



Derechos y tiempo de las personas físicas

The Rights and Time of Physical Persons

María PORCELLI

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Italia.

Resumen

El derecho utiliza el "tiempo" como el umbral de asignación de derechos y deberes: el nacimiento, el cumplimiento de la mayoría de edad, a menos que no sea establecida una edad diferente. Se adquiere, según el código, la capacidad de realizar actos jurídicos de manera desvinculada de la madurez afectiva del sujeto. El legislador, fija la edad, pero no tiene en cuenta absolutamente la madurez del sujeto. El criterio temporal realiza el paso de la titularidad de los derechos al ejercicio concreto de los mismos. Existen circunstancias excepcionales que plantea el legislador que anticipan el posible ejercicio de los derechos: el menor emancipado, la capacidad de trabajo del menor de edad, las declaraciones de voluntad no negociables, las declaraciones de juicio y las de deseo. Incluso en estos casos, se generaliza el abstracto criterio temporal desligado de una efectiva y conciente capacidad de reflexión. Sería deseable vincular las normas del código con las normas constitucionales. Siguiendo el ejemplo de la reforma en materia de filiación (escuchar al niño), de modo que se consienta al mismo el ejercicio de aquellos derechos necesarios para realizar el pleno y libre desarrollo de su personalidad, reconsiderando todos los límites de edad predeterminados por el legislador de una manera rígida, evaluando la capacidad el sujeto de tomar decisiones y presentar comportamientos. Por tanto, se debería mirar más que al "tiempo legal" al tiempo "real".

Palabras clave: Derecho, tiempo, Edad, menor.

Abstract

Law utilizes time as a threshold for assigning rights and duties: birth, reaching adulthood, unless a different age is not established. According to the code, one acquires the capacity to carry out legal actions in a manner that is detached from the affective maturity of the subject. The legislator fixes the age, but does not take into account absolutely the maturity of the subject. The temporal criterion takes the step of titularity for rights through their concrete exercise. Exceptional circumstances exist that the legislator proposes, which anticipate the possible exercise of these rights: the emancipated minor, the capacity for work by a minor, declarations of non-negotiable will, declarations of judgment and of desire. Even in these cases, the temporal abstract criterion detached from an effective and conscious capacity for reflection is generalized. It would be desirable to link the norms of the code with constitutional norms, following the example of reform in matters of filiation (listening to the child), so that it accords the child the exercise of those rights necessary for realizing the full and free development of his/her personality, reconsidering all the age limits predetermined by the legislator in a rigid manner, evaluating the capacity of the subject to make decisions and present behaviors. Therefore, one should look more at real time than at legal time.

Keywords: Law, time, age, minor.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES ESTÁN MARCADOS POR LA TEMPORALIDAD¹.

Las previsiones de límites de edad de las cuales o sobre las cuales se permite o se prohíbe a las personas llevar a cabo ciertos actos, de hecho, acompañan a las personas desde el nacimiento hasta la muerte². El mismo art. 1º del c.c., en la consideración del nacimiento como momento atributivo de la capacidad jurídica³, subordina a tal evento el reconocimiento de los derechos de los no nacidos⁴, sometiendo después a la mayoría de edad el cumplimiento de "todos los actos para los que no se establece una edad diferente" (artículo 2º, párrafo primero, c.c.)⁵.

El derecho utiliza el cómputo de tiempo, entonces, como un medio atributivo de derechos y deberes: la obtención de la mayoría de edad, umbral de tiempo abstracto, se convierte en el instrumento mediante el cual el ordenamiento decide si o no atribuir a una persona ciertos derechos, ignorando, como se observa, que la maduración psíquica de los individuos ocurre a diferentes niveles de edad⁶.

La edad afecta, por lo tanto, la capacidad real o la incapacidad de la persona física; así que, la adquisición de la capacidad para realizar actos jurídicos, resulta completamente desvinculada de una investigación concreta acerca de la efectiva madurez del sujeto y anclado sólo al límite de edad prefijado por el legislador.

