

Comisión N° 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Autores: Carolina Van Domselaar y Sylvia Carolina Zuccherino *

Resumen:

Nuestro trabajo tiene por objetivo analizar las diversas normas del Código Civil y Comercial que legislan sobre la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y clarificar cuándo será necesaria la figura del representante para que los niños, niñas y adolescentes ejerzan sus derechos, cuándo requerirán asistencia para ello, cuándo deberá evaluarse la aptitud para ejercerlos por sí mismos y cuándo podrán hacerlo por sí, sin más.

1. El Código Civil.

El Codificador, en el año 1825, al presentar el Primer Libro del Código Civil que le fuera encargado por el Gobierno Nacional, expresó al referirse al Tratado de las Personas “... *ésta es la parte principal y la más difícil de la legislación civil, respecto de la cual era de toda necesidad hacer muchas e importantes reformas en las leyes que nos rigen...*”.

El Dr. Vélez Sarsfield no se equivocó al momento de hacer esta apreciación, toda vez que en lo sucesivo las grandes reformas del Código Civil, redundaron de alguna manera en lo referente a la persona y su capacidad, situación que se refleja aún hoy en día con la puesta en vigencia de la Ley N° 26.994.

En la época de la sanción del Código Civil la capacidad se adquiría plenamente a partir de los veintidós años y era el padre quien ejercía el gobierno de los hijos legítimos y de sus bienes, prescindiendo totalmente de la opinión o deseo de la persona tutelada.

Con el correr del tiempo, las sucesivas reformas redujeron la edad para adquirir la plena capacidad a veintiún años y luego a dieciocho años. Asimismo, se mantuvo de manera lineal el parámetro rígido basado en la edad cronológica para determinar la capacidad de obrar, independientemente de la aptitud que tuviera la persona para ejercer el derecho de que se trate.

En el año 1994, la reforma de la Constitución Argentina, produce un quiebre en la legislación. Se incorporan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al plexo constitucional, elevándolos a ese rango, sin que estos cambios se vieran reflejados en el Código Civil.

* Profesoras de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Abogadas Adjuntas de la Asesoría de Familia, Ministerio de la Defensa Pública del Chubut. Ponencia avalada por el Profesor Dr. Julián Emil JALIL. Profesor Adjunto Regular Universidad Nacional de la Plata.

Si bien luego de ello, se sancionó la ley N° 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes bajo los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, el Código Civil mantuvo los institutos relativos a la capacidad/incapacidad, generándose una fuerte tensión entre éste y los mandatos constitucionales.

Esta tensión, que no sólo afectó a las cuestiones relativas a la capacidad de la persona, obligó a los operadores del derecho a acortar la brecha que se había generado entre la legislación interna y las normas constitucionales, aplicando los tratados internacionales en las cuestiones de índole civil¹.

2. El Código Civil y Comercial

Para introducirnos en la temática que nos ocupa no podemos dejar de mencionar que el Código Civil y Comercial vino a eliminar definitivamente la distancia entre el derecho privado y la Constitución Argentina.

Es así que en los Fundamentos del Anteproyecto del Código, la Comisión de Reformas, refirió: “... *En nuestro anteproyecto, en cambio, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado...*”.

a. Autonomía Progresiva

El Código Civil y Comercial ha introducido modificaciones importantes en lo relativo a la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad, logrando de este modo ajustar la normativa civil a la Convención de los Derechos del Niño.

A partir del artículo 22 CCC regula lo atinente a la capacidad. En su artículo 23 CCC define a la capacidad de ejercicio y establece que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial.

¹ CCivCom Concepción del Uruguay. L., L. V. c. M., I. s/ Ordinario tenencia de hijos medida cautelar (familia) custodia. LLLitoral 2014 (marzo), 19/03/2014, 166. Online: AR/JUR/93455/2013 “... 2. Que de las constancias del expediente, y atenta lectura de la Sentencia apelada, no surge que se haya tenido en cuenta o valorado, al momento de resolver, la opinión del niño, pese a haber sido escuchado por los integrantes del Gabinete Técnico y el Juez de grado en diversas oportunidades. 3. Considero que, por vía de principio, tal vacío de fundamentación, viola las disposiciones del Art.12 de la Convención de los Derechos del Niño -Ley 23.849- (en adelante CDN); arts. 2, 3 inc. "b", 19 inc. "c", 24 inc. "a"; y 27 inc. "b" de la Ley 26.061...”

Si ahondamos en la lectura de los artículos siguientes, y haciendo una interpretación integral de la nueva normativa civil, la incapacidad se instituye con carácter excepcional y en protección de quien no está en condiciones psíquicas para ejercer por sí sus derechos.

