distinto también al del menor no emancipado. Es decir, la emancipación consiste en un estado de la capacidad de obrar independiente y distinto de los extremos incapacidad/plena capacidad. ¿Corresponde esta concepción con el ejercicio restringido de la capacidad del artículo 30?

Valdés Díaz define a la capacidad restringida como:

una limitación parcial de la capacidad de obrar, en la que se establece como presunción que la persona tiene aptitud para el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones sin intervención de terceros y al mismo tiempo estará imposibilitada de actuar por sí en otros actos jurídicos, para los que requerirá el auxilio de otra persona. La ley otorga a los sujetos en este caso una condición especial, que les permite un ámbito limitado de actuación.¹⁴

De esta definición puede desprenderse la visión de la doctrina cubana: la capacidad restringida no es en realidad un estatus diferente del par tradicional capacidad/incapacidad, sino que constituye un *tertium genus*: el ejercicio restringido de la capacidad consiste, para la autora, en que la persona puede realizar ciertos actos, cual persona plenamente capaz, y está imposibilitada de realizar otros, cual persona incapacitada. Es decir, la capacidad restringida se limita a una cuestión de cuáles negocios sí y cuáles no.

¹⁴ VALDÉS DÍAZ, CARIDAD DEL CARMEN. “Comentarios al artículo 30”, en *Comentarios...*, *Op. cit.*, p. 492.

En esta línea, aunque la metodología explicativa trasluce mejor la postura, Pérez Gallardo perfila su análisis de la institución a través de cuatro notas definitorias:

- Condición intermedia que fluctúa entre capacidad e incapacidad, conformando un estatus especial que difiere de los extremos.
- Establece una esfera de actuación parcial, que no incluye todas las actuaciones permitidas por el ordenamiento jurídico.
- La validez de los actos depende de su inclusión en su esfera de actuación o de si los realiza con el debido complemento a la capacidad. De lo contrario, podrán ser declarados nulos, salvo ratificación posterior de quien ostente su guarda.
- Requiere de un régimen especial de protección y complemento de su capacidad.¹⁵

Aun cuando esta postura parece apartarse de lo esbozado anteriormente, estableciendo que la capacidad restringida constituye un estatus especial diferente de los extremos, mi pregunta es cuán diferente es este “nuevo” estado cuando sigue participando del mismo régimen de los extremos, sólo que híbridamente.

En la actualidad, resulta iluso pensar que una persona es plenamente incapaz¹⁶ para todos los actos jurídicos; por eso se ha sustentado que la sentencia, o el auto que declare la incapacidad, contenga los actos que el incapacitado puede hacer y cuáles no. Esto no es el estado de capacidad restringida sino el estado de incapacidad, pues esta persona se ve obligada en aquellos actos vedados a actuar por medio de representante legal, quien suple totalmente su voluntad. Así se tipifica claramente la heteronomía propia de la incapacidad.

Pero el ejercicio restringido de la capacidad no es tampoco sinónimo de capacidad progresiva. El hecho de que a los menores de edad se les vaya permitiendo, a medida que su edad avanza, la realización de ciertos actos no crea un estatus diferente de la capacidad y la incapacidad, sino que engloba uno de estos estados. Así, que a un menor de 14 años la ley le conceda capacidad

¹⁵ PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. “La protección legal de los discapacitados en Cuba. Una visión de *lege data* y de *lege ferenda*”, en José Pérez de Vargas Muñoz (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*. La Ley, Madrid, 2006, pp. 309 y 310.

¹⁶ Lo cual, si se reflexiona un poco, no es una cuestión reciente, pues menores e incapacitados siempre han realizado pequeños negocios válidamente, como comprar en establecimientos comerciales, usar el transporte público (incluso solos) acudir a funciones de teatro y cine pagando en todos ellos y, por lo tanto, concertando contratos aunque estos sean de poca envergadura patrimonialmente hablando. *Apud.* BORDA, GUILLERMO. *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General I*, Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 393.

para testar¹⁷ significa que éste es plenamente capaz para tal acto, y que puede desplegar el ejercicio de su autonomía volitiva sin injerencias de ningún tipo.