Entonces, la evaluación del crecimiento mental de los sujetos se elude así mediante un sistema indirecto y de presunción⁷ que utiliza un mero criterio temporal para darse cuenta, en la asigna-

- 1 Sobre la relación entre los derechos y el tiempo ver, entre otros, COTTA, S (1981). "Diritto e tempo, linee di una interpretazione fenomenologica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, p. 119ss; BRETONI, M (1994). *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Laterza, Bari., especialmente p. 33ss; HUSSERL, G (1998). *Diritto e tempo, Saggi di filosofia del diritto*. Giuffrè, Milano; CAPOZZI, G (2000). *Temporalità e norma nella critica della ragione giuridica*. Jovene, Napoli. Sul concetto di tempo quale «problem[a] constant[e] della riflessione filosofica e scientifica» cfr. SINI, C (1981). "Tempo", in: *Enciclopedia filosofica*. Milano, pp. 925-926.
- 2 De acuerdo con una doctrina autoritaria, la edad permite que el individuo - entidad extrajudicial - entre en el sistema de los fenómenos jurídicos: FALZEA, A (1939). *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*. Giuffrè, Milano, p. 26. De manera más general, sobre la relevancia de la edad para el derecho ver PANUNZIO, S (1989). "Età (dir. pubbl.)", in: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. XIII. Roma. p. 1ss., considera la edad "dato de la personalidad" y, más precisamente, "un atributo de la persona que hace parte de un (simple) hecho jurídico", RUPERTO, C (1967). "Età (dir. priv.)", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. XVI. Giuffrè, Milano. pp. 85-86. Para el efecto de la edad sobre la aplicación práctica y efectiva de valor persona., ver TAFARO, L (2003). *L'età per l'attività*. ESI, Napoli, una precisa reflexión sistemática en torno a los límites de edad, su pertinencia y su eficacia, en especial con respecto a los menores de edad y los ancianos.
- 3 FALZEA, A (1960). "Capacità (teoria generale)", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VI. *Op. cit.*, p. 10, define la capacidad jurídica como la idoneidad para asumir un comportamiento jurídico. Ver PUGLIATTI, S (1943). *Gli istituti di diritto civile*. Vol. I. t. 1. Giuffrè, Milano, especialmente p. 131, que habla de la capacidad como un "resumen de cada reactividad o sensibilidad jurídica del sujeto [que] esboza la posición más general del sujeto como tal en el mundo jurídico". Más definiciones en MARTINO, M (2009). "Sub art. 1", in: SESTA, M (2009) (a cura di). *Codice della famiglia*. Vol. I. Giuffrè, Milano. p. 277.
- 4 La literatura al respecto es abundante. Véase, entre muchas contribuciones, SANTORO PASSARELLI, F (1940). *Lineamenti di diritto civile*. Cedam, Padova, especialmente p. 19; RESCIGNO, P (1988). "Capacità di diritto privato e discriminazione dei soggetti", *Rivista di diritto civile*. p. 795.
- 5 Sobre este punto ver observaciones críticas de RESCIGNO, P (1958). "Capacità di agire", in: *Novissimo digesto italiano*. Vol. II. Utet, Torino. p. 862; ID, (1988). "Capacità di agire", in: *Digesto Discipline Privatistiche, Sezione civile*. Vol. II. Utet, Torino. pp. 213-214. Ver también: CANDIAN, A (1960). *Nozioni istituzionali di diritto privato*. Istituto editoriale cisalpino, Milano-Varese. p. 69; STANZIONE, P (1975). *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*. ESI, Camerino-Napoli. spec. pp. 44 y 299.
- 6 TAFARO, L (2003). *Op cit.* pp. 17-21.
- 7 AULETTA, G (1960). "Capacità all'esercizio dell'impresa commerciale", in: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VI. *Op. cit.*, pp. 79-80.

ción de los derechos, del cambio de titularidad en el ejercicio concreto de la misma⁸. Más específicamente, se hace una presunción *iuris et de iure*⁹; presunción de que si, por un lado, tiene sin duda el mérito de proteger al sujeto y a los terceros contra actos, por así decirlo, perjudiciales¹⁰, por el otro lado, siempre cree que el menor de edad no tiene la capacidad de discernimiento y por lo tanto, es incapaz de darse cuenta del significado y el alcance de su comportamiento¹¹.

LAS ASÍ LLAMADAS HABILIDADES ESPECIALES, CUÁLES CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES SON EL RESULTADO DE UNA GENERALIZACIÓN A PARTIR DE UN CRITERIO TEMPORAL ABSTRACTO

El curso del tiempo en la asignación de derechos a los individuos no pretende, sin embargo, ser un hecho relevante independientemente de la ley¹². Y esto es lo que parece, en algunos casos, estrechamente vinculado con el interés que es el punto de referencia para la tutela jurídica (o protección legal)¹³.

