

Más sobre la capacidad procesal del menor (a propósito del Artículo 451 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes)

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

SUMARIO:

Introito

- 2. La incapacidad procesal del menor.**
- 3. Supuestos de capacidad procesal del menor: el sentido del nuevo artículo 451 de la LOPNNA.**

INTROITO

Nuestra dedicación a temas afines a la capacidad, especialmente asociados a aspectos procesales en el ámbito civil, nos obliga a seguir afir-

* **Universidad Central de Venezuela.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Abogada. *Especialista en Derecho Procesal.* Doctora en Ciencias, Mención "Derecho". Profesora Asociado. Jefe de la Cátedra de Derecho Civil I Personas. Investigadora-Docente Instituto de Derecho Privado.

mando desde hace casi diez años, a raíz de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de 1998 o LOPNA¹ que el menor de edad no tiene, en principio, capacidad procesal, salvo que la ley se la conceda expresamente. Al efecto, algunos autores se pronunciaron sobre el tema de la capacidad procesal del menor de edad², llegándose al extremo de afirmar la capacidad procesal plena de niños y adolescentes a raíz de la LOPNA³.

Tuvimos ocasión de insistir en diversas oportunidades sobre lo impropio de pretender sostener en términos generales y sin mayor distinción, la capacidad procesal del menor de edad⁴, pues ello implica asimilar el concepto técnico de capacidad procesal (que faculta para cualquier actuación administrativa o jurisdiccional, incluyendo la disposición del

¹ G.O. N° 5266 del 2-10-98.

² Véase: Castillo Herde, Yumildre del Valle: *Capacidad jurídica procesal de los niños, niñas y adolescentes*. Especial referencia a la prueba de testigos. En: Cuarto Año de Vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. V Jornadas sobre la LOPNA. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 81-114. Véase también en: http://redlamyc.info/Comunicaciones_Region/Correos%20Varios/Archivos%20adjuntos/Capacidad%20juridica%20procesal%20de%20los%20ninos%20n.doc; Castillo Herde, Yumildre del Valle: *Consideraciones en torno a la noción de capacidad en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. En: <http://www.redlamyc.info/Eventos/Congreso%20Infancia%202003/Consideraciones%20al%20concepto%20de%20C...>; Guevara Velásquez, Margelis: *El Derecho a la justicia y a la capacidad procesal de los adolescentes*. En: LEX NOVA. N° 241. Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2003, pp. 77-92.

³ Véase: Hung Vaillant, Francisco: *Notas sobre la capacidad jurídica de niños y adolescentes a la luz de la LOPNA*. En: Revista de Derecho N° 2, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 341-359. El autor indica expresamente: "Lo cierto del caso es que —para bien o para mal— nuestros niños y adolescentes poseen en la actualidad capacidad procesal y que tal capacidad la pueden ejercer en forma personal y directa, sin representación ni asistencia de personas mayores de edad". (*Ibid.*, p. 354).

⁴ Véanse nuestros trabajos: *La capacidad procesal del menor de edad*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2002, Tomo I, pp. 427-464; *Reflexiones en torno a la capacidad procesal del menor en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Revista de Derecho N° 3, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 257-288 (también en: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2ª edic., 2006, pp. 89-120); *Consideraciones sobre los principios de la Niñez y la Adolescencia*. En: LEX NOVA. N° 242. Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2003, pp. 221 y 222 (también en: http://www.abogadoszulia.org.ve/pagina_nueva_11.htm)

derecho, en todas sus instancias)⁵ con algunas interesantes innovaciones de la LOPNA como la legitimación del adolescente en ciertos procedimientos, el derecho de todo niño o adolescente de acceder a los órganos competentes y a la jurisdicción al margen de los formalismos y de su incapacidad de obrar, y la imperiosa necesidad de escuchar la opinión del menor (independientemente de su edad) en todo procedimiento administrativo o judicial que ya estaba previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De allí que consideremos que cierta posibilidad de actuación procesal del menor no es en modo alguno asimilable o equivalente a "capacidad procesal" en la estricta acepción de su significado.

Creemos, que en la actualidad, tales ideas continúan plenamente vigentes, pero ha de precisarse si la Reforma de la LOPNA que tuvo lugar en 2007 o LOPNNA⁶, varió el panorama de la capacidad procesal del menor de edad. Seguimos refiriéndonos a "menor" porque no consideramos que dicho término presente contenido despectivo: simplemente alude a toda persona que no ha alcanzado la mayoría, es decir, que tiene menos de dieciocho (18) años⁷.

⁵ Véase: Betti, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic., 1943 (prólogo), Traducción de A. Martín Pérez, p. 14, el autor siguiendo a Carnelutti, distingue los actos procesales, según la respectiva función técnica que se confía a cada uno en la estructura conjunta de la relación en que se encuadran y en particular, según el modo en que cada uno de ellos concurre a la obtención del resultado de la relación total (por ejemplo, la diferenciación de los actos procesales en actos de adquisición, de gobierno, de elaboración, de composición procesal) o en actos inmediatamente operantes y actos optativos o excitativos, tendentes a un resultado que no depende de ellos solamente.

⁶ G.O. 5859 del 10-12-07.

⁷ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, 91-96; Baumeister Toledo, Alberto: *Anotaciones sobre la nueva normativa de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente relacionadas con los procedimientos de familia y de menores*. En: III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Romberg. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", Fundación Pérez Llantada, 2000, p. 93, indica el autor acertadamente que nada obsta para seguir denominando con el término "menores" a las personas que no han llegado a la mayoría.

1. LA INCAPACIDAD PROCESAL DEL MENOR

La regla seguía y sigue siendo la misma: el menor de edad, era y es, en principio incapaz de obrar⁸ y por ende incapaz procesal, salvo que la ley expresamente le confiera capacidad procesal plena o limitada. Pero tal concesión de capacidad no viene dada, por algunas importantes innovaciones procesales que no se asimilan a la acepción técnica de capacidad procesal. Fue así como insistimos en que los artículos 85⁹, 86¹⁰,

⁸ Véase: Ruiz Jiménez, Juana y otros: *Curso sobre la protección jurídica del menor. Aspectos teóricos y prácticos*. Madrid, edit. Colex, 2001, p. 33, indica respecto al Derecho español que "En relación con el menor de edad, en principio lo que se tiene claro, es que al no haber llegado a la mayoría de edad no tiene capacidad de obrar; no hay ninguna norma que haga esa indicación y especifique qué ámbito de capacidad tiene el menor...". En el Derecho venezolano, la incapacidad de obrar general del menor se deriva entre otros del artículo 18 del CC, que señala la capacidad de obrar del mayor de edad. De lo que se deduce la incapacidad de obrar de quien no ha llegado a la mayoría y por eso los progenitores tienen respecto de los hijos menores de edad los atributos de representación y administración (artículos 267 CC y 364 LOPNNA) y responsabilidad de crianza (358 LOPNNA). Pero veremos que ciertas normas especiales conceden capacidad de obrar expresa al menor, lo que constituye una excepción a su incapacidad general. Por otra parte, la edad, desde el punto de vista sustancial es una circunstancia que afecta de la capacidad de ejercicio, en el sentido que los menores de edad por naturaleza son en principio incapaces, no obstante, sus posibilidades de actuación en función de su desarrollo o discernimiento progresivo, a partir de la adolescencia y mientras se acerca a la mayoría.

⁹ Que prevé: "Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad, funcionaria o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna."

Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables". Véase: Wills Rivera, Lourdes: *Derechos fundamentales y deberes del niño y del adolescente*. En: LEX NOVA. N° 241. Colegio de Abogados del Estado Zulia, 2003, pp. 31-33, señala la autora: "... a nuestro modo de ver, los términos expresados en la norma en referencia, son ciertamente confusos". (*Ibid.*, p. 32).

¹⁰ Que indica: "Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos. Se debe garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo". Comentamos que dicha norma reproduce un concepto superado por la doctrina de la capacidad de obrar (ejercer o defender los derechos por sí mismo), toda vez que se admite que el incapaz de obrar también ejerce los derechos por sí mismo, por lo que debe precisarse que lo que define su incapacidad es la imposibilidad de realizar actos jurídicos válidos (negociales y procesales) por voluntad propia. Véase: Domínguez Guillén, La capacidad procesal..., pp. 447-449. Véase en consonancia con la norma en comentarios el artículo 13 de la LOPNNA titulado "Ejercicio progresivo de los derechos y garantías" que indica "Se reconoce a todos los niños, niñas y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva...". (Destacado nuestro) y agrega que los progenitores, representantes o responsables deben orientar al menor en tal ejercicio progresivo.