Se reafirma entonces, que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Partiendo de esta premisa, nos adentraremos al análisis de la capacidad de obrar de las personas menores de edad.

Al respecto, la ley estructura la capacidad de ejercicio teniendo como eje central la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, principio consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y consecuentemente en la ley N° 26.061².

La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla³.

La normativa en análisis, cambia radicalmente el paradigma en el cual se sustentaba el Código Civil derogado. Abandona la pauta rígida dada por el cumplimiento de la edad estipulada legalmente, plasmándose la fórmula *edad y grado de madurez*, lo que flexibiliza notablemente las normas reguladoras de la capacidad.

Así, determina en el artículo 24 CCC que son incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección Primera del Capítulo Dos, Título Primero del Libro Primero.

Por su parte, en el artículo 25 CCC establece que es menor de edad la persona que no ha cumplido dieciocho años y adolescente la que cumplió trece años.

La referencia a la presencia de una cierta “edad y madurez suficiente” se emparenta mayormente con la noción bioética de “competencia”, que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más “transversal”, puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto - esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil⁴.

La nueva legislación establece un sistema mixto que tiene en consideración como pilar la madurez del sujeto, complementándolo con la edad del mismo al momento de reconocer su capacidad de ejercicio en el acto específico en cuestión.

² Artículos 5, 12 y 14 de la Convención de los Derechos del Niño y artículos 3 inc d), 19 inc a) y 24 inc b) de la ley N° 26061.

³ Silvia E. Laino Pereyra. Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF Uruguay 2012

⁴ Silvia E. Fernández. Comentario al artículo 24. Código Civil y Comercial Comentado. IFOJUS. 2015

Podemos afirmar entonces, que el flamante Código recepta en la más amplia concepción al niño como sujeto de derechos. A partir de allí resulta imposible escindir de tal conceptualización, el reconocimiento de la facultad de actuar autónomamente acorde su evolución y desarrollo personal.

En la medida que el sujeto crece, va adquiriendo competencias, experiencias y conocimientos que le permiten comprender las consecuencias de sus elecciones y desenvolverse con mayor independencia en los actos de la vida. A mayor edad, tendrá mayor autonomía justamente por esta experiencia que ha transitado, por la madurez adquirida.

En este sentido, hay actos en los que la persona menor de edad procederá por sí, sin ningún tipo de condicionamiento externo a su propia voluntad. Es decir, podrá actuar en forma autónoma y el legislador ha previstos estos supuestos expresamente y con claridad meridiana, determinando la edad a partir de la cual la persona puede concretar el acto, ya sea mencionando ésta en particular (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al *adolescente* (trece años).

A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 26 CCC que equipara al adolescente que haya cumplido los dieciséis años con un adulto para tomar las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo; el artículo 30 CCC que faculta a la persona menor de edad a ejercer una profesión sin autorización cuando obtuvo título habilitante⁵, o el artículo 596 CCC que permite al adoptado adolescente iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, contando con asistencia letrada.

b. Edad y grado de madurez suficiente

En otros supuestos, la norma supedita el actuar autónomo de las niñas, niños y adolescentes, a que posean *edad y grado de madurez suficiente*. Así lo establece de manera genérica el artículo 26 CCC en su segundo párrafo.

Esta fórmula se repite a lo largo del cuerpo legal en sus diferentes Libros, pero aplicada a situaciones concretas como por ejemplo las previstas en los artículos 608 y 679 CCC, entre otras. El artículo 608 en su inc. a) prevé la participación con asistencia letrada y en calidad de parte al niño, niña o adolescente en el proceso de declaración de adoptabilidad. Por su parte, el artículo 679, permite a la persona menor de edad reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial. En ambos supuestos la norma requiere que la persona cuente con edad y grado de madurez suficiente.

En primer término debemos determinar a qué *edad* se refiere o cuál es el sentido interpretativo que se debería dar a la misma.

Indefectiblemente, para abordar el tema corresponde traer al análisis el artículo 261 inc. c) CCC. Éste reputa como involuntario, por falta de discernimiento, el acto lícito de la

⁵ En la Comisión I de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en la ciudad de San Miguel de Tucumán, los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011, primó la interpretación amplia, al momento de evaluar el alcance del actual artículo 30, que admite su aplicación a todas las personas menores de edad que hayan obtenido título habilitante, no sólo a aquellas que hubieren alcanzado los 16 años (Conclusión n° 6 de lege ferenda: “Con relación al menor que obtenga título habilitante para ejercer profesión u oficio, se reconozca su capacidad para ejercer tal profesión u oficio, exclusivamente por cuenta propia, sin límite de edad”)

persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. A *contrario sensu*, la ley atribuye discernimiento a las personas mayores de trece años para ejecutar actos jurídicos.