Se considera, en este sentido, al menor emancipado (artículo. 84 cc), donde la adquisición de una capacidad limitada para actuar (art. 394 cc), con su relativa terminación de la patria potestad¹⁴, se justifica "principalmente por causa de la incompatibilidad que se establece entre la pertenencia a

- 8 Sobre la distinción entre la titularidad y el ejercicio de las situaciones jurídicas subjetivas, en la doctrina más remota, ver FERRARA, F (1921). *Trattato di diritto civile italiano*. Vol. I. t. 1. Roma. especialmente p. 459. Cfr., più di recente, PERLINGIERI, P (2014). *Manuale di diritto civile*. ESI, Napoli. pp. 92-93; 137, donde se afirma que "para las situaciones subjetivas personales y personalísimas, que pueden definir como existenciales [...] titularidad y realización coinciden con la existencia misma de valor, tanto es así que, al menos para esas situaciones, no tiene sentido distinguir entre la capacidad jurídica (momento de la titularidad) y la capacidad de actuar (momento del ejercicio)". Considera las dos expresiones del todo equivalentes RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, p. 862, "que expresa un hecho no una potencialidad; y también no expresa dos ideas diferentes; porque el disfrute es ejercicio en sí mismo". En una dirección similar COVIELLO, N (1929). *Manuale di diritto civile italiano (parte generale)*. Società Editrice Libreria, Milano. spec. p. 144.
- 9 El autor analiza, en este contexto, "la Convención" FERRARA, F (1921). *Op. cit.*, p. 460.
- 10 Ver sobre todo GIORGIANNI, M (1987). "In tema di capacità del minore di età", *Rassegna di diritto civile*. p. 109.
- 11 Sobre el punto ver, BUSNELLI, FD (1982). "Capacità ed incapacità di agire del minore", in: *Diritto di famiglia e delle persone*. Giuffrè, Milano. p. 54ss
- 12 Ver, en este sentido, SANTORO PASSARELLI, F (1971). *Dottrine generali del diritto civile*. Jovene, Napoli. p. 111: "es inexacta la inclusión habitual del tiempo en la categoría de hechos jurídicos, catalogado como uno de los más importantes hechos de la naturaleza"; tiempo "no es sino una relación, una manera de ser el hecho: no es en sí un hecho". En dirección similar también TRIMARCHI, M (1973). "Termine (dir. civ.)", *Novissimo digesto italiano*. Vol. XIX. p. 96, que muestra cómo la evaluación jurídica del paso del tiempo realizada por el ordenamiento jurídico tiene siempre como un punto de referencia, el interés humano y no su modalidad. En el paso del tiempo como un hecho jurídico ver CARNELUTTI, F (1951). *Teoria generale del diritto*. Ed. del Foro italiano, Roma. p. 206; MESSINEO, F (1957). *Manuale di diritto civile e commerciale*. Giuffrè, Milano. p. 450.
- 13 Sobre la necesidad de dar prioridad a los intereses concretos subyacentes necesita ser entendida como exigencia "de los bienes y valores a realizar", ver el influyente pensamiento de BETTI, E (1962). "Interesse (teoria generale)", *Novissimo digesto italiano*. Vol. VIII, Utet, Torino, especialmente p. 839.
- 14 Sobre este punto ver., en la doctrina más reciente, FIGONE, A (2014). *La riforma della filiazione e della responsabilità genitoriale*. Giappichelli, Torino; RECINTO, G (2013). "Legge n° 219 del 2012: responsabilità genitoriale o astratti modelli di minori di età?", in: *Il diritto di famiglia e delle persone*. n° 4. pp. 1475ss. Permitase una referencia a PORCELLI, M (2014). "La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione", in: *Il diritto di famiglia e delle persone* (en prensa).

una nueva familia y el sometimiento a sus padres o tutores¹⁵. Considerese también la capacidad de trabajar en el ordenamiento jurídico vigente que se adquiere antes de la mayoría de edad¹⁶.

De manera más general, se piensa en las declaraciones de voluntad sin negociación¹⁷ o en las declaraciones de juicio o del deseo que la ley requiere con frecuencia a los menores de edad. El Artículo 348 del c.c., por ejemplo, en su nueva formulación, el párrafo tercero, establece que “la Corte, antes de proceder a la designación de un tutor, dispone la escucha del menor que ha alcanzado la edad de doce años o menos cuando tenga poder de discernimiento”. Además, el artículo 250 del c.c. establece, en su párrafo segundo que el mayor de catorce años debe dar su consentimiento al reconocimiento tardío.

En éstos y otros casos¹⁸, la referencia a una determinada edad es el medio por el cual la voz del “incapaz” se convierte en una verdadera expresión de consentimiento o disenso jurídicamente relevante para el juez¹⁹.

Así, a partir de los ejemplos mencionados más arriba se muestra que nuestro ordenamiento ofrece diversas hipótesis sobre la capacidad de los menores de edad²⁰, sin embargo, no se puede dejar de mencionar que estas predicciones se caracterizan no sólo por el carácter de excepcionalidad²¹, sino que son siempre el resultado de una generalización basada en un criterio temporal abstracto que no prueba la existencia, en un caso concreto, de una efectiva y consciente capacidad de discernimiento²².