Si la capacidad restringida fuese sólo este *tertium genus*, ¿qué necesidad habría de una nueva institución de guarda? ¿No bastaría con un representante legal, padre o tutor, que supliera sólo en los casos vedados en tanto el hijo o pupilo actuara por sí en los actos permitidos? En este caso, pasando al plano instrumental, el notario debería solamente analizar, del instrumento judicial, los actos que el rogante puede hacer por sí mismo y en cuáles es imprescindible la actuación del representante legal, para prever una comparecencia por sí o por representación.

En efecto, el ejercicio restringido de la capacidad ha de verse realmente como un nuevo estado de la capacidad, donde la persona afectada puede realizar por sí los actos jurídicos, pero asistida por, ahora sí, una persona que constituya un régimen especial de protección, la cual no supla su voluntad, no lo represente, sino que complemente su consentimiento.

Desde esta perspectiva, en relación con los menores de edad, el artículo 30, inciso *a*, crea una causal de emancipación legal: el arribo a los 10 años de edad. El estatus jurídico que le concede dicho artículo al menor es definitivamente diferente al que tiene al arribar a la mayoría de edad o al contraer matrimonio y también al que tenía antes de cumplir los 10 años.

Puede decirse que, si bien, no se extingue la patria potestad por no tipificarse ninguna de las causales del artículo 92 del Código de Familia, sí modifica su contenido, pues deja de ser institución de representación para convertirse en figura de asistencia. Así lo expresa claramente el CF en su artículo 85.5, el contenido de la patria potestad es: “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”. Sólo restaría, y esa es más función de la doctrina jurídica y de los operadores del derecho que de la norma, asimilar estas dos funciones a los estatus de la capacidad del menor.

4. La patria potestad asistencial

Es así que, si bien la curatela (institución prevista para asistir al menor emancipado y también para el régimen de capacidad restringida) se ausenta en nuestro derecho, el citado artículo 85.5 abre la puerta a ese régimen especial de protección y complemento que requiere el ejercicio restringido de la capacidad en sede de los menores de edad: la patria potestad asistencial. Ahora bien, ¿qué es la patria potestad asistencial, cuál es su contenido?

¹⁷ Verbigracia, artículo 663, inciso 1º del Código Civil español.

Tradicionalmente, la patria potestad se ha concebido como una institución de representación legal. Es, dice Bellucio:

una representación necesaria y universal. Necesaria porque los padres que ejercen la patria potestad no podrían renunciar a asumirla, y porque el menor está sujeto forzosamente a ella; este carácter importa la aplicación subsidiaria de las normas del mandato. Y universal porque, en principio, se extiende a todos los actos de la vida del hijo, trátese de asuntos judiciales, extrajudiciales o administrativos, y de relaciones patrimoniales o extrapatrimoniales.¹⁸

Es precisamente por esa razón que las legislaciones entienden a la emancipación como causa de extinción de la patria potestad, porque al concebirla como figura representativa pierde sentido ante el estatus del emancipado.

Desde esta perspectiva, nuestra legislación vuelve a ser muy novedosa al no identificar a la patria potestad con la representación legal y concebirla también como figura de asistencia; así se elimina la necesidad de cambiar el régimen hacia la curatela.

La función de la patria potestad asistencial es solamente la que define el verbo utilizado en la legislación familiar: *complementar*. Su régimen jurídico siempre será de asistencia o vigilancia, de protección *ad hoc* a cada caso concreto, atendiendo a la intensidad de la deficiencia que afecta la capacidad de obrar.

Esta concepción de la patria potestad, en puridad, no permite otra cosa que complementar la capacidad del hijo en actuaciones concretas. En este sentido, no constituye una forma de representación legal pues se concibe para casos en que las personas sometidas al régimen no necesitan alguien que ejercite sus derechos y se subroge en su esfera jurídica, sino simplemente un medio de control de sus actos. De modo que el hijo actúa *per se* sin que se le sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento de los padres, quienes lo prestarán si consideran que el acto no le es dañoso.