87¹¹ de la LOPNA que aludían al "derecho de petición", al "derecho a defender sus derechos" y al "derecho a la justicia", respectivamente, no se traducían en modo alguno en una concesión de "capacidad procesal" al niño y adolescente. Ello en consonancia con los artículos 26, 51 y 78 de la Carta Magna. Pero atender la petición directa de un incapaz no es concederle capacidad de obrar.

Lo anterior se asocia a la idea relativa a que ciertos derechos de la persona son independientes del status de incapaz. Así, por ejemplo, se indica que los derechos personalísimos inherentes a todo sujeto por su sola condición de tal, duran tanto como la vida del titular y por ende no se ven afectados por su incapacidad de obrar¹². El ámbito de la capacidad de obrar está relacionada a la realización por propia voluntad de actos jurídicos, esto es, actos voluntarios que producen efectos jurídicos y que dada su complejidad y consecuencias precisan de madurez, pero de una madurez o discernimiento distinto o superior al que se requiere para el ejercicio de algunos derechos de la personalidad. Éstos en ciertos supuestos simplemente suponen discernimiento, como es el caso de la libertad religiosa; y así por ejemplo en materia de disposición del cuerpo, se acota que debe considerarse la competencia o discernimiento del menor al margen de su incapacidad de obrar¹³. De allí que se afirme que aunque parezca paradójico el adolescente podría decidir ciertos aspectos relativos a sus derechos personalísimos pero no disponer de su

¹¹ Que dispone: "Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de acudir ante un tribunal competente, independiente e imparcial, para la defensa de sus derechos e intereses y a que éste decida sobre su petición dentro de los lapsos legales. Todos los y las adolescentes tienen plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho."

Para el ejercicio de este derecho, el Estado garantiza asistencia y representación jurídica gratuita a los niños, niñas y adolescentes que carezcan de medios económicos suficientes".

¹² Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. En: Revista de Derecho N° 7, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 82 y 83.

¹³ *Ibid.*, p. 169. Véase: Kemelmajer de Carlucci, Aída: *El Derecho del menor a su propio cuerpo*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, p. 255, la autora diferencia entre capacidad y competencia, indicando que si bien el menor puede no tener la primera en razón de la edad, puede tener la segunda si puede entender cabalmente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar.

patrimonio¹⁴. Sin embargo, aun en el ámbito personalísimo a propósito de una transfusión de sangre en discusión por motivos religiosos, a realizarse en adolescente, el Máximo Tribunal indicó que el discernimiento lo presume nuestro ordenamiento alcanzado plenamente cuando se alcanza la mayoría¹⁵.

Por ello la noción técnica de capacidad de obrar dirigida a la realización por voluntad propia de actos jurídicos (que incluye los procesales) debe dada su complejidad, en principio deslindarse de algunos supuestos que impliquen poder de decisión del incapaz de ejercicio¹⁶.

¹⁴ Véase: Asencio Sánchez, Miguel Ángel: *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia*. España, Tecnos, 2006, p. 42, nota 53, "Nos estamos refiriendo al supuesto resuelto por la STC 154/2002 del 18 de julio, en los que se absuelve a los padres testigos de Jehová de un delito de homicidio al reconocer el Alto Tribunal relevancia a la oposición del menor al tratamiento para eximirles de responsabilidad aunque de forma no lógica porque el propio TC reconoce que el menor no tenía plena capacidad natural, lo que es consecuencia...de los remisas que son la jurisprudencia ya la doctrina para dejar en manos del menor decisiones sobre su salud que puedan tener un carácter irreversible". Véase tal decisión en: www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/054.htm. Sin embargo, tales consideraciones, por lo demás delicadas y complejas, asociadas al ejercicio de los derechos de la personalidad de los incapaces de obrar supone darle cabida al "discernimiento", especialmente en caso de adolescentes próximos a la mayoría.

¹⁵ Véase: TSJ/SC, Sent. 1431 del 14-8-08, se agrega "Por la otra, es necesario señalar que la objeción de conciencia exige discernimiento pleno para aquilatar los pro y los contra de su decisión; discernimiento que nuestro ordenamiento presume que es alcanzado plenamente cuando se llega a la mayoría de edad. Por tanto, en el caso específico de la objeción de conciencia ante la transfusión de hemoderivados se debe advertir que dicho derecho, por la trascendencia de su resultado, exige una capacidad jurídica plena que haga presumir un entendimiento cabal de la responsabilidad que genera tal decisión". Sin embargo, la sentencia indica; "Por tanto, sólo para el supuesto de que la transfusión de hemoderivados sea la única opción científicamente comprobada y tecnológicamente asequible en el país para resguardarle la vida al paciente-objeto, la transfusión de hemoderivados aun en contra de la voluntad del paciente-objeto es lo correcto y legalmente procedente para el médico, pues, como se ha dicho, el derecho a la vida no es un derecho de libertad que implique disponibilidad. Se trata de un derecho que merece protección absoluta aun en contra del titular, por lo que la transfusión de sangre en contra de la voluntad del paciente tiene respaldo constitucional tras el acto de ponderación entre el derecho a la vida y a la libertad religiosa realizada por esta Sala en el presente fallo. De ese modo, la acción del médico en tal sentido tendría cobertura constitucional por cuanto constituiría un 'estado de necesidad'" (Destacado original). Véase sin embargo: Domínguez Guillén, *Aproximación...*, pp. 162-170, el derecho personalísimo a la disposición del cuerpo faculta a negarse a intervenciones médicas aunque impliquen el riesgo de perder la vida; se trata de una decisión personalísima que sólo puede decidirse en función de la autodeterminación del sujeto (una intervención médica forzosa sería contraria a la dignidad humana).

¹⁶ Véase: Rivero Hernández, Francisco: *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2000, p. 120, indica que la minoría no significa que la voluntad sea inoperante; el propio ordenamiento le da protagonismo a medida que con la edad se desarrollan sus capacidades intelectivas y volitivas.

Por eso se indica que la capacidad es presupuesto necesario para la realización de actos jurídicos¹⁷.

La presunción de incapacidad de obrar del menor de edad sigue inalterable¹⁸, pues la excepción a la misma inclusive procesal, viene dada por los casos en que la ley le concede al menor capacidad de obrar expresa para ciertos actos en función de su madurez. Las excepciones a la incapacidad de obrar del menor, es decir, los supuestos en lo que la ley le concede al adolescente capacidad plena o limitada para realizar ciertos actos jurídicos, no desvirtúan la incapacidad genérica de obrar que afecta al menor, a falta de previsión expresa¹⁹. La capacidad procesal a nivel general se adquiere con la mayoría que concede plena capacidad de obrar²⁰. La minoridad constituye un estado general de incapacidad de obrar en razón de la edad.

¹⁷ Pereznieto Castro, Leonel: *Introducción al estudio del Derecho*. México, Oxford University Press, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 5ª edic., 2006, p. 111.

¹⁸ De allí que consideramos impropia, respecto del ámbito civil, la siguiente afirmación; "El cuerpo normativo actual da al traste con la presunción de incapacidad de los menores de edad y consagra la incapacidad de ejercicio progresivos de derecho y la exigibilidad, incluso penal...". (Irazu Silva, José Luis y otros ("con la colaboración de"): *Implicaciones de la consideración del adolescente como sujeto de derecho en el ámbito de lo sustantivo y procesal penal*. En: VII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Homenaje a Margelys Guevara Velásquez y Carmen Isolina Ford Alemán. Caracas, Universidad Católica "Andrés Bello", 2006, p. 229. (Destacado nuestro).

¹⁹ Véase: D'Antonio, Daniel Hugo: *Actividad jurídica de los menores de edad*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 3ª edic., 2004, p. 19, indica el autor que "la incapacidad de obrar de los menores y las excepciones a la misma, se presentan proyectadas en función de actos jurídicos determinados, teniendo presente siempre el principio general que consagra la básica incapacidad genérica de todo menor".

²⁰ Véase: <http://guarico.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/396-16-3162-05-01-1105.html> (dato incompleto en la web) "...la capacidad para obrar, es la idoneidad que la ley reconoce a quien haya cumplido una determinada edad para proveer con su voluntad el ejercicio de los propios derechos, es lo que llamamos capacidad procesal, referida ésta a la posibilidad de realizar actos válidos procesales, es decir, que tiene la libre disposición de sus bienes, lo que es capaz de gestionar por sí o por medio de apoderado(s), tales derechos en juicios" (Destacado nuestro); Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sala de Juicio-Juez Unipersonal N° 2, Sent. 26-6-07, Exp.: 8184, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/522-26-8184-363.html> "...pero es el caso que dicha ciudadana ya cumplió los dieciocho años, situación que la capacita para tener plena capacidad procesal, y a pesar de haber sido escuchada su opinión cuando aún era menor de edad, tomando en cuenta que estaba haciendo uso del ejercicio progresivo de los derechos y garantías que ésta posee, donde se reconoce a todos los niños y adolescentes el ejercicio personal de sus derechos y garantías, de manera progresiva y conforme a su capacidad evolutiva. Tal como lo establece el artículo 13 *eiusdem*. Por lo anteriormente expuesto, este Tribunal deja sin efecto la comparecencia de la progenitora de la prenombrada adolescente".