- 15 En estos términos JANNUZZI, A & LOREFICE, P (2006). *La volontaria giurisdizione*. Giuffrè, Milano, especialmente p. 225.
- 16 Ver L. 17 de Octubre 1967, n° . 977 – *Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti* (en G.U. del 6 de noviembre de 1967, n° 276).
- 17 De acuerdo con la doctrina predominante, para tales actos, es suficiente la capacidad de discernimiento; y esto se debe a que, en ausencia de disposiciones específicas, la referencia es a la capacidad requerida por el art. 2046 del Código Civil para el acto ilícito: ver, entre otros, SANTORO PASSARELLI, F (1940). *Op. cit.*, p. 38; RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, pp. 865-866. In una diversa prospettiva, cfr. FALZEA, A (1960). *Op. cit.*, pp. 197-198, especialmente la nota 100.
- 18 El mayor de catorce años puede pedir al tribunal que designe un tutor especial para promover la acción de desconocimiento de la paternidad o de impugnación de falso reconocimiento (arts. 244, párrafo 4 y 264 cc).
- 19 La ley, por lo tanto, no parece requerir la capacidad de actuar en todos esos actos y comportamientos humanos que “ponen en juego y llevan a cabo sólo el interés del sujeto agente” o para aquellos que apuntan a eliminar la responsabilidad de su autor (se piensa en el cumplimiento), o para aquellos actos que, aunque exija una actividad de negociación, tienen una limitada importancia económica (por ejemplo, la compra de revistas, libros, ropa, y así sucesivamente). De lo contrario, es necesario el requisito de la capacidad de actuar para todos “esos actos y conductas en relación con los cuales la ley impone la cualidad del sujeto como condición de validez”: FALZEA, A (1960). *Op. cit.*
- 20 A veces la edad es el fundamento justificativo de la atribución, que sin embargo no afecta a la capacidad del sujeto, de las situaciones legislativas, por así decirlo, de favor (inmunidades especiales, privilegios, concesiones, etcétera), ver: TAFARO, L (2003). *Op. cit.*, p. 56ss.
- 21 Tienen naturaleza excepcional las disposiciones normativas que le dan la capacidad de actuar en “edades diferentes” a la mayoría de edad STANZIONE, P (2010). “Sub art. 2”, in: PERLINGIERI, G (Ed). *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*. ESI, Napoli. p. 174: “Si la ley permite poner un acto jurídico a una edad inferior, se está frente a un caso de capacidad para actuar especial”.
- 22 Sobre la noción de capacidad de discernimiento, ver *infra*, especialmente la nota: 27.

ADECUACIÓN DE LA TRADICIONAL DICOTOMÍA CAPACIDAD JURÍDICA-CAPACIDAD PARA ACTUAR EN RELACIÓN CON LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD. OPORTUNIDAD DE VOLVER A LEER LA DISCIPLINA SOBRE LA INCAPACIDAD DE LOS MENORES A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS EXPRESADOS EN LA CONSTITUCIÓN (Arts. 2º y 3º). NECESIDAD DE EVITAR GENERALIZACIONES INOPORTUNAS VERIFICANDO DE TIEMPO EN TIEMPO LA RAZONABILIDAD DEL TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO EN RAZÓN DE LA EDAD

En el escenario brevemente trazado, en relación solamente con las ideas de la legislación más importante, surge una referencia constante por parte del legislador, en la atribución o no de un derecho respecto de la edad. Este último, como requisito previo de la capacidad de actuar, permite que el derecho a adoptar "un solo término para todos los individuos, liberando [sin embargo] el término mismo de cualquier consideración subjetiva, por supuesto, varía de un individuo a otro"²³.

Lo cual lleva inevitablemente a cuestionar la idoneidad de las categorías jurídicas tradicionales, primero indicadas en relación con situaciones de tipo existencial²⁴ y, más en particular, sobre la idoneidad de la dicotomía legal capacidad jurídica-capacidad para actuar en relación con la condición jurídica del menor de edad²⁵. Esto se debe a que no se puede negar que éste último, a menudo, incluso antes de la mayoría de edad, estar equipado con una adecuada capacidad de discernimiento²⁶ que, especialmente con referencia a las relaciones jurídicas, hace que sea perfectamente capaz de ejercer los derechos relativos a sí mismo²⁷. Si, parece seguro decir que, en presencia de los derechos que están más allá de la esfera patrimonial, el art. 2º c.c. debe leerse en conjunción con los ar-

23 En estos términos, RUPERTO, C (1967). *Op. cit.*, pp. 85-86. Ver además: BELVEDERE, A (1980). "L'autonomia del minore nelle decisioni familiari", in: AA.VV. (1980). *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di De Cristofaro e Belvedere. Giuffrè, Milano. p. 321ss.

