

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

## CAPACIDAD Y MENORES EN EL NUEVO CODIGO

**Autores: Carlos Emilio Depetris y Aidilio Gustavo Fabiano \***

### **Resumen:**

*De lege lata, se afirma la intensificación de principios contenidos en el bloque de constitucionalidad federal a través de las nuevas reglas del CCyC en la materia, se critica la categorización creada a través de la definición del menor «adolescente», y se sostiene que el menor con título habilitante adquiere capacidad plena para su ejercicio con la mayoría de edad, no obstante lo expresado en contrario en el art. 30 CCyC. De lege ferenda se propone la eliminación de la categorización establecida con la definición de «adolescente», el reemplazo de la fórmula que describe los tratamientos aludidos en el art. 26 CCyC, y la adaptación del texto del art. 30 a las limitaciones fijadas en los arts. 681 a 683 CCyC.*

### **1. Introducción**

El Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de capacidad de la persona, no sólo ha materializado una adaptación de la legislación civil a los principios contenidos en convenciones internacionales vigentes y, por tanto, al bloque de constitucionalidad federal, sino que ha ido más allá, desarrollándolos con inculcable intensidad.

La adaptación aludida comenzó unos años atrás con la ley 27.757 (B.O. 03.12.10) de protección de la salud mental, que tradujo los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 27.378, B.O. 03.06.08), aunque muy desprolijamente en lo que al Código Civil respecta, al incorporar los principios de interdisciplinariedad de las evaluaciones, de respeto de autonomía principal y de limitación a las restricciones en el nuevo art. 152 ter, pero manteniendo a la vez el resto del articulado referido a los dementes que, como sabemos, se encontraba fundado en una perspectiva muy diversa a la que traía consigo el instrumento internacional aludido.

Enfocándonos exclusivamente en la situación de capacidad de los menores, lo cierto es que en nuestro país desde el año 1990 regía la Convención sobre los Derechos del Niño (aprobada por ley 23.849, B.O. 22.10.90) y, con honrosas excepciones que fueron dándose gradualmente, sus principios no fueron asimilados en forma inmediata por la cultura jurídica argentina. El Código Civil, cuyo texto no recibió adaptaciones en este ámbito (apenas la disminución de la edad para adquirir la mayoría de edad a los 18 años, realizada casi 20 años después de la vigencia de la Convención por la ley 26.579, B.O. 22.12.09), seguía siendo el centro de gravedad en la materia, y así fue que la

---

\* Profesores Adjuntos ordinarios Derecho Civil I, F.C.J.S., Universidad Nacional del Litoral.

capacidad del menor durante muchos años siguió viviéndose, enseñándose y juzgándose con nula o escasa atención de principios tales como el del interés superior del niño y el de la autonomía progresiva, y de todas sus implicancias. Luego de (nada menos que) 15 años de vigencia de la citada Convención, se dictó la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley 26.061, B.O. 26.10.05) que plasmó en la legislación interna tales directivas, y fue recién a partir de entonces que los operadores del Derecho, en general, comenzaron a asumir la importancia de los cambios.

Desde un plano sociológico, la familia argentina (generalizando, obviamente) tampoco asimiló las consecuencias de tales directivas internacionales, manteniéndose una vinculación entre padres e hijos con ciertos rasgos de autoritarismo, quizá no tan marcado como el predominante en generaciones anteriores, pero aun así incompatible con la nueva mirada sobre la persona del menor y sus derechos fundamentales que demanda la Convención (violándose, entre otras, las disposiciones 12.1, 13, 14.1., 16 y conchs.).

El nuevo Código, con importantes cambios respecto al viejo texto, hace visible y desarrolla este enfoque, adaptando sus disposiciones a las exigencias convencionales y su postrero desarrollo a través de la ley 26.061.

## **2. Consideraciones sobre el nuevo texto legal**

Con relación a la nueva regulación de la capacidad de los menores, consideramos:

1) Que en términos generales, deben juzgarse positivamente las nuevas reglas, en tanto las mismas reflejan e intensifican los principios centrales de «interés superior del niño» y de «autonomía progresiva» que gozan de rango constitucional en nuestro sistema jurídico.

2) Que más allá de que la división encontraba un antecedente inmediato en la ley especial 26.061, no parece haber razones de peso para establecer categorías de menores en función de su edad (adolescentes los mayores de 13, niñas y niños los que no alcanzaron dicha edad), toda vez que como ocurría en el Código Civil con su clasificación tradicional entre impúberes y adultos, tal solución carece de sentido cuando las excepciones a la regla de incapacidad aparecen antes de los trece (fundamentalmente, el principio de autonomía progresiva -que acude a la fórmula de «con edad y grado de madurez suficiente» plasmada insistentemente en el nuevo Código- no distingue entre una y otra categoría), ni es solamente a partir de los 13 años cuando aparecen para la persona del menor ámbitos de ejercicio propio de su capacidad. Por tanto, esta nueva categorización poco aporta a la claridad en una temática tan sensible.

3) Que la presunción (y su consecuente ampliación de capacidad) establecida en los párrafos 4to. y 5to. del art. 26, al utilizar el término «tratamientos», debe ser entendida restrictivamente, alcanzando sólo «tratamientos médicos», y no otros posibles que podrían surgir con una interpretación amplia de la expresión. La hermenéutica propuesta se condice con la alusión a la «opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico» hecha al final del 5to. párrafo.

4) Que la exigencia (para el juego de la presunción aludida) de que los tratamientos a decidir no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, luce redundante o incluso inconsistente toda vez el compromiso del estado de salud no necesariamente supone un

riesgo grave para la propia vida o la integridad física. Sería suficiente la fórmula «no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud».

5) Que la capacidad conferida al menor que obtiene un título habilitante por el art. 30, sin limitaciones, no es tal, debiendo compatibilizarse la disposición con los artículos 681 a 683. Por tanto, debe entenderse que: (i) el hijo menor de dieciséis años que obtiene un título habilitante requiere autorización de sus progenitores para ejercerlo; (ii) también la requiere cuando alcanza los dieciséis años, aunque esta autorización se presume (art. 683); y (iii) puede afirmarse, por consiguiente, que la plena capacidad profesional se adquiere recién con la mayoría de edad.

### **3. Conclusiones**

De lege lata:

- 1) Las nuevas reglas contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación para reglar la capacidad de los menores reflejan e intensifican los principios –constitucionalmente jerarquizados- de «interés superior del niño» y de «autonomía progresiva».
- 2) La categorización de los menores plasmada a través de la definición de «adolescente» en el art. 25, 2do. párrafo, era innecesaria y, como ocurría con la tradicional distinción legal entre impúberes y adultos, puede acarrear confusiones e incertidumbre en casos concretos.
- 3) La presunción establecida en los párrafos 4to. y 5to. del art. 26, al utilizar el término «tratamientos», debe interpretarse como «tratamientos médicos», dejando afuera otros posibles que podrían surgir con una interpretación amplia de la expresión legal.
- 4) El menor que obtiene un título profesional habilitante requiere de autorización de sus progenitores para su ejercicio, la que se presume a partir de los dieciséis años (arts. 30, 681 a 683 CCyC)

De lege ferenda:

- 1) Debería eliminarse del CCyC la categorización sentada con la definición de «adolescente».
- 2) Debería reemplazarse la fórmula del art. 26 4to. párrafo «no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física» por la siguiente: «no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud».
- 3) Debería adaptarse el texto del art. 30 CCyC a las limitaciones previstas por los arts. 681 a 683 CCyC.