Señalamos, que pretender la capacidad procesal del menor llevaría al absurdo de sostener que un niño podría otorgar por sí solo un poder a un abogado para que lo represente en juicio o que el representante legal del menor, ya no ejerce la representación legal en la esfera judicial, inevitablemente asociada al atributo de la administración²¹ (como forma de protección)²² o que el menor podría ser citado personalmente como demandado. El sentido de la ley es otro; que el menor pudiera acceder directamente al órgano administrativo protector y jurisdiccional al margen de formalidades y de su incapacidad de obrar porque, ello constituye garantía efectiva en su protección y porque precisamente el llamado a protegerlo o representarlo puede ser quien esté violando sus derechos o está inerte ante sus necesidades; ¿Por qué no considerar entonces la solicitud, petición o reclamo del menor al margen de su edad y de su incapacidad de obrar?

El derecho de acceso a la justicia o posibilidad de acudir directamente al Juez no obstante la incapacidad²³, consagrado en el artículo 87 de la LOPNNA, no se asimila a la capacidad procesal. Pues la primera, supone simplemente acudir al Juzgador para requerirle una solicitud en defensa de los propios derechos, en tanto que la segunda implica actuaciones mucho más complejas, esto es, tramitar por voluntad propia un juicio en todas sus instancias e incidencias, en ejercicio precisamente de la capacidad de obrar²⁴ que concede el desarrollo y el discernimien-

²¹ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 114 y 115; Domínguez Guillén, *La capacidad procesal...*, p. 449.

²² Véase: *Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del Menor*, www.lgluduenia.com.ar/derechodelnino.pdf "la representación jurídica de los hijos es una de las formas de protección de incapaces".

Se agrega que los menores adultos (denominados así en Argentina por estar entre los 14 y 21 años) se encuentran sometidos a la representación procesal necesaria de sus padres o tutores, salvo las excepciones que prevé la ley.

²³ Véase: Wills Rivera, *Ob. Cit.*, pp. 38 y 39, indica la autora que "el ejercicio de acceso a la justicia en forma personal, ya había sido considerado por la legislación civil vigente, pero circunscrito a supuestos específicos en los cuales el legislador lo había estimado pertinente, es decir, por vía excepcional". La autora cita como ejemplos en el Código Civil, los artículos 222, 227 y 268.

²⁴ Véase: Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Los Andes con sede en San Cristóbal Estado Táchira, Sent. 29-9-04, Exp N° 0131, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/1324-29-0131-.html> "La capacidad procesal se refiere al libre ejercicio de esos derechos en un litigio, se refiere a la posibilidad de actuar en juicio... De acuerdo con lo antes expuesto, la capacidad para comparecer en juicio es una consecuencia necesaria de tener plena capacidad jurídica y capacidad de obrar".

to²⁵. Ni siquiera cabe sostener —a nuestro criterio— la capacidad procesal plena respecto del adolescente, dada la redacción del artículo 87 de la LOPNNA (que indica que éste tiene "plena capacidad de ejercer directa y personalmente este derecho") relativo al derecho de acceso a la justicia²⁶, pues éste no se equipara a la capacidad procesal. Expresión que generó confusión al pretenderse entonces que el niño no podía acceder directamente a la justicia.

En nuestra opinión, no resulta acertado concluir una pretendida capacidad procesal a favor del adolescente por oposición al niño, en atención a la redacción de tal norma. El sentido de la ley es garantizar el derecho de acceso a la jurisdicción tanto al niño como al adolescente no obstante la incapacidad procesal de ambos. Se dice que el adolescente puede acudir directamente ante el Juez sin necesidad de representante legal y que sólo precisaría asistencia técnica²⁷, a lo que cabría preguntarse si ¿El Juez podría ignorar la petición que un niño haga por sí solo porque la ley alude al acceso directo del adolescente? En nuestro criterio no: el Juez debe considerar inclusive la petición directa del niño porque el sentido de la ley es tomarlo en cuenta, en su acceso a la jurisdicción, al margen de formalismos y de su incapacidad de obrar. Es decir, el Juez está obligado a considerar la petición del menor al margen de su edad y de su incapacidad procesal (independiente del resultado); ésta no puede ser alegada para no admitir la solicitud, inclusive en caso del niño según ha indicado el Máximo Tribunal²⁸. Vale resaltar adicionalmente que los citados artículos 85 y 86 de la LOPNNA consagran el derecho tanto de

²⁵ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 119, "De allí que se atienda a la solicitud del principal interesado no obstante su incapacidad de obrar. Pero esto no le concede capacidad procesal, pues ésta supone una gama de actuaciones mucho más complejas que la simple posibilidad de iniciar un proceso".

²⁶ Véase en tal sentido: Guevara Velásquez, *Ob. Cit.*, pp. 88 y 90, indica la autora que los adolescentes tienen capacidad procesal plena para ejercer la defensa de todos sus derechos ante el órgano jurisdiccional competente (*Ibid.*, p. 88) a diferencia de los niños que no tienen capacidad procesal plena para acudir al órgano jurisdiccional directa y personalmente; en tales casos, el juez puede suplir la representación legal con el régimen correspondiente, mientras que tratándose de adolescente sólo se requiere la defensa técnica. (*Ibid.*, p. 90).

²⁷ Véase: *idem*.

²⁸ Véase con relación a tal derecho y la posibilidad de acceso directo de una niña de 9 años: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 2856 del 9-12-04 (citada *infra* en su texto).

niños como adolescentes de dirigir peticiones o defender sus derechos “por sí mismos” y se reconoce a ambos el “ejercicio personal y directo” de tales derechos, por lo que no es consecuente pretender limitar el ejercicio directo de acceso de la justicia exclusivamente al adolescente, en razón de la redacción del artículo 87 *eiusdem*²⁹.

De allí que resulte inoficioso distinguir entre niño y adolescente, a los fines del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y pretender que el niño precisa de representación legal para ejercer una petición ante el Juez, en tanto que el adolescente la puede hacer directamente; ambos pueden hacerlo por sí solo³⁰ y de seguidas en ambos casos se ha de proceder a subsanar la incapacidad procesal, a los fines de la continuación del proceso, lo que supone la búsqueda de su o sus representantes legales o, en su defecto, un curador *ad hoc*, amén de la asistencia legal pertinente. O es que por ejemplo: ¿Cabe pensar que un adolescente no emancipado podría tramitar por sí solo un juicio de reivindicación o de cumplimiento de contrato de un bien de su propiedad al margen de su representante legal que a la vez es el administrador de sus bienes? Según indicamos, ello no sólo sería absurdo sino contrario a los intereses del menor³¹. En fin, en esta materia no cabe asimilar el acceso a la justicia, aunque sea directo, con la capacidad procesal.

Por lo que en modo alguno perdía (ni pierde actualmente) aplicación o podrían considerarse derogados los artículos 136 y 137 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la capacidad para obrar en juicio y a la forma de

²⁹ Pues en definitiva el derecho de acceso a la jurisdicción se presenta como una especie del derecho de petición.

³⁰ Si un niño logró por sí solo acceder a la jurisdicción al margen de sus representantes, merecería ser escuchado. Mal podría desecharse su petición en atención a un infundado criterio distintivo de capacidad procesal a favor del adolescente, a diferencia del niño: ambos son incapaces de obrar y por ende incapaces a nivel procesal, ello se subsanará por los formas que dispone la ley, pero la petición inicial de cada uno no puede ser desatendida por el Juzgador.

³¹ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 116, “Pareciera no sólo contrario a la normativa que inspira la capacidad, sino perjudicial a los intereses del propio menor de edad, porque esa presunta ‘capacidad procesal plena’ que algunos sostienen a favor del menor, se revertiría en su propio perjuicio. De allí que creemos que la posibilidad de actuación de los menores en términos generales se orienta en el sentido de dirigirse contra sus propios representantes o ante la omisión de éstos, pero sin que los mismos pierdan su condición de representantes legales, incluyendo la materia procesal”.

subsanar la incapacidad procesal de los incapaces³². De allí que cierto sector de la doctrina acertadamente aclarase que las normas de la LOPNA encuentran “como limitativo la capacidad para comparecer en juicio que tiene relación con los presupuestos procesales imperativos”³³. Pues en definitiva “no hay duda que, afirmar categóricamente que el niño o adolescente tienen capacidad procesal, es echar a un lado todas las nociones que hemos armado sobre capacidad de obrar”³⁴. Es decir, la incapacidad procesal del menor no se vio afectada en base a las citadas disposiciones. Pues no debía confundirse los “derechos procesales del menor”³⁵ o ciertas “actuaciones procesales” de éste con la “capacidad procesal”³⁶.