24 En este sentido, durante algún tiempo, PERLINGIERI, P (1982). *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. ESI, Napoli, especialmente p. 139.

25 Cuestionamiento a la doctrina conocido desde hace algún tiempo: véase, en este punto, BUSNELLI, FD (1982). "Capacità ed incapacità di agire del minore", p. 54ss; GIORGIANNI, M (1987). *Op. cit.*, p. 103ss; STANZIONE, P (1975). *Op. cit., passim*; GIARDINA, F (1984). *La condizione giuridica del minore*. Jovene, Napoli, especialmente p. 67ss; BUSSANI, M; CENDON, P; GHEDINI, L & VENCHIARUTTI, A (1990). "I diritti della personalità dei minori: titolarità ed esercizio", *Rivista critica di diritto privato*. p. 776ss; PALMIERI, G (1992). "I «minori» tra diritto e società", *Rivista critica di diritto privato*. p. 269ss. Y ver más recientemente: BONAMINI, T (2011). "Rappresentanza legale del minore e rapporti giuridici non aventi contenuto patrimoniale", *Famiglia persone successioni*. n.º 11. p. 769ss.

26 Sobre el concepto de capacidad de discernimiento ver PERLINGIERI, P (2006). *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. ESI, Napoli. p. 735ss; STANZIONE, P (1975). *Op. cit.*, especialmente p. 363ss; ID, (1988). *Capacità (diritto privato)*, in: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. V. p. 24, donde el a. define la capacidad de discernimiento no en términos de "categoría dogmática, sino como valoración de casos de la situación global del menor en relación con el acto individual, la elección existencial individual" que el niño está en edad de hacer. El concepto de la capacidad de discernimiento ver también RUSCELLO, F (2011). "Minore età e capacità di discernimento; quando i concetti assurgono a 'supernorme'", *Famiglia e diritto*. n.º 4. p. 404ss. Por último, para una crítica cuidadosa de la noción de capacidad para discernir qué categoría general es abstracta contrapuesta a la capacidad jurídica, ver: IANNELLI, A (1984). *Stato della persona e atti dello stato civile*. ESI, Camerino-Napoli, especialmente p. 129.

27 Ver ampliamente, CINQUE, M (2007). *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità*. Cedam, Padova, especialmente pp. 98ss-177ss; sobre el punto ver también, además de las contribuciones ya mencionadas: BUSNELLI, FD (1982). *Op. cit.*, p. 54ss; GIORGIANNI, M (1987). *Op. cit.*, p. 103ss; VERCELLONE, P (2002). "La potestà dei genitori: funzioni e limiti interni", in: *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di Paolo Zatti. Vol. II. *La filiazione*, a cura di Collura, Lenti, Mantovani. Giuffrè, Milano. p. 978ss; VILLA, G (2007). "Potestà dei genitori e rapporti con i figli", in: *Trattato Bonilini e Cattaneo*. Vol. III. Utet, Torino, especialmente p. 337, nota: 157; RUSCELLO, F (2007). "La potestà dei genitori. Rapporti patrimoniali", in: *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da Piero Schlesinger. Giuffrè, Milano, especialmente p. 35.

tículos 2º y 3º Const.²⁸, para consentirle al menor de edad el ejercicio de aquellos derechos que, en tanto se refieren a la esfera personal, son necesarios para lograr el pleno y libre desarrollo de su personalidad²⁹.

En este contexto, se debe reconsiderar todos los límites de edad predeterminados por el legislador de una manera rígida³⁰, comprobando de vez en cuando, la capacidad real del menor de edad para tomar e implementar decisiones y comportamientos relacionados con situaciones subjetivas de las que se trata³¹, a través de la evaluación de su capacidad de discernir; noción esta última dinámica y respetuosa de las peculiaridades subjetivas. De esa manera, redimensionaría las nociones de capacidad jurídica y capacidad de obrar - que, entre otras cosas, como se sabe, "surgen como categorías justificadas por la lógica patrimonial de los negocios"³² - a favor de una valoración caso por caso que mira al menor de edad como portador de los intereses cuya realización deberá ser principalmente salvaguardada³³.

HACIA LA VALORIZACIÓN DE LA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO. LA CONTRIBUCIÓN DEL LEGISLADOR DE LA REFORMA DE LA FILIACIÓN

Al menos en el sentido esbozado parece haberse movido el legislador de la reforma de la filiación³⁴ que, a raíz del legislador europeo e internacional³⁵, ha dado la debida importancia a la capacidad de discernir del menor de edad.