Teniendo en cuenta lo normado en relación al discernimiento, entendemos que cuando el Código utiliza el vocablo *edad* en la construcción *edad y grado de madurez suficiente*, está habilitando a las personas mayores de trece años, es decir a los adolescentes, a realizar por sí mismas el acto de que se trate, por ejemplo, reclamar en juicio a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial (art. 679 CCC).

Existe una presunción de capacidad del adolescente y quien pretenda desconocerla, deberá oponerse, probando que la persona carece de la madurez suficiente para ejercer el acto concreto.

Para completar nuestra interpretación de la fórmula legal, que devendrá en la capacidad de ejercicio de un niño, niña o adolescente, resta examinar lo atinente al *grado de madurez suficiente*.

En el supuesto que una persona pretenda ejecutar un acto jurídico por sí misma, sin alcanzar la edad de trece años, deberá determinarse que ostenta la suficiente madurez para adoptar una decisión razonada respecto al acto puntual. Para ello será necesario evaluar sus condiciones personales, sus aptitudes y competencias, desarrollo psicológico, emocional, social, entre otras, y concluir que tiene la capacidad para ejercer el derecho por sí.

Ejemplifiquemos, podría suceder que un niño de doce años tenga igual aptitud y madurez que un adolescente de quince años para ejercer por sí, el derecho a conocer los datos relativos a sus orígenes y acceder al expediente judicial y administrativo, en caso de haber sido adoptado (artículo 596 CCC). Es decir, que ambos posean igual capacidad de ejercicio en referencia al mismo acto, teniendo edades disímiles.

El requisito legal en ambos casos es el mismo, edad y grado de madurez. La diferencia radica en que en relación al niño será necesario determinar mediante una evaluación que su desarrollo madurativo es acorde al acto que pretende realizar ya que carece de la edad legal (trece años). Por el contrario, en el caso del adolescente, la ley presume que ese desarrollo madurativo existe y por ende tiene capacidad para realizar el acto sin necesidad de representación. La evaluación de la madurez del adolescente, sólo podría ser pretendida con la finalidad de desvirtuar la presunción mencionada.

Venimos hablando de la necesidad de evaluar la aptitud del niño o niña para ejercer por sí mismos sus derechos, ineludiblemente esta cuestión lleva a preguntarnos quién es el encargado de realizar dicha evaluación.

Los primeros *evaluadores* de la persona menor de edad sin duda, serán los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental. En este sentido el mismo Código dispone en el artículo 639 CCC, como uno de los principios que la rigen, el principio de autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. De igual modo, el artículo 646 CCC establece como deberes de los progenitores considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos.

Luego, tendrán la responsabilidad de evaluar quienes integren las instituciones administrativas o judiciales gravitantes en la vida de la persona menor de edad. Entre las primeras encontraremos a las escuelas, los organismos de protección, los centros de salud, las seccionales policiales, etc., y entre las segundas, el Ministerio Público, las Defensorías, el Ministerio Público Fiscal, los Jueces, entre otros.

Será en última instancia el Juez quien revista el carácter de *evaluador* en el marco de un proceso judicial. Es decir, será el encargado de determinar, con auxilio del equipo interdisciplinario que lo asista, si responde al mejor interés del niño o niña realizar por sí el acto en particular.

En síntesis, cuando la norma reconoce capacidad de ejercicio a las personas que posean edad y grado de madurez suficiente, los adolescentes podrán actuar sin necesidad de representación, mientras que si se trata de niños o niñas (menores de trece años), para que intervengan autónomamente, deberá evaluarse y determinarse que poseen el desarrollo madurativo necesario para ello.

c. Representación y Asistencia

Una vez determinado que el niño, niña o adolescente no alcanza la edad y grado de madurez suficiente requerida para ejercer en forma personal sus derechos, es necesario que el sistema legal prevea una institución que subsane esta circunstancia.

Este instrumento se configura en nuestro ordenamiento en los institutos de la representación y la asistencia. Ambas figuras legales suplirán la incapacidad del sujeto, teniendo en cuenta para ello su desarrollo gradual, de manera tal que la realización de sus derechos sea posible.

El Código Civil y Comercial establece en el artículo 100 CCC que las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.

La doctrina ha definido a la representación como un supuesto de heteronimia en que la ley otorga al representante un poder de configuración de la esfera jurídica ajena, por el cual la única actuación posible es la del representante y su voluntad, la única a tener en cuenta en la formación del acto jurídico⁶.