La jurisprudencia también se pronunció delimitando el sentido de la ley y ratificando la incapacidad procesal del menor de edad con independencia de su derecho de acceso directo a la jurisdicción. Se indica que “un ejemplo clásico de incapacidad procesal, lo es, la minoridad, en tanto que el menor puede ser el legitimado pasivo o activo de una relación procesal, no obstante para actuar en juicio, necesita la representación o autorización, según sea el caso”³⁷. El Máximo Tribunal

³² Así como la procedencia de la respectiva cuestión previa, prevista en el artículo 356, ord 2º del Código Adjetivo. Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 18-2-06, Exp. N° 20.206, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/959-18-20206-1.html> “El ordinal 2º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, se refiere a la ilegitimidad de la persona del actor por carecer de capacidad necesaria para comparecer en juicio, verbigracia un menor de edad o un entredicho, o un inhabilitado. Tal cuestión previa se subsana mediante la comparecencia del demandante incapaz, legalmente asistido o representado, conforme lo prevé el artículo 350 *eiusdem*”. (Destacado nuestro).

³³ Quintero Tirado, Mariolga: *Los principios procesales en el marco de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. II, p. 292.

³⁴ De Freitas De Gouveia, Edilia: *La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2002, Vol. I, p. 330.

³⁵ Véase: Guzmán Fluja, Vicente Carlos y Raquel Castillejo Manzanares: *Los derechos procesales del menor de edad en el ámbito del proceso civil*. Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 96. Véase que no obstante el título de la obra los autores indican que: “La plena capacidad procesal, entendida como la aptitud para ejercer válida y eficazmente los derechos, así como para asumir las obligaciones dentro del proceso no es un atributo que se predique del menor de edad”. (*Idem*).

³⁶ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 119.

³⁷ Sala de Despacho del Juzgado del Municipio Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 14-10-03, Exp. 1687-03, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2003/octubre/108-14-1687-03-.html>

indicó que la posibilidad del adolescente de acudir directamente a plantear su solicitud no implica capacidad procesal, aun cuando la petición “puede ser propuesta directa y personalmente por el adolescente sin participación inicial de su representante” pero ello debe complementarse o integrarse con la actuación del representante legal, y en defecto de éstos, por un curador³⁸. En el mismo sentido, se pronunciaron

³⁸ Véase TSJ/Sala Social, Sent. N° 257 del 16-3-04, J.R.G., T. 209, pp. 713-717, especialmente pág. 717. “En tal sentido, debe observarse que a los niños y adolescentes a partir de la promulgación de la ley se les han reforzado los derechos previstos a favor de todas las personas, adecuándolos a su condición específica, de allí que considera esta Sala de Casación Social que la legislación garantiza a partir del referido precepto normativo el derecho de acceso a la justicia plena de los adolescentes, concretamente, al poder éstos requerir directamente del Estado, la prestación jurisdiccional o tutela judicial de sus derechos. Empero, no debe considerarse que el ejercicio del derecho en referencia concede plena capacidad procesal, pues como lo refiere la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 457, ésta debe integrarse bien por su representante legal quien conforme a lo establecido en el artículo 13 *eiusdem* tiene un deber de orientación y es generalmente el administrador de los bienes en el ejercicio de la patria potestad conforme lo prevé el artículo 348 y, en aquellos supuestos en que existan intereses contrapuestos entre los representantes legales y los adolescentes (fundamentalmente en asuntos de familia), debe perfeccionarse con un representante judicial designado por el juez, ello, a los fines de proseguir con el procedimiento respectivo una vez planteada la solicitud o petición, la cual, como ya se señaló, puede ser propuesta directa y personalmente por el adolescente sin la participación inicial de un representante, todo ello sin menoscabo del derecho de opinar y ser oído, previsto en el artículo 80 de la Ley en referencia”. Véase también: TSJ/Cas. Civil, Sent. N° 00131 del 13-4-05, J.R.G., T. 221, pp. 550-552, “En aplicación del texto trasladado al *sub iudice*, donde se configuran los mencionados intereses contrapuestos entre la adolescente demandante y su representante legal (padre) quien es el demandado, siendo que tal como acertadamente dispuso el *ad quem*, el artículo 87 *eiusdem* reconoce a los predichos sujetos especiales la facultad que tienen de acudir *ab initio* de manera directa y personal ante la vía jurisdiccional para plantear la defensa de sus derechos e intereses, lo cual posteriormente debe “perfeccionarse” con un representante judicial designado por el juez...”. Véase: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 2856 del 9-12-04, voto concurrente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán que indica: “De modo que, en amparos que versen sobre los intereses de los niños, niñas y adolescentes –opina la concurrente– que la representación de éstos debe ser controlada *ab initio* por el Juez, como rector del proceso; tal y como lo establece el artículo 457 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, aplicable supletoriamente a tenor del artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que a la letra dice: “Artículo 457. Representante Judicial. En defecto de representante legal, o cuando exista intereses contrapuestos entre el niño o adolescente y quienes ejercen su representación, el juez le designará, en el mismo acto, un representante judicial para que le brinde asistencia técnica y continúe el proceso”. Conforme a la disposición de ley transcrita, existen dos supuestos de hecho a considerar cuando de la representación de niños, niñas y adolescentes se trate, a saber: a) cuando no dispongan de representante legal y; b) cuando existan intereses contrapuestos entre el niño, niña o adolescente y quienes ejerzan su representación legal. En el caso *sub iudice*, el aspecto controvertido se adecua al supuesto de hecho de la letra b), pues no sólo existe controversia entre los cónyuges para ejercer la guarda y custodia de la niña..., sino que la misma niña solicita en amparo la revocación de la custodia

los jueces de instancia³⁹, aclarando en forma acertada que “los niños y los adolescentes no gozan de capacidad procesal, no obstante lo establecido en el artículo 87 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente”⁴⁰. Se agrega según indicamos *supra* que la

legal autorizada judicialmente; caso éste en el cual, el Juez *ab initio* y de oficio debió proveer a la niña accionante de representación procesal, ya que de lo contrario, pudiera alterarse el sistema de garantías en esa jurisdicción especial y afectarse el interés superior del niño”. Véase también: Cristóbal Cornieles Pret Gentil: *Los Principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. En: Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 41, el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, debe ser ejercido bajo la orientación de sus padres, de conformidad con el art. 13 de la LOPNA.

³⁹ Véase referencia a decisión del Juez superior en: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 5118 del 16-12-05, “El referido Juzgado Superior, fundamentó su decisión en los siguientes términos:... Empero, aclara esta Alzada, como bien lo hizo la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (Sentencia N° 257 del 16/03/2004, Expediente N° 3445) y la Magistrada de la Sala Constitucional de este mismo Tribunal, Dra. Carmen Zuleta de Merchán, en su opinión concurrente al fallo 9/12/2004 (Caso: Leonela María Helm Isaza vs Sala de Juicio Juez Unipersonal N° 2 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia Exp. 03-1684) que no debe entenderse el ejercicio del derecho en referencia da plena e ilimitada capacidad procesal a niños y adolescentes, pues como lo refiere la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 457, esta (sic) debe integrarse bien por su representante legal (*omissis*); y en aquellos otros casos donde existan intereses contrapuestos entre esos representantes legales (*V. gr.* Padres, tutores, curadores, responsables, etc.) y los niños o adolescentes, debe perfeccionarse con un representante judicial designado por el Juez de la Sala de Juicio, ello a los fines de proseguir con el procedimiento respectivo, una vez planteada la solicitud o petición, la cual, como ya se señaló, puede ser propuesta directa y personalmente por el menor o adolescente”.

⁴⁰ Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 1-6-07, Exp. N° 5622, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/junio/1321-1-5622-02.html>.

Agrega la sentencia: “...por cuanto la capacidad para realizar actos procesales propios por exclusiva voluntad exige capacidad de discernir, entender y de querer, y esto sólo lo tienen los mayores de edad. Por ello, compartimos la opinión de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén, cuando expresa: “Reiteramos que los artículos 86 y 87 no convierten a un ser incapaz de obrar por naturaleza en plenamente capaz desde el punto de vista procesal. La noción técnica de la capacidad procesal, necesariamente vinculada al discernimiento y a la voluntad propia, no puede confundirse con una sana participación activa del niño o del adolescente en los juicios donde éstos sean los principales interesados. Ese y no otro debe ser el espíritu de una ley de protección”. (Ensayos sobre Capacidad y Otros Temas de Derecho Civil” Segunda edición. Colección del TSJ, Caracas 2006 págs. 105 y 106). El Artículo 270 del Código Civil: “Cuando haya oposición de intereses entre el hijo y el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, el juez de menores nombrará a los hijos un curador especial. Si la oposición de intereses ocurre entre los hijos y uno de los progenitores, el otro asumirá la representación.

solicitud del “niño” ha de ser atendida en atención al derecho de acceso a la justicia y no puede ser declarada inadmisibile con base a la incapacidad procesal⁴¹.