28 PERLINGIERI, P (1982). *Op. cit.*, especialmente pp. 117-118; 139.

29 Ver PERLINGIERI, P & STANZIONE, P (2014). "Minore età e potestà dei genitori", in: PERLINGIERI, P (2014). *Op. cit.*, p. 145 ss que, en oposición a la opinión tradicional, consideran, durante mucho tiempo, "el niño como "sujeto" de derecho y no como "objeto" de la responsabilidad parental. Ver también PERLINGIERI, P (2005). "Persona e comunità familiare", in: ID. *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, especialmente pp. 391-392. Ver también: RESCIGNO, P (1958). *Op. cit.*, p. 86 ss; FALZEA, A (1960). *Op. cit.*, especialmente p. 12; STANZIONE, P (1980). "Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori", *Rassegna di diritto civile*, p. 462ss.; OPPO, G (2002). "Declino del soggetto ed ascesa della persona", *Rivista di diritto civile*, p. 829 ss; RUSCELLO, F (2006). "La potestà dei genitori", in: SESTA M y CUFFARO V (Ed). *Personae, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale. Collana Cinquant'anni della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. ESI, Napoli. p. 429ss. Y también una amplia referencia en materia de jurisprudencia constitucional reciente, ver: CHIARELLA, ML (2008). *Paradigmi della minore età. Opzioni e modelli di regolazione giuridica tra autonomia, tutela e responsabilità. Profili di diritto comparato*, Soveria Mannelli.

30 Es necesario verificar, de tanto en tanto, la razón del tratamiento normativo diferenciado en razón de la edad: PERLINGIERI, P (1982). *Op. cit.*, p. 117ss.

31 PERLINGIERI, P (1990). "Diritti della persona anziana, diritto civile e stato sociale", *Rassegna di diritto civile*, pp. 95-96., también en: STANZIONE, P (ED) (1991). *Anziani e tutele giuridiche*. ESI, Napoli. p. 103ss.

32 En estos términos, PERLINGIERI, P (2012). "Sull'ascolto del minore", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, n.º. 2. p. 128: "en presencia de los derechos que no son patrimoniales, titularidad y ejercicio no pueden no coincidir". Ver en la misma dirección: MESSINETTI, D (1979). "Oggetto dei diritti", in: *Enciclopedia del diritto*. Giuffrè. Milano, p. 825.

33 PERLINGIERI, P (2005). *Op. cit.* pp. 391-392.

34 Sobre los cambios introducidos la literatura hoy es muy abundante. Ver en la doctrina más reciente, PANE, R (Ed) (2014). *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione*. ESI, Napoli. Permitase, además, una referencia a PORCELLI, M (2013). "Note preliminari allo studio sulla unificazione dello stato giuridico dei figli", *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.º. 2. p. 654ss; ID, (2013). "Riforma dello status di filiazione e diritto successorio", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, n.º. 2. p. 112ss.

35 La previsión según la cual el menor de edad debe ser escuchado en todos los procedimientos relacionados con él, y en consecuencia, la referencia a su capacidad de juzgar, que se encuentran en el art. 12, párrafos 1 y 2 de la Convención de 1989 de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece la garantía al "niño capaz de discernimiento el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan" y sus opiniones "deben ser tomadas en consideración teniendo en cuenta que de su edad y grado de madurez"; el artículo 3 del Convenio de Estrasburgo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los menores habla de "un menor de edad que es considerado por la ley como

La referencia es, en particular, a las disposiciones de los artículos 315 bis y 316 del Código Civil que marcan la entrada definitiva en el ordenamiento jurídico vigente del derecho del niño a ser escuchado, incluso a la edad de doce años, cuando esté dotado con la capacidad de discernimiento, destinadas a la protección de sus intereses³⁶.

La escucha del menor se convierte en un momento importante "en todas las cuestiones y procedimientos relacionados con él," asegurándose de que, en relación con el ejercicio de los derechos relativos a su vida personal, la capacidad de actuar se sustituya por la capacidad de discernimiento como un concepto dinámico vinculado con la edad³⁷.