Esta diferencia entre representación y complemento la esboza Albaladejo de la siguiente manera:

La representación legal tiende a suplir la falta de capacidad del representado, pero no debe ser confundida ni con la asistencia a personas parcialmente incapaces, ni con la necesidad de que alguien preste su asentimiento al negocio, celebrado por otro. En estos casos, el

¹⁸ BELLUCIO, AUGUSTO CÉSAR. *Manual de Derecho de Familia*, tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 377.

negocio lo celebra personalmente el interesado, aunque otro le asista o asienta; en aquél, lo celebra el representante por cuenta y a nombre del *dominus*.¹⁹

5. Ámbito de aplicación del dictamen

Ahora bien, me parece que lo más trascendental de este dictamen es su ámbito de aplicación. Fue producto de una consulta relativa a la escritura sobre autorización para que el menor de edad obtenga o actualice su pasaporte y viaje, donde la legitimada para otorgarla era una madre soltera. Partiendo de este problema original, los postulados primero y segundo del dictamen se limitan a un análisis de ese supuesto: la representación de la madre menor de edad y soltera a sus hijos y su realización de actos que lleven implícito el ejercicio de la patria potestad que ostenta sobre su descendencia.

El tercero, luego de un primer párrafo donde parece ampliar el diapasón a todos los casos posibles, vuelve a referirse al caso sometido a consulta en el segundo, así arroja la gran interrogante: ¿es aplicable todo lo analizado en los epígrafes anteriores sólo al caso de las escrituras de autorización y otras análogas,²⁰ o puede extenderse a todos los actos y requerimientos que pretendan realizar los menores de edad solteros mayores de 10 años?

Para contestar a esa pregunta, creo que el análisis deberá perfilarse en tres aspectos, a saber: los actos que pueden realizar las personas con capacidad restringida, los actos que pueden realizar los menores de edad en Cuba sin lugar a dudas y la posibilidad de que el resto de los actos se incluyan en la letra del dictamen.

5.1 *Los actos y requerimientos que pueden realizar las personas con ejercicio restringido de la capacidad*

Ya fue expuesto que las personas con ejercicio restringido de la capacidad, incluidos los menores emancipados por el imperio del artículo 30 inciso *a* del Código Civil, pueden realizar *per se* todos los actos jurídicos y, consecuentemente, todos los requerimientos notariales, sólo que para algunos necesitará la asistencia de sus padres o curador (cuando tengamos dicha institución).

¹⁹ ALBALADEJO, MANUEL. "La representación", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo xi, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid, 1958, fascículo 3, p. 769.

²⁰ Véase Indicaciones metodológicas, No. 1, 2011 e Instrucción No. 1, 2013 de la DNRC.

Según el dictado del artículo 30 del Código Civil, la persona con capacidad restringida no tiene ninguna limitación para realizar los actos necesarios para satisfacer sus necesidades vitales comunes. Esta es una frase muy abstracta que puede englobar desde una esfera muy restringida hasta casi la totalidad de los actos de administración y algunos de disposición. En palabras de Sánchez Bergara:

Una aproximación que aclare el contenido de este precepto debe incluir actos tan elementales como la alimentación, la higiene y el vestido que son comunes para todas las personas y de ejecución diaria. Sin embargo, las necesidades no siempre son las mismas para todos los grupos poblacionales, así habrá quien dependa para su manutención de la atención y administración que realice de determinados bienes de los que es titular. Por tal motivo, la interpretación que se haga, no debe excluir actos de administración y/o disposición. Por cuanto de esto dependan los ingresos de quienes figuran bajo este régimen.²¹

Se impone entonces determinar cuáles actos concretos puede realizar el menor emancipado solo y cuáles con la asistencia de sus padres.