3. SUPUESTOS DE CAPACIDAD PROCESAL DEL MENOR: EL SENTIDO DEL NUEVO ARTÍCULO 451 DE LA LOPNNA

Ahora bien, cabe preguntarse si la Reforma de la LOPNA, esto es, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de 2007 o LOPNNA, cambia la situación referida. Ello, dada la inclusión del artículo 451 titulado “Capacidad procesal de adolescentes”, dentro del Capítulo IV relativo al “Procedimiento ordinario” de la citada ley. Tal disposición se encontraba originalmente con el mismo número en el

“(…) En la presente causa, el adolescente (Se omite el nombre por disposición expresa de la Ley) ha sido vinculado como sujeto procesal demandado en posición antagónica, a la de su madre, y no obstante que se le ha asignado una defensora judicial, las funciones de ésta se circunscriben a prestarle defensa técnica dentro del proceso en razón a la falta de capacidad de postulación. Pero para complementar la falta de capacidad sustancial necesaria, de donde deriva la capacidad procesal, a los fines de actuar válidamente dentro del proceso, controlando incluso a la propia defensora judicial, o disponiendo nombrar un defensor privado, si lo prefiere, carece de la asistencia o representación necesaria, corriendo peligro sus intereses, debido a lo cual, en opinión de este juzgador, se ha configurado una causal de nulidad que infecciona todo lo actuado. Para esta superioridad, el vicio que afecta al proceso, sólo lo hubiese podido convalidar tácitamente la conducta procesal de la defensora pública con su presencia en algún acto del proceso, siempre y cuando, para ese momento, el adolescente ya estuviese provisto de un curador. Por consiguiente, no se pudo lograr la finalidad perseguida con el acto de la citación omitida, que era lograr la comunicación procesal más trascendente del juicio, al adolescente, sometido al régimen de asistencia de incapaces”.

⁴¹ Véase no obstante que se utiliza impropriadamente la expresión capacidad procesal: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. N° 2856 del 09-12-04: “...Las previas consideraciones conducen a afirmar, sin lugar a dudas, que la acción de amparo promovida por la niña ...de nueve (9) años de edad, asistida por la ...antes identificada, con motivo de una situación que denuncia como lesiva para su estabilidad mental y emocional no debió ser inadmitida por falta de capacidad procesal, pues ello evidencia una negación rotunda del derecho de acceso a la justicia, de allí que lo procedente es ordenar a dicho Tribunal, se pronuncie nuevamente sobre la admisibilidad del amparo propuesto, omitiendo pronunciamiento sobre la circunstancia antes examinada. Así se declara” Véase también en la misma decisión: voto concurrente de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán (citado *supra*).

Proyecto de Reforma Procesal elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia⁴². Dicha norma prevé:

Los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio; en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial.

En aquellos procesos iniciados por los y las adolescentes, sus padres, madres, representantes o responsables pueden intervenir como terceros interesados.

¿Se puede sostener a raíz de la Reforma de la LOPNA o nueva LOPNNA la capacidad procesal plena del adolescente?

Si se lee con detenimiento la citada disposición, podrá apreciarse que la “*plena capacidad en todos los procesos*” relativos a acciones dirigidas a la defensa de los derechos e intereses del adolescente tiene lugar en aquellos casos “*en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio*”. Siendo así, agrega la norma, el menor podrá otorgar directamente un poder a un abogado para que lo represente en juicio, por ser ésta una de las formas de actuación judicial, amén de la asistencia del profesional del derecho, es decir, la actuación conjunta con el abogado, quien tiene la capacidad de postulación o conocimiento técnico del Derecho⁴³.

⁴² Véase: *Proyecto de Reforma Procesal de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, Magistrado Juan Rafael Perdomo Coordinador de la Comisión Redactora, 2005, p. 59: “Los adolescentes tienen plena capacidad procesal para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio; en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial.

En aquellos procesos iniciados por los adolescentes, sus padres, representantes o responsables podrían intervenir en el mismo como terceros interesados”.

⁴³ Véase sobre la capacidad de postulación: Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 3-9-04, Exp. N° 11029. <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/732-3-11029-.html>

De allí que la norma en comentarios, en nuestro concepto, es sumamente clara en subordinar la capacidad procesal a aquellos casos en que la ley le concede al menor capacidad de ejercicio, denominada también "capacidad de obrar". Lo cual es lógico porque la capacidad procesal no es sino una consecuencia de la capacidad de ejercicio. De allí la incapacidad de ejercicio del menor como regla, salvo previsión especial en contrario.

Sin embargo, la ley puede excepcionalmente conceder al menor capacidad de ejercicio, para ciertos actos. Esto pues recordemos, que no obstante la incapacidad de obrar del menor, existen supuestos en que el ordenamiento expresamente le concede al adolescente, capacidad plena (para actuar por sí solo) o capacidad limitada (precisa de asistencia o autorización no obstante mantenerse la iniciativa del acto) para la realización de determinados actos jurídicos.

Al efecto, comenta acertadamente D'Antonio que la ley lo que hace es reconocer la trascendencia que adquieren ciertas edades dentro del estado de minoridad, para la realización de ciertos actos jurídicos concretos. Sin que deje de funcionar como regla general el elemento protectorio de la incapacidad; en tales casos, la norma jurídica hace un paréntesis y permite al menor por sí mismo o con asistencia realizar válidamente un acto determinado⁴⁴. La propia ley establece excepciones a la regla general de la mayoría de edad como atributiva de capacidad de obrar, existiendo previamente otras edades jurídicamente relevantes en las que se le confiere al menor capacidad para realizar ciertos actos jurídicos⁴⁵. A pesar de la incapacidad de obrar general que afecta al menor, son tan importantes los casos en que el orden jurídico le concede capacidad de obrar, que cuando se compara al adolescente con el entredicho judicial, se debe admitir que el primero no se presenta "enteramente" incapaz. De allí que algunos admitan que el menor no es un incapaz⁴⁶ o más precisamente, al igual que el inhabilitado es un incapaz relativo, o para algunos "parcialmente capaz". Pero en todo caso, tales distinciones no deben hacer perder de vista que la incapacidad de obrar del menor es la

⁴⁴ D'Antonio, *Ob. Cit.*, p. 19.

⁴⁵ Ascencio Sánchez, *Ob. Cit.*, p. 36.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 38.

regla y la capacidad la excepción, la cual debe ser expresa. Como afirma González del Solar, la incapacidad de obrar del menor tiene por sí misma una gradación decreciente, según la edad, que con excepciones le va abriendo un espacio progresivo a la actuación jurídica⁴⁷.

En materia laboral, la capacidad negocial y procesal del adolescente de catorce (14) años es plena (actúa por sí solo) a tenor del artículo 100 de la LOPNNA⁴⁸. La administración del producto de su trabajo tiene lugar en las mismas condiciones que el menor emancipado por remisión del artículo 273 CC (capacidad limitada). La capacidad negocial del menor para el acto personalísimo del reconocimiento voluntario filiatorio es plena si cuenta con dieciséis (16) años y es limitada si tiene menos de tal edad porque precisa autorización⁴⁹. El menor presenta capacidad plena para disponer de sus bienes por testamento a partir de los dieciséis (16) años y antes de tal edad si está emancipado (art. 837, ord. 1° CC); puede contraer matrimonio con la correspondiente autorización, la cual no es fundamental respecto de la validez del mismo si se cuenta con la edad mínima para contraerlo⁵⁰; y tiene capacidad limitada para efectuar capitulaciones matrimoniales (art. 146 CC). El menor de edad ejerce la patria potestad de sus hijos, específicamente el atributo por excelencia de la misma, esto es, la responsabilidad de crianza (antigua "guarda"), aunque en razón de su incapacidad de obrar no ejerza los atributos de representación y administración (arts. 263 y 277 CC); tal supuesto no es consecuencia de atribu-

⁴⁷ González del Solar, José H.: *Derecho de la Minoridad. Protección Jurídica de la Niñez*. Córdoba, Argentina, edit. Mediterránea, 2005, p. 63.

⁴⁸ Véase también: artículos de la LOPNNA, 101, 103 y 84, relativos al derecho de sindicación de los adolescentes, al derecho de huelga y al derecho de asociación, respectivamente. Puede verse también: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad laboral del menor de edad*. En: *Estudios sobre Derecho del Trabajo. Homenaje a José Román Duque Sánchez*. Colección Libros Homenaje N° 9. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor, 2003, pp. 377-401.