Este punto de vista, entre otros, no es en absoluto ajeno al sistema de justicia de menores³⁸ que --- consciente de la excesiva rigidez de la dicotomía de la capacidad-incapacidad para actuar,

para tener una comprensión suficiente", así como el art. 6 del Convenio de Estrasburgo de 2003; artículo 13 de la Convención de La Haya de 1980 sobre la sustracción internacional de menores permite que la autoridad niegue la medida anterior al retorno "si comprueba que el propio menor se opone a la restitución y haya alcanzado una edad y madurez en que resulta apropiado tener en cuenta su opinión"; artículo 24, párrafo 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que "los niños [...] pueden expresar libremente sus opiniones; esto se tiene en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez"; artículo 6 de la Convención de Oviedo al referirse a la legislación nacional para la determinación de las condiciones de capacidad del paciente menor de edad, dice que "en los casos en que de acuerdo con la ley un menor de edad no tenga la capacidad de dar su consentimiento para una intervención, ésta sólo puede hacerse con la autorización de su representante, u otra persona o autoridad designada por la ley" y que las opiniones del niño "se consideran elemento crucial en función de la edad y nivel de madurez".) En la literatura, ver PERLINGIERI, P (2012). Op. cit. p. 125ss; SERGIO, G (1999). "L'ascolto del minore e la giustizia", *Famiglia e diritto*. n.º 6, p. 590ss. En el derecho, para las referencias útiles sobre el derecho a ser oído antes de la inserción en el código civil de referencia normativa, ver Cass., 10 giugno 2011, n.º 12739, in: *Famiglia e diritto*. 2012. n.º 1. p. 37 ss. con nota di Tommaseo; Cass., 19 ottobre 2011, n.º 21651, *Foro it.* 2012. n.º 3. I. c. 821ss; también, in: *Famiglia persone successioni*. 2012. n.º 6. p. 426ss, con una nota de Gorini.

36 Sobre el contenido de la expresión "interés superior del menor", ver: DOSI, G (1995). "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni", *Diritto di famiglia e delle persone*. p. 1604 ss; FERRANDO, G (1998). "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali", *Politica del diritto*. p. 167ss; QUADRI, E (1999). "L'interesse del minore nel sistema della legge civile", *Famiglia e diritto*. p. 80 ss; CHIAPPETTA, G (2009). "Introduzione al volume La convenzione sui diritti dell'infanzia: conoscerla per rispettarla e farla rispettare", *Quaderni sociali*, Catanzaro, 2009, especialmente p. 9; más recientemente: BOCCCHINI, F (2013). *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*. Giappichelli, Torino, especialmente p. 235ss. En diferentes definiciones trazadas en textos legislativos, ver: DENTI, L & DANOVÌ, A (2000). "L'interesse del minore nella legislazione e nella giurisprudenza italiane", in: POCAR, V & RONFANI, P (Ed) (2000). *L'interesse del minore nella legge e nella pratica - Esperienze nazionali a confronto*, Guerini Scientifica, Milano, p. 167ss. Más específicamente, sobre el papel del niño en los procedimientos de adopción ver, RECINTO, G (2011). "Stato di abbandono morale e materiale del minore: dichiarazione e revoca della adottabilità", *Rassegna di diritto civile*. p. 1161ss y otras referencias. Sobre el papel de la evaluación del interés del menor en las acciones relativas al establecimiento de su estado me permito, por último, una llamada a PORCELLI, M (2012). "La contestazione e il reclamo dello status di figlio legittimo", *Diritto di famiglia e delle successioni*. p. 1751 ss.. De la primacía de los intereses de los hijos es circunspecto incluso el legislador que, como es bien sabido, a partir de finales de los noventa se ha elevado a un principal punto de referencia para todas las decisiones que le conciernen: pensar a l. n.º 149/2001 en materia de adopción, adoptabilidad y potestad, a l. n.º 154/2001 para las órdenes de protección contra la violencia intrafamiliar, o más, la legislación introducida por l. n.º 54/2006 en materia de custodia compartida de los hijos. No puede olvidarse, también, como primera señalado (ver nota 36) el papel desempeñado por el derecho convencional (ver. Art. 3º de la Convención de Nueva York, ratificado por l. n.º 176/1991) y europea (ver art. 24º de la Carta de Niza), que siempre ha de elevar el criterio del interés superior del hijo, sobre todo el menor, a criterio pre-eminentemente de juicio en todos los procedimientos relativos al mismo.

37 Ver en la literatura más reciente, SCAGLIONE, F (2014). "Ascolto, capacità e legittimazione del minore", in: *Il diritto di famiglia e delle persone*. n.º 1. pp. 426-427.

38 Nos referimos, en particular, a Trib. min. Milán, 15 de febrero de 2010, in: *Famiglia e diritto*. 2011. p. 401ss, con nota de F. Ruscello, *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a supernorme*. Ver también Trib. Min. Milán, 21 de enero de 2011, en bases de datos jurídicas on line. En la misma dirección ver también Trib. Roma, 11 de marzo de 2011, *Familia y derecho*. 2012, pp. 499 ss, con una nota de M. G. Ruo, *Personas menores de edad y los cambios en la identidad sexual*.

frecuentemente adopta soluciones mediadas por la capacidad de discernimiento del menor de edad, teniendo en cuenta las peculiaridades de cada caso individual³⁹.

