

Comisión nº1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

EL NUEVO REGIMEN DE MENORES Y EL CAMBIO DE PARADIGMA HACIA LA CAPACIDAD PROGRESIVA

Autoras: Thelma Patricia Trotta, Mariana Paola Kuczynski*

Resumen:

El presente trabajo apunta al nuevo régimen de capacidad de los menores, desde la definición de interés superior del niño y capacidad progresiva, hasta la incorporación del concepto de adolescente y la repercusión que el mismo produce en esa capacidad progresiva.

Pretende determinar si se ha superado realmente la concepción dual que presentaba el código de Vélez Sarsfield o se cambió por otra que a la postre es equivalente a la anterior.

1. La capacidad de ejercicio en el nuevo código civil y comercial

El nuevo código se caracteriza por la incorporación en su redacción de normas vigentes de carácter internacional con rango Constitucional, por lo tanto no es sorpresa para nadie que se modificará, el antiguo régimen de Capacidad de las personas.

Aun cuando continúa la división entre capacidad de Derecho y de Hecho (arts. 22, 23 y 24 CCCN), siendo esta última rebautizada, creemos en forma acertada como capacidad de ejercicio, se diferencia del antiguo Código de Vélez Sarsfield, en que ya no presenta la división entre incapacidades relativas y absolutas, como compartimentos estancos que determinaban a priori quien era incapaz con las consecuencias que este rótulo significaba para la persona.

El nuevo cuerpo normativo sostiene y declara la Capacidad como regla siendo la incapacidad algo excepcional y por así decirlo el último recurso, en el sistema de protección de la persona, su dignidad y su patrimonio.

Es tan fuerte la defensa que hace de la Capacidad que la presume aun cuando la persona se halle internada en una institución de salud, art 31 incs a y b CCCN.

Se consagra así en nuestro Derecho el concepto de Capacidad o Autonomía progresiva, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez de la persona, esto implica un giro desde el criterio rígido de las reglas de capacidad hacia un criterio flexible fundado en el discernimiento¹, en contraposición al mismo se habla de capacidad restringida, los tratados internacionales, hacían ya referencia a este concepto, entendiéndose que no podía haber una barrera fijada por la edad o por la salud mental para determinar la capacidad de ejercer sus derechos por sí mismo de una persona.

* Profesoras Ayudantes ad honorem, Universidad de Buenos Aires. Derecho Civil y Derecho de Daños. Cátedra Dr. Oscar Ameal.

¹ MUÑIZ, Carlos, “Régimen de Capacidad de los menores”, En análisis del Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires 2012, Disponible en bibliotecadigital.uca.edu.ar.

En realidad antes de la reforma coexistían dos sistemas: por un lado el sistema de Vélez basado en un modelo parental y familiar, el cual ya fue explicado y por el otro un modelo mucho más flexible, introducido en nuestro sistema por la Convención de los Derechos del Niño y por la ley 26.061, de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, como modelo flexible establece un sistema participativo, en la medida de lo razonable y conveniente.

2. La Capacidad progresiva en el régimen de menores.

En principio desaparece ,al menos como la conocíamos hasta ahora, la antigua concepción dual de Vélez Sarsfield, entre menores impúberes y adultos estableciendo para los primeros una incapacidad absoluta de ejercicio y para los segundos una relativa, permitiendo en este caso que ejerzan ciertos derechos que el mismo código les otorgaba, ante esto los doctrinarios han sostenido que “ la doble categorización tenía una distinción cuantitativa y no cualitativa, ambas categorías son reguladas por los mismos principios y que las excepciones a la regla de incapacidad no se establecen solo y exclusivamente a favor de los mayores de 14 años, sino que aparecen antes y se van incrementando después”², podría decirse que sostenían de este modo la capacidad progresiva.

El nuevo código toma como parámetros que determinaran el grado de capacidad de un menor, la edad y el grado de madurez, dejando en claro que el objetivo principal será siempre “el interés superior del niño, siendo este el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección del menor, por lo que la preservación del interés superior del niño es una estructura estable y previsible que debe configurar soluciones equilibradas para contener el conflicto y asegurar la efectiva tutela”.³

Dejamos de lado el sistema tutelar del antiguo código, donde el niño no era pensado como sujeto de derecho, sino que era definido por sus carencias y considerado objeto de protección y control por parte del Estado, las familias y la sociedad, quienes debían brindarles tutela y asistencia⁴, para dar paso a un sistema en el cual el niño es Sujeto de Derecho, “ya no se ve al niño como objeto de protección por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios”⁵.