Para el caso particular que nos ocupa, el menor emancipado, el derecho comparado establece la posibilidad de realización de los actos de administración y algunos de disposición que no sean de valor significativo. Resulta particularmente útil el postulado del artículo 323 del Código Civil español, mediante el cual la emancipación habilita al menor “para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor”. Pero, a continuación, enumera los negocios que no puede realizar por sí solo hasta que alcance la mayoría de edad, pues necesita el consentimiento “de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador”. Estos son los actos: tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. En otras palabras, se limita la capacidad sólo en sede de actos de disposición y en relación con bienes de valor ostensible.

Así, creo, debe interpretarse la esfera concedida por el artículo 30. El ejercicio restringido de la capacidad posibilita a la persona que lo padece realizar por sí solo,²² es decir, sin necesidad de autorización paterna:

²¹ *Cit. pos.* PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “La protección legal...”, *op. cit.*, p. 323.

²² Nos referiremos a los actos civiles, pues la legislación electoral, procesal, penal, laboral concede la posibilidad de realizar otros actos jurídicos.

- Actos de administración que constituyen los actos de uso, conservación y mantenimiento de los bienes. Generalmente se darán fuera del ámbito notarial, pero nada obsta para que se instrumentalice dicho acto (contrato de depósito, acta de rehabilitación, etcétera).
- actos de disposición de bienes de poco valor, enajenaciones o gravámenes de bienes muebles, excluyendo los vehículos de motor, las obras de arte y joyas de materiales preciosos. Estas enajenaciones por lo general no tienen que hacerse ante notario, pero podrían hacerse.

Dicho esto, se deduce que en casi todos los actos ante notario el menor emancipado necesitará la asistencia de sus padres.

5.2 *Actos jurídicos que expresamente pueden realizar los menores de edad ante notario*

Actualmente, hay dos actos en los cuales la ley (en uno de los casos el referido dictamen) determina expresamente que el menor de edad puede concurrir como compareciente al instrumento notarial, en ambos casos, asistidos por sus padres: el matrimonio y la autorización paterna.

Resulta paradigmático que ambos sean de los llamados actos personalísimos,²³ lo cual, creo, es perfectamente válido. Las personas con capacidad restringida pueden realizar estos actos con la asistencia de los padres o el curador, sin desvirtuar la esencia *intuitu personæ* de éstos, precisamente por no ser ni la patria potestad asistencial ni la curatela una forma de representación legal.

El primer supuesto fue introducido por el segundo párrafo del artículo 3 del Código de Familia, el cual permite contraer matrimonio a la mujer mayor de 14 años y al varón mayor de dieciséis, siempre con autorización de los que ostenten su representación legal o en defecto del tribunal.

Este es precisamente un ejemplo de lo que hemos expuesto porque, si bien el matrimonio concede al menor la plena capacidad de obrar, antes de su formalización no la tiene. Por tanto, quien otorga la escritura es justamente una persona con capacidad restringida. La autorización para contraer matrimonio no tiene los efectos extintivos de la patria potestad sino el matrimonio en sí. Es de entender, entonces, que la referida autorización no es más que el contenido de la patria potestad asistencial, autorización que pueden brindar los padres en instrumento notarial independiente o en el mismo acto de celebración notarial del matrimonio.

²³ Aunque esta naturaleza se discute en relación con el matrimonio, el cual puede celebrarse por medio de apoderado.

Debo decir que esta no ha sido la posición asumida por la doctrina al explicar la justificación de la autorización. Mesa Castillo sostiene:

El fundamento jurídico de esta facultad de autorizar el matrimonio del menor, o de no autorizarlo, no se sustenta en la institución de la patria potestad o de la tutela, sino en las consideraciones expresadas de orientación, protección y prevención que los mayores ofrecen al menor para que éste reflexione, madure, tenga conciencia plena sobre ese acto trascendente de su vida, como lo es el matrimonio y su conveniencia para él de formalizarlo o no, avalado este “consejo” que resulta terminante por la autoridad, madurez y ascendencia de estas personas en relación con el menor.²⁴

La autora fundamenta su tesis en las personas a quienes la ley les permite otorgar la autorización, pues encontramos en la enumeración que hace el Código de Familia a los tutores y los abuelos, cuya naturaleza no tiene nada que ver con la asistencialidad que comporta esta posición. Empero, me parece que la presencia de dichas personas constituye un claro error jurídico y basar la naturaleza de una institución sobre las erratas del legislador no me parece sustentable.