COMENTARIOS FINALES

Las consideraciones llevadas a cabo hacen que parezca evidente de inmediato la inadecuación, en relación con el ejercicio de las situaciones existenciales, de las categorías tradicionales descritas, por la falta de idoneidad de éstas últimas para capturar todas las situaciones de la vida material⁴⁰.

Debe ser superada, entonces, la separación estricta, que se traduce en una alternativa legal formal, entre minoría y mayoría de edad, entre incapacidad y capacidad⁴¹. El contraste entre capacidad e incapacidad para actuar y entre capacidad e incapacidad de discernir y de desear, especialmente en las relaciones no patrimoniales, no se corresponde con la realidad⁴², como resultado de una metodología excesivamente abstrayente y generalizante⁴³. El mismo concepto de capacidad debe ser modulado y graduado, pero el instrumento no puede ser la edad, sino la capacidad de discernimiento.

La capacidad de entender, querer, discernir, son expresiones de la evolución gradual de la persona que, como titular de los derechos fundamentales, por definición, no transferibles a terceros, deben ser colocados en posición de ejercerlos paralelamente a su efectiva idoneidad, no justificándose la presencia de obstáculos de derecho o de hecho que impidan el ejercicio⁴⁴: el proceso gradual de maduración del menor de edad, como se ha mencionado varias veces, conduce a la progresiva realización de inseparabilidad programática entre titularidad y ejercicio en situaciones existenciales⁴⁵.

39 Ver GENTILE, F (1987). "La controversia alle radici dell'esperienza giuridica", in: PERLINGIERI P (Ed) (1987). *Soggetti e norma, individuo e società*, ESI, Napoli. pp. 143-144: "el conocimiento jurídico no se contempla nunca separado del propósito práctico de la aplicación y no se considera completo si es distinto del impacto con el caso concreto, con el hecho histórico que regula"; ID: *Filosofía del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Cedam, Padova, 2006, p. 216ss. Sobre la controversia como una "medida dialéctica" del ordenamiento jurídico ver: ID, (2005). *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*. Cedam, Padova. p. 46ss.

40 Son palabras de FALZEA, A (1982). "I fatti giuridici della vita materiale", *Rivista di diritto civile*. pp. 523-524.

41 Ver GIORGIANNI, M (1987) *Op. cit.*, p. 137ss.

42 Difusamente PERLINGIERI, P (1982). *Op. cit.*, p. 103ss.

43 Ver PERLINGIERI, P (1993). "Un dialogo ravvicinato tra scuole diverse", in: *Rassegna di diritto civile*. pp. 734-735, que niega que se puede atribuir "valor ontológico" a "fuerte proceso de abstracción y generalización conceptual", que puede, a lo sumo, reconocerse un "papel ordenador e instrumental." Ver también, ALPA, G (1993). *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*. Laterza, Roma-Bari.

44 PERLINGIERI, P (2003). "Diritto alla famiglia e minori senza famiglia", *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*. pp. 306-307.

45 Por lo tanto PERLINGIERI, P (1994). *Profili del diritto civile*. ESI, Napoli. p. 227; y también: ID: (1980). "Il diritto del minore all'assistenza: aspetti problematici ed attuativi", in: *Vita notarile*. pp. 1041ss, ahora también in: PERLINGIERI, P (2005). *Op. cit.*, pp. 295-296, sugiere "una nueva formulación, relativa y no rígida de capacidad, de imputabilidad, en una conexión más cercana si la identidad no es completa entre la titularidad y el ejercicio de los derechos y deberes fundamentales y en una superación de nociones (como la capacidad de actuar) - nacido para proteger los intereses principalmente patrimoniales- que no se adapta bien a situaciones existenciales, que están estrechamente relacionadas con la misma dignidad de la persona humana".

Utopía y Praxis Latinoamericana. Año 19, No. 67 (2014), pp. 37 - 45

Es necesario, por tanto, realizar una investigación sobre la base de caso por caso y con el fin de determinar específicamente si en el sujeto individual está presente o no la aptitud requerida. La referencia viene a ser, por lo tanto, a la llamada edad real –que se opone a la edad legal– cuya evaluación es devuelta una y otra vez a la libre apreciación del juez⁴⁶.

46 TAFARO, L (2003). Op. cit., especialmente p. 20, nota: 23.