Debemos respetar al menor como sujeto de derecho y acompañarlo en su crecimiento para que pueda desarrollar la capacidad suficiente para ejercerlos, “constituyendo el niño una totalidad, al igual que sus derechos y necesidades, esa totalidad es completa en función de su etapa vital, por lo que podemos decir que existen diferencias entre las necesidades y la subjetividad de un niño, un adolescente y un adulto, diferentes de acuerdo con la etapa de desarrollo en la que se encuentre, la que va a construir el

² LLambias, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil, Parte General, 18va, edición , Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo I.

³ CSJN, 13/03/2007, “A.F”, LL, 2007-B-686, LL, 19/04/2007, p 7,LL, 2007-B-733, ED, 222-309, JA, 2007-III-48

⁴ Viola Sabrina, “Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente”. Cuestión de Derecho. Revista electrónica, N° 3 - segundo semestre 2012 - ISSN 1853-6565.

⁵BARATTA, Alessandro (2004): “Infancia y democracia”, en Emilio García Méndez, E. y M. Beloff (comps.), .Infancia, ley y democracia en América Latina, Tercera edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, D.C.Colombia, 2004.

parámetro del grado de autonomía para el pleno ejercicio de los derechos”⁶, siendo esto uno de los principios rectores de la Capacidad o Autonomía progresiva.

Siguiendo esta línea el nuevo art 25 establece, “*Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años*”, por lo que toda persona que no los haya cumplido es menor, a quienes el código llamará niño, niña o adolescente *, (de estos últimos hablaremos más adelante).

El artículo 26 CCC, al igual que Vélez mantiene un sistema de representación en el cual las ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, podría decirse sin lugar a equivocación alguna que no hay una gran innovación más que el agregado del grado de madurez, uno personas menores de edad, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez suficientes podrán podría pensar incluso que posee aún mayor rigurosidad que la derogada normativa pues, en el viejo código solo hacía falta para adquirir capacidad la edad. Catorce años o dieciocho años, ahora en cambio se debe cumplir con una doble condición: tener edad y madurez suficiente, de ahí deviene el doble requisito, ya que la conjunción “y” no permite la exclusión de un requisito u otro, debe cumplirse con ambos para poder ejercer por sí solo los derechos que le son permitidos como menor que es.

En este nuevo esquema tenemos por un lado los adultos y por el otro los menores, los cuales alcanzada la edad y grado de madurez suficiente podrán ejercer los derechos que le son permitidos, cabe preguntar entonces, como hará el juez, a quien se le ha dado un gran poder en esta legislación para determinar si el menor posee edad y madurez suficiente para ejercer sus derechos y por otro lado cabe preguntar ¿cuál será el parámetro que regirá la madurez necesaria?

Nadie puede discutir y no hace falta ser erudito en la materia que la edad cronológica muchas veces no condice con la edad mental, en otras palabras la madurez de las funciones cognitivas no tiene una correlación directa con la edad cronológica.

Jugaran aquí un rol relevante los sistemas de apoyo interdisciplinario, con el que contará el juez, debiendo el magistrado si o si tener una comunicación fluida con el menor, y con el mencionado equipo de profesionales* a los fines de determinar el grado de madurez suficiente que se requiera para que el niño, niña o adolescente ejerza sus derechos, por sí mismo.

3. Nuevamente la dualidad

Si continuamos adentrándonos en el nuevo régimen nos encontramos con la incorporación del concepto de adolescente, así es adolescente para nuestra legislación toda persona mayor de trece años, mientras que para la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia es el período comprendido entre los 10 y 19 años, estableciendo así una especie de adolescencia legal que sirve al legislador como parámetro para justificar, sin duda alguna una nueva definición dual, por un lado los menores y por otro los adolescentes, no entraremos en este trabajo en lo antagónico de esta postura con

⁶ MINYERSKY, Nelly “Capacidad Progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos

del Niño” Publicado en Grosman, Cecilia (Dir.) y Herrera, Marisa (Coord.) Hacia una Armonización del Derecho de Familia en el Mercosur y Países Asociados., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

*Al hablar de menor nos referimos a niños, niñas y adolescentes.

* Un tema para reflexionar es la falta de precisión al momento de determinar la composición de dicho equipo interdisciplinario.

respecto a todas las convenciones sobre Derechos del niño para las cuales son niños todas las personas que no alcanzan la edad fijada para la mayoría de edad, por lo que el adolescente sería internacionalmente y constitucionalmente un niño, por lo que nuestro código vuelve a tener dos categorías de menores los niños, niñas y los adolescentes.