⁴⁹ Véase: Art 222 CC; Artículo 22 de la Ley de Protección a las Familias, la maternidad y la paternidad: "Instructivo del Proceso de Identificación Civil de Niños, Niñas y Adolescentes nacidos en Venezuela" (*Gaceta Oficial* N° 37.771 del 09 de septiembre de 2003), artículo II.1.2.2.1: "Si es menor de 16 años se requerirá, a los efectos del reconocimiento del (de la) recién nacido (a) como hijo (a), la autorización del padre, madre o su representante legal: En su defecto, la autoridad del Registro está obligada a notificar al Consejo de Protección respectivo, a los fines que dicte la medida de protección, si es necesario, o a las Defensorías del Niño y del Adolescente para que presten los servicios requeridos, a fin de garantizar el derecho a la identidad".

⁵⁰ Véase artículos 46, 59 y ss, 62, 131, ord. 3° CC.

ción de capacidad de obrar sino deriva del autogobierno adquirido por el menor de edad que se constituye en progenitor⁵¹. En materia penal, de conformidad con el artículo 656 de la LOPNNA, el adolescente imputado puede elegir defensor o rechazar el que le suministren sus progenitores, representantes o responsables⁵². No cabe extender la capacidad procesal otorgada excepcionalmente en cierto ámbito⁵³ porque las normas en materia de capacidad deben ser objeto de interpretación estricta.

Se trata generalmente de actuaciones personalísimas que no admiten la figura de la representación legal⁵⁴, y que dependen de la exclusiva voluntad del interesado por lo que inclusive en caso de algunos inca-

⁵¹ En efecto, debe precisarse que el caso indicado no constituye propiamente concesión de "capacidad negocial" sino producto específicamente del "autogobierno" es decir, el libre gobierno de la persona, pues según indicamos para reconocer la posibilidad a un menor de ejercer la responsabilidad de crianza o antigua guarda "se debe admitir necesariamente que éste ha adquirido el libre gobierno de su persona, es decir, ya no está sometido a la potestad de otro" (Dominguez Guillén, *Ensayos...*, p. 224). Esto en razón de la responsabilidad que supone la paternidad aunque se trate de un menor de edad.

⁵² Véase: Tribunal Primero de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Extensión Barlovento, Sección Adolescentes, con sede en Guarenas, Sent. 8-3-07, Causa N° 1C-950-06, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2007/marzo/84-8-1C-950-06-1C-950-06.html> "Tampoco existe en nuestra legislación penal de adolescentes, incapacidad procesal, ya que es considerado penalmente responsable de las consecuencias de los hechos típicos y antijurídicos en la medida de la culpabilidad pero, en forma diferenciada del adulto, ya que se considera que este niño o adolescente, cuya edad oscila entre 12 años y menos de 18 años, tiene capacidad procesal para asumir directamente su defensa material, salvo los requisitos de la defensa técnica legalmente requerida. De hecho el artículo 655 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente establece que los padres o representantes pueden intervenir en el proceso como coadyuvantes en la defensa, nunca como representantes de los imputados".

⁵³ Véase no obstante, indicando como incongruencia un diferente tratamiento según el área de que se trate: Castillo Herde, *Capacidad jurídica...*, p. 94, "La incongruencia que se menciona arriba no se detiene allí, aquellos que se niegan a aceptar la capacidad progresiva de niños y adolescentes en el área civil, admiten sin objeción alguna, que los menores de dieciocho años y mayores de doce años son inimputables penalmente pero responsables, siendo que la responsabilidad implica que a los adolescentes se les atribuya, en forma diferenciada respecto de los adultos, las consecuencias de los hechos que siendo típicos, antijurídicos y culpables, signifiquen la realización de una conducta definida como delito o falta, pues aun cuando no esté plenamente presente en él la capacidad de entender y de obrar conforme a esa comprensión, hay ya un proceso de maduración que permite reprocharles el daño social que causen, imponiéndoles una sanción que constituye una medida con finalidad educativa. Nos preguntamos entonces: ¿por qué es factible en un área del derecho reconocerles a niños y adolescentes evolución en su capacidad para discernir y en otra, sencillamente se les niega totalmente?"

⁵⁴ A diferencia, en principio, de la representación voluntaria o convencional que supone la capacidad de obrar.

paces de obrar la ley otorga en tales supuestos capacidad plena (actuación por sí solo) o limitada (actuación con asistencia o autorización). De allí que criticáramos la referencia de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (LPFMP) en su artículo 22 que cuando el indicado como padre sea un menor de edad, actuaría a través de su "representante legal" en el procedimiento administrativo a los fines de instar al reconocimiento voluntario de la filiación paterna; ello constituye una impropiedad porque dicho procedimiento pretende el reconocimiento voluntario de la filiación y el mismo es un acto personalísimo, por lo que indicamos que a todo evento en tales casos se precisaría la asistencia⁵⁵.

Como regla en materia de capacidad estaba claro que el menor por ser incapaz de obrar, también lo era en el ámbito procesal, salvo que la ley expresamente le concediera capacidad procesal plena (como en el ámbito laboral) o limitada (como la administración del producto de su trabajo o en el caso del emancipado)⁵⁶. Así, esa capacidad plena o limitada puede extenderse al ámbito procesal según se pueda actuar por sí solo o se precise de asistencia o autorización, respectivamente. La capacidad procesal plena, por ejemplo, la tiene el adolescente de 14 años en el ámbito laboral, por atribución expresa del artículo 100 de la LOPNNA; la capacidad procesal limitada, la posee el menor emancipado (art. 383 CC), así como el menor en general en las acciones

⁵⁵ Véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Breve reflexión sobre el reconocimiento de la paternidad en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*. En: *Ensayos sobre Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social*. Colección Estudios Jurídicos N° 19, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 239 y 240: "Debe observarse que esta última consideración del artículo 22 contiene una impropiedad porque el presente procedimiento administrativo pretende propiciar "el reconocimiento" y como se ha indicado éste constituye un acto "personalísimo" que como tal no admite la representación legal. De allí que la ley consagre a los fines del reconocimiento, la capacidad plena o limitada del menor de edad, esta última mediante la "autorización". Ciertos procesos relativos a acciones de carácter personalísimo no admiten la representación legal. Por lo que ha de concluirse que en el presente supuesto el menor no actuará "a través" del representante legal sino "asistido" por éste en el curso del proceso administrativo; esto pues la expresión "a través" denota la representación o sustitución, y lo cierto es que dada la capacidad limitada que la propia ley le concede a quien tiene menos de 16 años en materia de reconocimiento, el representante legal no puede actuar "por" el menor sino conjuntamente con éste. Dicha asistencia o actuación conjunta traería implícita la autorización que prevé la ley para el acto del reconocimiento".

⁵⁶ Sobre la confusión que tuvo lugar para algunos entre "capacidad procesal" y el derecho de acceso a la jurisdicción, véase *supra* N° 2.

relativas a los bienes producto de su trabajo (art. 273 CC) y el adolescente de 16 años en las acciones derivadas del derecho de autor (art. 32 Ley sobre Derechos de Autor)⁵⁷. El menor emancipado está sometido a un régimen especial desarrollado en los artículos 282 y ss. del CC: vale observar, que ni siquiera el menor emancipado⁵⁸ tiene capacidad procesal plena sino limitada por el artículo 383 del Código Sustantivo, es claro en precisar asistencia para “estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria”.

Ahora, si bien el artículo 451 de la LOPNNA mantiene inalterable el punto central relativo a la incapacidad procesal a nivel general del niño o adolescente, si constituye si se quiere un punto de avance en cuanto a la atribución al adolescente propiamente de capacidad procesal en su concepto técnico, que bien puede concederlo expresamente el Legislador en aquellos casos excepcionales en que lo considere pertinente, en atención a la madurez del menor. Así pues, si la ley le atribuye al adolescente capacidad de obrar para un acto, tendrá también capacidad procesal. La clasificación tradicional de la capacidad de obrar se deslinda en *negocial*, *procesal* y *delictual*⁵⁹. Sin embargo, esta última depende del discernimiento⁶⁰ y no de la capacidad de obrar por lo que la tienen en principio algunos incapaces de obrar (el adolescente) en aten-

⁵⁷ Domínguez Guillén, *La capacidad procesal...*, pp. 440 y 441.

⁵⁸ Sometido al régimen de protección de menores que le propicia mayor capacidad de obrar porque aumenta sustancialmente la misma (que es limitada, pues opera la autorización y la asistencia) y concede el autogobierno.