Es cierto que la tutela entra en contradicción con el acto, pues, como bien apunta la autora, “no cabe aquí representación legal por la naturaleza misma del acto matrimonial, por ello, la capacidad del menor no va a quedar sustituida por la del tutor”.²⁵ Esta solución es dada por el código ante la ausencia de la institución idónea para asistir a los menores emancipados a falta de los padres: el curador. El tutor sólo puede representar; el curador asiste. Por tanto, concederle la facultad al tutor de autorizar un acto que el menor realizará por sí es desvirtuar su naturaleza. Sin embargo, ante la ausencia de la curatela, no existe otra alternativa que concebir un tutor con naturaleza de curador.

En cuanto a los abuelos, el error es insalvable, pues no tienen ninguna potestad sobre la cual autorizar a sus nietos. Me parece que éstos nunca podrán autorizar a sus nietos, independientemente del dictado de la norma. A falta de padres o tutores debería autorizar el fiscal, quien, al amparo del artículo 8 inciso *g* de la Ley 83 de la Fiscalía General de la República, representa a los menores no sujetos a patria potestad o tutela.

²⁴ MESA CASTILLO, OLGA. “La formalización del matrimonio ante notario y registrador del estado civil”, en Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora Tamayo, (Coords.), *Derecho Notarial, Tomo III*, Félix Varela, La Habana, 2006.

²⁵ *Ibidem*.

No dudo que la *ratio legislatoris* fuera apuntada por la eminente profesora, pero, sin duda, el hecho de que el menor reflexione y madure no constituye una naturaleza jurídica. La realidad es que se trata de un acto jurídico para el cual el contrayente necesita capacidad de obrar y, al tenerla restringida, necesita el complemento de la patria potestad asistencial.

El segundo supuesto es el que trae a colación en dictamen, el cual motiva estas páginas. Dispone que:

los progenitores deben completar el ejercicio de la capacidad de obrar de su hija menor de edad devenida en madre soltera, y asistirle en el acto notarial de autorización donde se requiere de su plena capacidad, que de hecho está restringida debido a la edad pero no en cuanto al ejercicio del derecho personalísimo derivado de la patria potestad con respecto a su menor hijo.

Sin duda, se trata de la asistencia de la que hemos hablado. Pero se le ha criticado principalmente por la supuesta contradicción con el carácter indelegable del ejercicio de la patria potestad, pues sus detractores sostienen que en este supuesto los abuelos estarían ejerciendo conjuntamente con los padres su autoridad paterna.

Pero sostener esto significa no comprender la naturaleza de la capacidad restringida y de la patria potestad asistencial. Vuelvo a decir que en el acto otorgado por la persona con capacidad restringida la voluntad que se manifiesta es la de ésta y no es suplida por la de su asistente, quien tiene una labor muy limitada volitivamente.

¿Por qué no admitir la posibilidad de la asistencia para los supuestos de autorización paterna y sí hacerlo para el matrimonio, acto tan personalísimo y tan indelegable?

5.3 Ampliación del diapason

Ahora bien, creo que limitar el dictamen a la autorización paterna constituye una herejía. Repito la pregunta, aunque con otro matiz: ¿Por qué admitir la posibilidad de la asistencia para actos personalísimos como el matrimonio y la autorización paterna y no hacerlo para otros actos como los contratos, adjudicaciones hereditarias o para requerimientos de actas notariales?