A tal punto es cierta esta doble categorización que existen derechos que pueden ejercer por sí al cumplir esta edad, les resultaba preocupante quizás que pudieran establecer madurez suficiente a personas que nuestros legisladores consideraban por su edad cronología todavía niños y para evitar tal situación fijaron una edad límite para el ejercicio de alguno de ellos, por ejemplo al cumplir los trece años los adoptados pueden iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes (art 596 CCCN), los menores que posean trece años puede reconocer hijos sin autorización de sus padres(art 680 CCCN), ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, requiriendo la asistencia, (no la autorización), de sus representantes legales para ciertos actos (art 644 CCCN), pueden con el consentimiento de ambos progenitores intervenir junto con ellos o en forma autónoma, en los procesos que involucren sus derechos (art 645 inc. c CCCN), no requiere autorización de sus padres para defenderse en juicio criminal (art 680 CCCN) entre otros.

La nueva legislación vuelve nuevamente a la incapacidad relativa de ejercicio establecida por la codificación derogada en el artículo 54, fijada antes en la edad de catorce años y hoy a los trece, prueba irrefutable de esto es el artículo 32 donde establece la edad de trece años como límite en nuestro derecho para ser sujeto pasivo de un proceso de incapacidad, lo cual deja evidenciar la incapacidad que se presume para el menor de esa edad.

La situación se torna más contradictoria aún porque si tomamos como referencia el Derecho a Disposiciones sobre su propio cuerpo, desde los trece el adolescente puede decidir por sí mismo sobre tratamientos que no resulten invasivos, y para los que resultaren invasivos se requiere su consentimiento y la asistencia de los padres o representantes legales, en caso de divergencia entre ellos, deberá resolver el juez teniendo en cuenta el interés superior del niño (art26 CCCN),va más allá ya que al cumplir los dieciséis es considerado como adulto para el ejercicio de las decisiones sobre su propio cuerpo sin distinción alguna sobre estas.

Podemos concluir que el código vigente presenta para los menores un régimen de capacidad que los diferencia en niños, niñas los que no cumplieron trece años, los cuales ejercerán sus derechos a través de sus representantes legales (debemos hacer un paréntesis ya que se establece la edad de diez años para cuestiones de adopción y se deja de lado la edad y solo se da paso al grado de madurez al referirse a presentarse en juicio contra sus padres), adolescentes los que han cumplido trece años hasta los dieciocho pero para el ejercicio de Derechos sobre su propio cuerpo los adolescentes que cumplieron dieciséis años serán considerados adultos.

4. Edades especiales

Consideramos importante referirnos a lo que podría definirse como una subclase dentro de los menores de trece años, el menor que ha cumplido 10 años, como sabemos el código anterior solo establecía esta edad como límite para discernir los hechos ilícitos, manteniéndose esto en el artículo 621 del Código civil y comercial, pero además la nueva codificación fija esta edad como límite para que los menores que fueran a ser adoptados den su consentimiento para la adopción quiere decir entonces que se presume

que los niños en proceso de adopción adquieren a los 10 años la madurez suficiente para decidir por sí sobre su destino, pero dicha madurez no le permite ejercer otro tipo de derechos, ni que hablar la diferencia con los menores que no están en proceso de adopción.

Otro misterio sobre el criterio utilizado para establecer la capacidad progresiva del menor lo da el artículo 679, no estableciendo límite de edad alguno sino solo el grado de madurez suficiente, para permitir que un menor con patrocinio letrado pueda promover juicio contra sus progenitores, esto se condice con el art 26 párrafo tercero el cual establece que la persona menor de edad, sin hacer distinción de edad o grado de madurez tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como participar en las decisiones sobre su persona, nuevamente cabe preguntar que deberá tener en cuenta el juez en estos casos edad, grado de madurez o ambos.

5. Conclusiones

Estamos de acuerdo con el cambio de paradigma según el cual los niños, niñas y adolescentes son sujetos de Derechos, que poseen capacidad plena para ejercerlos por sí mismo, teniendo en cuenta para esto su grado de madurez, quizás no estamos de acuerdo tanto en los topes de edad.

Consideramos un retroceso la incorporación del concepto de adolescente, por considerarlo una excusa del legislador para establecer una nueva división que limita el libre ejercicio de la capacidad progresiva, de haberlo incorporado debió a nuestro criterio respetar la definición que de la adolescencia establece la OMS, ampliando el rango etario, permitiendo equilibrar la edad con la madurez.

Consideramos que si un menor adolescente es adulto para decisiones vinculadas al cuidado de su cuerpo y permitiéndonos ir más allá con el mismo Derecho a la Salud y por ende al manejo del Derecho sobre su propia Vida, porque no considerarlo como tal para cuestiones en las cuales entra en juego su patrimonio ¿Será un resabio del antiguo sistema protector?

Proponemos que cada caso deberá ser tratado en concreto con una fuerte y personal intervención del juez y del cuerpo interdisciplinario, siendo el dictamen de este vinculante para el magistrado al momento de tomar la decisión.