⁵⁹ Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Protección del Niño y del Adolescente y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, Sent. 19-1-07, Exp. N° 06-4284, <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/1191-19-06-4284-381.html> “... Si vemos en la posibilidad de obrar una medida de la posibilidad general del sujeto para constituirse en operador jurídico, se comprende que algunos distinguan todavía dentro de la genérica capacidad de obrar, una capacidad negocial propiamente tal (aptitud para producir efectos jurídicos lícitos mediante actos intencionales) y que a su lado coloquen una capacidad delictual (aptitud para resultar obligado por actos ilícitos), que en nuestro ordenamiento deriva de la aptitud de discernimiento (artículo 1.186 del Código Civil), una capacidad procesal (artículo 136 del Código de Procedimiento Civil)”.

⁶⁰ Véase: Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del Menor, www.lgluduenia.com.ar/derechodelnino.pdf se indica que el discernimiento consiste en la aptitud de apreciar o juzgar nuestras acciones, es decir, es la aptitud de saber lo que se hace. El discernimiento permite al ser humano tener conciencia de sus actos.

ción al artículo 1.186 del CC⁶¹. Excluida dicha especie, y en razón de que el artículo indicado adjudica “capacidad procesal”, al adolescente con “capacidad de obrar”, sólo resta la capacidad *negocial*, a saber, la aptitud o posibilidad de realizar negocios jurídicos válidos, como manifestación de la capacidad de ejercicio a la que se refiere la norma.

No es otro el sentido de la ley considerando que la concesión de capacidad de obrar al adolescente, generalmente tiene lugar en materia de capacidad negocial. Cabe sostener que actualmente por disposición expresa del artículo 451 de la LOPNNA en todos aquellos casos en que la ley le conceda capacidad negocial plena al adolescente, éste presentará capacidad procesal en idénticos términos para la defensa de los derechos asociados a los negocios jurídicos realizados.

Pero recordemos que en definitiva la capacidad procesal plena que admite la nueva norma está subordinada a los casos excepcionales en que el Legislador le atribuye al adolescente capacidad de obrar o negocial plena. Cabría agregar dado el carácter de interpretación estricto en materia de capacidad y dada la redacción y sentido de la norma en comentarios, que la capacidad de obrar o negocial atribuida ha de ser *plena*, para que la procesal a su vez también sea plena, que supone el otorgamiento de poder a abogado por sí solo, o la posibilidad de actuar asistido únicamente por el profesional del derecho en la respectiva actuación judicial.

Así pues, el menor sigue siendo en principio un incapaz procesal, salvo en los casos en que la ley le otorgue al adolescente capacidad de obrar. Por ello, mal se puede volver a interpretaciones fuera de contexto y pretender la capacidad procesal del adolescente en todo caso. Contrariamente, ha-

⁶¹ Según dicha norma, el incapaz responde por su hecho ilícito si ha actuado con discernimiento, ha de admitirse que en condiciones normales el adolescente tiene suficiente discernimiento para responder con su propio patrimonio por el daño causado a un tercero en razón de su conducta antijurídica y culpable. Véase: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: *El incumplimiento contractual o el hecho ilícito (Primer elemento o requisito de la responsabilidad civil)*. http://www.menpa.com/PDF/2006-Incumplimiento_contractual_ohchoilicito_CEAS.pdf indica que es condición de la capacidad delictual la posibilidad de cometer faltas susceptibles de hacer nacer la obligación de reparar los daños causados. Para unir, a través de un juicio de valor, una actividad a su autor, hace falta el discernimiento de este último. Sin discernimiento, no se puede reprochar a nadie las consecuencias de sus actos. Es por ello que el art. 1.186 del C.C. venezolano completa el art. 1.185.

brá que analizar en qué supuestos la ley le concede al adolescente capacidad de obrar plena, para de allí derivar la correspondiente capacidad procesal plena. Obsérvese que esta última obviamente faculta para todo el *iter* procesal en cualquier instancia e incidencia (pues la norma alude a “actos procesales válidos”) y no simplemente para acceder a la jurisdicción o justicia, lo que diferencia tal derecho de la capacidad procesal en sentido técnico, según indicamos anteriormente⁶².

La previsión del artículo 451 de la LOPNNA no se trata de la concesión expresa de capacidad procesal al menor de edad a un supuesto particular, lo cual no revestiría novedad, pues señalamos que el adolescente la tendrá en aquellos casos excepcionales en que la ley se la conceda como en materia laboral. Se trata de que la norma en comentarios permite derivar a nivel general que donde medie capacidad de obrar plena (generalmente negocial) del adolescente, se desprenderá la respectiva capacidad procesal plena.

Así por ejemplo, la ley le concede capacidad negocial plena al adolescente de dieciséis (16) años para reconocer a un hijo por lo que se tendrá capacidad procesal plena para las respectivas actuaciones procesales asociadas a tal acto, como sería la acción de nulidad o la acción de impugnación del reconocimiento. Como la capacidad procesal incluye las actuaciones jurisdiccionales y administrativas, cabe concluir que en el procedimiento administrativo previsto en la LPFMP, a fin de instar el reconocimiento de la filiación, el indicado como padre si ya cuenta con dieciséis años deberá actuar por sí solo, y no precisa la asistencia que indicamos *supra*, no obstante la impropiedad de la citada norma que alude a representación⁶³.

Los supuestos serán fundamentalmente de capacidad de obrar negocial⁶⁴, dada la clasificación de la capacidad de ejercicio; toda vez que la “capacidad procesal” es la que atribuye la norma como consecuencia de aquélla. La capacidad *delictual* o posibilidad de responder por he-

⁶² Véase *supra* N° 2.

⁶³ Con anterioridad a tal edad se precisará “asistencia”.

⁶⁴ La capacidad de testar no tendría mayor proyección en el ámbito procesal porque el adolescente de 16 años simplemente podría revocar el testamento otorgado previamente, como manifestación de su capacidad negocial plena en esta área.

cho ilícito, si bien se refiere en la subdivisión de la capacidad de obrar, no depende de ésta sino del discernimiento, y por tal la pueden tener los incapaces de ejercicio, de conformidad con el artículo 1.186 CC. El adolescente en condiciones normales ya tiene discernimiento a los 12 años⁶⁵, aunque cuando lo desarrolla progresivamente a partir de tal edad a medida que se acerca a la mayoría y por eso en materia negocial la ley le permite actuaciones importantes a partir de los 14 o 16 años. Pero como la capacidad delictual no supone necesariamente capacidad de obrar no resulta consecuente concederle al adolescente capacidad procesal plena para actuar en un proceso judicial donde se reclame su responsabilidad civil por hecho ilícito⁶⁶; en el caso de adolescentes de 12 o 13 años el orden legal generalmente ni siquiera les concede capacidad negocial en razón de su corta edad. Recordemos que la capacidad de obrar dirigida a la realización de actos jurídicos (negociales o procesales) generalmente precisa un discernimiento superior al elemental que lo atribuye objetivamente ciertas edades próximas a la mayoría. Resultaría chocante y hasta ilógico que un adolescente de 12 años que no tiene capacidad de obrar general (ni siquiera negocial en casos específicos) en razón de su escasa edad, si bien tenga discernimiento elemental, puede actuar por sí solo en un proceso judicial donde se demande su responsabilidad por hecho ilícito. Y la respuesta es simple y viene dada por la propia norma en examen: tal menor no tendrá en tal caso capacidad procesal por no tener capacidad de obrar, toda vez que la capacidad delictual no depende directamente de la capacidad de obrar y el adolescente es un claro ejemplo de ello.

A tal efecto, cabe preguntarse si con base a la norma bajo análisis ¿habrá de admitirse la capacidad procesal limitada en aquellos casos en que la capacidad negocial ha sido limitada? Creemos que la respuesta ha de ser afirmativa y así podríamos admitir a todo evento que en tales casos, en que la ley otorga al adolescente capacidad negocial limitada para realizar un negocio jurídico (porque precisó autorización o asistencia) la misma

⁶⁵ Véase: Rabinovich-Berkman, Ricardo D.: *Derecho Civil. Parte General*. Argentina, Astrea, 2ª reimpresión, 2003, p. 467, se alude a la edad de diez (10) años a los fines de la responsabilidad delictual.

⁶⁶ Es decir, que no se pretenda la aplicación de la presunción de responsabilidad de padres y tutores previstas en el artículo 1.196 del CC, sino directamente la responsabilidad delictual del adolescente en razón de su discernimiento. Lo cual tendría sentido útil, si el adolescente posee bienes de fortuna.

modalidad de subsanación de la incapacidad de obrar, precisaría en el ámbito procesal. Ello no obstante que la norma del artículo 451 LOPNNA alude al otorgamiento directo del poder, pero vale recordar que ello tiene lugar con ocasión de la propia disposición cuando medie capacidad de obrar, que debe entenderse plena a falta de distinción expresa. Y así si el correspondiente acto negocial precisó de la asistencia, correlativamente la actuación procesal asociada a la defensa de tal acto precisaría la asistencia, y por ende ésta debe mediar en el correspondiente otorgamiento de poder al abogado. Es decir, por ejemplo, el adolescente que tenga menos de 16 años y que requirió autorización para el reconocimiento voluntario de la filiación de un hijo, precisará en consonancia con dicha modalidad de capacidad limitada de la respectiva autorización o asistencia en materia procesal⁶⁷. Ello, si al momento de ejercer la respectiva acción, el adolescente no ha alcanzado la edad en que el legislador confiere capacidad plena (16 años) para realizar tal acto. Es la interpretación que consideramos consecuente con el sentido excepcional de las normas en materia de incapacidad y en atención a la diferencia existente entre capacidad plena y capacidad limitada. A falta de distinción expresa del Legislador y en virtud de la naturaleza de las normas relativas a capacidad, nos atrevemos a proponer tal solución o consecuencia.