Creemos que con la reforma del Código, y conforme el principio de autonomía progresiva, este tipo de representación legal *estricta*, que prescinde totalmente de la voluntad de la persona menor de edad, estaría dado de manera sumamente excepcional, como ser para las personas por nacer⁷ o los niños y niñas de escasa edad y sin autodeterminación.

Encontramos que también subsiste este instituto, no de manera estricta sino morigerada, en la esfera patrimonial al regular la disposición y administración de los bienes de los

⁶ Diez-Picazo, Luis, la Representación en el Derecho Privado. Citado en Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes – Derecho Constitucional de Familia – Gil Domínguez, Fama, Herrera. Ed. EDIAR pág. 176.

⁷ Ley N° 23.849, art. 2: Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: ... Con relación al artículo 1 de la CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, la REPUBLICA ARGENTINA declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

hijos, como ser el supuesto contemplado en el artículo 690 CCC⁸. Aquí los progenitores representan al hijo en la celebración de un contrato con terceros, no obstante tienen el deber de informarle el alcance y condiciones del mismo.

Hoy, el representante ya no puede sustituir a la persona representada en forma absoluta. A la luz de los lineamientos constitucionales, la nueva legislación contempla como punto de partida la obligación de escuchar al niño, niña o adolescente y que su opinión sea tomada en cuenta en todo acto que afecte a su persona o sus derechos.

Por ejemplo, en la práctica judicial, el Magistrado debe mantener contacto personal con el niño, niña y adolescente para que éste pueda ejercer su derecho y expresar su opinión, conforme lo establece la Observación General N° 12 (2009) Comité de los Derechos del Niño. El juez incumple la manda constitucional si supedita la concurrencia del niño al arbitrio de los representantes legales. Debe tener la plena convicción de que se ha brindado a la persona menor de edad la real posibilidad de ejercer su derecho y en todo caso sea el niño quien elija o no ejercerlo.

Entendemos que la representación es un instituto de protección que solo cobrará virtualidad en su acepción estricta cuando exista la convicción de que no le es posible al representado ejercer sus derechos en alguna medida, por sí mismo.

Abonando esta tesis, el artículo 639 CCC establece que a mayor autonomía disminuye la representación en el ejercicio de los derechos del niño, con lo cual la actuación de los representantes deberá tener como norte su autonomía progresiva.

Diferente es el instituto de la asistencia, que se configura como un medio de control por parte de un tercero, de modo que la persona actúa por sí, sin que se la reemplace o sustituya, pero tiene que contar con la conformidad o asentimiento del asistente, quien lo prestará si considera que el acto no es dañoso para el asistido⁹.

Esta es la figura que contempla el artículo 644 CCC. En el último párrafo prevé que el consentimiento del progenitor adolescente deba integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida de su hijo, como ser la decisión libre e informada de su adopción, las intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

3. Conclusión

De lege lata: Proponemos la siguiente interpretación de las normas aplicables para determinar la capacidad de ejercicio de la persona menor de edad.

- La incapacidad es de carácter excepcional y se instituye en protección de quien no está en condiciones psíquicas para ejercer por sí sus derechos.

⁸ ARTÍCULO 690.- Contratos con terceros. Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración. Deben informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.

⁹ Cifuentes, Santos. Elementos del Derecho Civil. Parte General. ASTREA 1997. Pág. 218

- Cuando las normas autorizan a la persona a realizar un acto por sí misma y determina expresamente la edad mínima mencionándola (diez años, trece años, dieciséis años) o haciendo referencia al adolescente (trece años), no admite cuestionamiento la capacidad de ejercicio para el acto jurídico.
- En los casos que el Código requiere edad y grado de madurez suficiente para reconocer el actuar autónomo de la persona menor de edad, sin referenciar una edad concreta, la respuesta legal difiere según se trate de adolescentes o de niños y niñas. Los primeros podrán actuar sin necesidad de representación y quien pretenda desconocer su capacidad, deberá oponerse, probando que la persona carece de la madurez suficiente. Si se trata de niños o niñas (menores de trece años), para que intervengan autónomamente, deberá evaluarse y determinarse que poseen el desarrollo madurativo necesario para ello.
- La representación es un instituto de protección que solo cobrará virtualidad en su acepción estricta cuando exista la convicción de que no le es posible al representado ejercer sus derechos en alguna medida, por sí mismo, como ser las personas por nacer o los niños y niñas de escasa edad y sin autodeterminación. En los restantes supuestos, el representante no sustituye a la persona representada en forma absoluta, tiene la obligación mínima de escuchar al niño, niña o adolescente y que su opinión sea tenida en cuenta en todo acto que afecte a su persona o sus derechos.
- La asistencia no cercena la capacidad del sujeto menor de edad, se constituye como una figura complementaria para la toma de decisiones complejas.