La limitante mayor para admitir esta posibilidad se encuentra en el artículo 28 de la Ley No. 50 de 1984, rectora de la actividad notarial en Cuba. Según éste, no podrán comparecer ante notario los menores de edad, excepto en los casos que la ley lo autorice.

Es obvio que la *ratio legislatoris* era suprimir la comparecencia del menor de edad en el acto notarial. Recordemos que se trata de un problema histórico (la ley de las notarías es anterior al Código Civil) y, por lo tanto, la novedad del artículo 30. No obstante, los menores de edad sí podían, al amparo del derogado Código Civil de 1889, testar y una vez emancipados realizar actos jurídicos con la autorización paterna. Desde una interpretación histórica, eran estos actos, y el matrimonio del menor, a los que se refiere el artículo en cuestión, pues el Código de Familia es de 1975.

Empero, si se parte del criterio hermenéutico, la propia norma salva que podrán concurrir los menores de edad habilitados por ley para hacerlo. Nada obsta para adecuarlo si se sigue una interpretación literal del precepto a la nueva realidad impuesta por el artículo 30 inciso *a*. Así, los menores de edad entre 10 y 18 años podrán concurrir ante notario para otorgar las escrituras o requerir las actas que deseen, ya sea por sí mismos en relación con los actos vitales comunes o asesorados por sus padres, al amparo del artículo 30.

Así, partiendo de toda la lógica que nuestra legislación introduce, encuentro posible y necesario que se admita la comparecencia del menor de edad en los actos jurídicos que involucren a su patrimonio. Constituye hoy una exigencia no sólo jurídica sino, en primer término, ética que la voluntad negocial del menor de edad no sea anulada por la heteronomía de la representación legal. Es claro que los menores de edad no poseen la madurez psicológica para afrontar solos la realidad negocial, pero recordemos que no concurrirán solos al acto, sino asistidos por aquellos que en la realidad actual los representan. Como apunta Roselló Manzano:

Ver al menor de edad como una persona absolutamente incapaz es una concepción totalmente superada: desde el punto de vista filosófico, atendiendo a su dignidad como persona, y desde el punto de vista fáctico, atendiendo a que es una realidad insoslayable que cada vez más los menores, después de una determinada edad, se ven envueltos libremente y por voluntad propia en relaciones jurídicas obligatorias, que aún cuando muchas tengan su fuente en él [contacto social], no dejan de ser tales.²⁶

²⁶ ROSELLÓ MANZANO, RAFAEL. "La unificación de los regímenes contractual y extracontractual de responsabilidad civil en Cuba", tesis de doctorado en Ciencias Jurídicas, p. 20.

6. Consideraciones *ad finem*

El Dictamen No. 4 de 2014 constituye en mi opinión un texto revitalizante, pero los operadores del derecho, en primer lugar los notarios, no hemos sabido valorarlo en toda su hondura. Como casi siempre, nos hemos quedado en la hojarasca, en lo accidental, en lo aparente, sin saber desentrañar la esencia de los fenómenos.

El dictamen *in commento* no trata sobre la autorización paterna de los menores de edad solteros para que sus hijos obtengan o actualicen su pasaporte y puedan viajar. Ésa es sólo la causa y el supuesto que se analiza a modo de ejemplo. El dictamen entra en un tema mucho más profundo: la capacidad jurídica del menor de edad. Es un reflejo o, si se quiere, el permiso de la autoridad rectora para que los notarios apliquemos el artículo 30 del Código Civil.

Pero, nuevamente, el miedo a la novedad corroe la actividad jurídica cercenando los derechos que emanan de la norma. No dejemos en la virtualidad al Dictamen 4 de 2014; no hay necesidad de que 25 años después otro texto normativo nos venga a explicar que existe y que podemos aplicarlo.

Es hora de que la capacidad del menor de edad deje las páginas de artículos y conferencias para instalarse en la realidad jurídica. El Dictamen 4 de 2014 nos da la posibilidad; no la desaprovechemos.