El artículo 451 de la LOPNNA, agrega que los progenitores, representantes o responsables pueden intervenir como terceros interesados en los procesos iniciados por el menor⁶⁸. Ello no desvirtúa la capacidad procesal que la propia norma le reconoce al menor de edad en aquellos casos en que la ley expresamente le conceda capacidad de obrar. Sino que simplemente, las personas indicadas, así como otras no mencionadas pero con interés en el asunto desde el punto de vista sustantivo o procesal, podrán incorporarse al respectivo proceso en calidad de terceros. La concesión de la capacidad procesal se hace evidente porque los progenitores o el "representante" o "responsable" del adolescente actúa en el juicio iniciado por el menor como un simple tercero, pues el adolescente no precisa de otra persona no sólo para ejercer la acción sino para actuar a lo largo del proceso jurisdiccional. He allí la significativa importancia técnica y práctica de la capacidad procesal: el ejercicio de una acción y de todos los actos procesales que de la misma puedan derivarse, por la sola voluntad del que la intenta (capacidad plena) o por

⁶⁷ Que podría ser suplida por autorización judicial en caso de negativa del llamado a prestarla.

⁶⁸ Véase en sentido semejante, en materia penal, artículo 655 de la LOPNNA.

la iniciativa del incapaz relativo aunque precise de asistencia o autorización (capacidad limitada), en sus diversas y múltiples instancias. La capacidad procesal apareja la correspondiente amplitud que supone la realización por propia voluntad de los diversos actos procesales y las respectivas consecuencias que éstos acarrearán.

Con todo ello, vale concluir, que el menor de edad era y sigue siendo "en principio" incapaz de obrar, y por ende incapaz en la esfera procesal, salvo en aquellos casos en que expresamente la ley le conceda al menor capacidad. Pues bien, ello tiene lugar —además de los casos específicos de concesión de capacidad procesal— por remisión expresa del artículo 451 de la LOPNNA específicamente en aquellos supuestos en que la ley le otorgue al menor capacidad de obrar plena. No puede verse en modo alguno la norma en comentarios como una concesión genérica de capacidad procesal plena al adolescente en todo caso, pues la disposición es radicalmente clara en subordinar dicha capacidad procesal a la atribución de capacidad de obrar, que no es otra que la negocial. Se requiere precisar entonces aquellos supuestos excepcionales en que la ley, en atención a la naturaleza del acto, concede capacidad negocial plena al menor, para por vía de consecuencia concluir que éste cuenta con la correlativa capacidad procesal para defender, discutir o cuestionar en juicio aquellos actos para los cuales la ley le concedió capacidad de obrar o negocial plena. A falta de indicación expresa, en nuestra opinión si la capacidad de obrar negocial fue limitada (autorización o asistencia), la misma modalidad precisa el adolescente en el ámbito procesal.

Fue sabia la nueva disposición considerando que la concesión de la capacidad de obrar se deriva básicamente en la realización de actos jurídicos (negociales y procesales), y que la capacidad para realizar un negocio jurídico debería aparejar la capacidad para actuar procesalmente respecto del mismo. Estaba claro que el ejercicio de acciones procesales asociados a derechos personalísimos no admite la representación legal, pero en casos excepcionales en que se precisara la actuación procesal del menor no emancipado, la ley no refería expresamente la forma de subsanar su incapacidad procesal general como sí lo hacía respecto del menor emancipado (precisando asistencia a nivel procesal inclusive para actos de jurisdicción voluntaria según el artículo 383 CC). Actualmente, el adolescente que por disposición expresa de ley tiene capacidad negocial plena para efectuar un acto o negocio jurídico, debe tenerla para acceder a juicio con relación a dicho acto, en ejercicio de una capacidad procesal correlativa.

Es de destacar que la norma en comentarios simplemente ratifica o confirma la sana interpretación según la cual la LOPNNA no concede capacidad procesal plena al menor de edad en general, porque tal disposición que se introduce en la LOPNNA de 2007, dejó inalterable sustancialmente los referidos artículos 85, 86 y 87 de la LOPNA de 1998, con base a los cuales no faltó quien pretendiera sostener la capacidad procesal plena del niño y adolescente. De allí que vale seguir afirmando que la LOPNNA no concede capacidad procesal general al niño y ni siquiera al adolescente, sino que se la atribuye a éste en los casos específicos en que el ordenamiento jurídico le reconoce capacidad de obrar (negocial). Ello además de los supuestos particulares en que expresamente el orden jurídico le confiera capacidad procesal al menor de edad.

Cabe ahora ratificar que la capacidad procesal en su acepción técnica no es asimilable a los derechos procesales del menor de edad tales como el derecho a ser escuchado⁶⁹ e informado⁷⁰, la legitimación⁷¹ o la posibilidad de acceder directamente al órgano jurisdiccional a plantear alguna petición en defensa de sus derechos no obstante ser incapaz de obrar y por ende incapaz procesal. Es decir, no toda actuación procesal⁷² del

⁶⁹ Véase art. 80 LOPNNA: Bernuz Benítez, María José: *El derecho del niño a ser oído*. En: Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. España, Mira Editores, 2000, pp. 293-312; Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del Menor, www.lgluduenia.com.ar/derechodelninio.pdf; Domínguez Guillén, *La capacidad procesal...*, pp. 457-459, indicamos que es conveniente que tal opinión conste en el expediente y cuente con la presencia del funcionario protector del menor; TSJ/SC, Jurisprudencia Ramírez y Garay, Tomo 166, Sent. 20-6-00, pp. 452-454.

⁷⁰ Véase: Guzmán Fluja y Castillejo Manzanares, *Ob. Cit.*, pp. 118 y 119, el derecho a ser “informado” de los efectos del proceso en que participa implica un esfuerzo adicional para proveerles de los datos necesarios para la mejor comprensión de la situación.

⁷¹ Véase LOPNNA, arts. 353, 361, 376, 509.

⁷² Como la posibilidad excepcional del niño de ser testigo, que está considerada en el artículo 480 de la LOPNNA de 2007 y que ya había sido referida con anterioridad por la doctrina. Véase: Castillo Herde, *Capacidad jurídica procesal...*, p. 104. Si bien es cierto, el art. 477 del CPC “declara inhábiles para declarar a quienes tengan menos de doce (12) años, por otro lado somos de la opinión que habría de dejarse a la discrecionalidad del Juez la decisión de declararlo o no”; Zerpa Aponte, Ángel: *Valoración del testimonio del menor en los delitos sexuales*. Diciembre de 2005 (inédito pero en trámites de publicación), “el problema de la capacidad para testificar de un menor, no es tanto un asunto de licitud en la obtención o incorporación de ese medio probatorio sino un problema de eficiencia del mismo, “...como consecuencia del grado de madurez de entendimiento y de la conciencia de la importancia y efectos que”... sobre el hecho que deba testimoniar, posea el niño y el adolescente en cada caso”.

menor equivale a “capacidad procesal”. Sostuvimos que mal puede la ley conceder capacidad procesal a quien no tiene capacidad de obrar porque ni siquiera tiene el nivel de discernimiento requerido para sostener todas las complejas incidencias procesales que supone el ejercicio por voluntad propia de dicha aptitud o posibilidad. Dijimos que el menor seguiría siendo en principio un incapaz procesal salvo que la ley expresamente en algunos casos concediera tal capacidad como acontecía respecto del ámbito laboral⁷³. Pues bien, el artículo 451 de la LOPNNA concede excepcionalmente capacidad procesal en los supuestos que el menor cuenta con capacidad de obrar (generalmente negocial). Consecuencia lógica, amén de acertada y que en nuestra opinión debería contribuir a despejar las impropiedades terminológicas que ligeramente se desplegaron en torno a la noción de capacidad procesal del menor de edad a raíz de la LOPNA de 1998.

⁷³ Véase: Domínguez Guillén, *La capacidad procesal...*, p. 451, el menor de edad no tiene capacidad procesal, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente así lo consagre como sucede en el ámbito laboral.