

Comisión n° 14, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

REGIMEN LEGAL DE LOS MENORES

Autores; Imbrosiano Romina Antonella, Petcoff María Cecilia, Pombo de Campos Solange.

Resumen:

El nuevo código nos viene a plantear una serie de cuestiones en materia de capacidad. Mantiene la mayoría de edad a los 18 años; se modifica el régimen de los menores, se elimina la categoría de menor púber e impúber y se incorpora el adolescente y el régimen de capacidad progresiva ya propuesta por la doctrina. De tal modo le otorga flexibilidad al régimen de capacidad haciendo referencia a la edad y grado de madurez.

También como la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar la opinión de estas personas al tomar una decisión. Y, la figura de emancipación se mantiene para el supuesto del matrimonio.

INTRODUCCION;

El régimen de capacidad de los menores de edad ha sido objeto de discusión en doctrina desde hace ya varios años. Por cuanto, a pesar de los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño, y luego la sanción de las distintas leyes en materia de capacidad, no se habría logrado trasladar la flexibilidad en relación a la autonomía progresiva de los menores.

Esta nueva legislación de Código Civil y Comercial, propuesto por decreto del ejecutivo 191/2011, viene a intentar subsanar dichas cuestiones que fueron objeto de largas discusiones tanto en doctrina como jurisprudencia.

En la presente trataremos de determinar con la mayor claridad posible; en qué consiste esta capacidad progresiva y de qué modo se alinea a las demás normas en la materia. Si la comisión reformadora, integrada por Ricardo Lorenzetti, Aida Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco, ha logrado sus objetivos en razón de una armonía con las distintas leyes que hacen al tratamiento de este tema, en la concepción del niño como sujeto de derecho y no como un mero objeto de éste, otorgándole igualdad jurídica conforme a sus aptitudes psíquicas.

1. MENORES

La nueva legislación sigue manteniendo la mayoría de edad a los 18 años (art 25 CC y C), tal como lo hacía el código de Vélez Sarsfield en el art 126 reformado por la ley 26579. Tal medida resulta acorde para alinear nuestra legislación al derecho comparado que tiene el mismo límite de edad; tales como Italia, Alemania, Brasil, algunos estados de Estados Unidos de América, España, Francia, entre otros. Varios autores se pronunciaron a favor de esta medida y de establecer además la llamada capacidad

progresiva, inclusive antes de la reforma por la ley 26579. Esta capacidad progresiva tiene en cuenta la madurez gradual del menor de edad y es incorporada al nuevo código.

Por otro lado, el límite para alcanzar la mayoría de edad, de 22 años, del código de Vélez de 1869 a los 18 años de hoy, vigente desde el 2010, resulta apropiado al transcurso de las distintas épocas y la evolución del contexto psicológico y sociológico en el que se desenvuelven los jóvenes.

Ya la ley 26579 recibió numerosas críticas, con respecto a la obligación de los padres o tutores de mantenerlos hasta la edad de los 21, cuando el menor no pudiera hacerlo por los medios propios; y otorgándoles la potestad de administrar lo que recibieran de sus progenitores. El nuevo código sigue manteniendo este método, extendiendo la obligación de los progenitores cuando el joven estuviere y no pudiera solventarse por motus proprio hasta los 25 años¹.

También se ha alegado: que los menores ya tenían razonable capacidad en ciertos casos; o que los jóvenes son uno de los sectores más agredidos de nuestra sociedad y la medida podría implicar mayor desprotección y abandono; que se alienta a los jóvenes a irse del país profundizando la desculturización; y que se pasa de la niñez a la adultez sin las necesarias etapas intermedias².

La Convención de los Derechos del niño sostiene en su art 1 que se considera Niño al menor de dieciocho años. A su vez, la ley 23849 que ratifica dicha convención dice que debe considerarse como niño desde su concepción hasta los dieciocho años.

El nuevo código, al hablar de menores de edad agrega la categoría de adolescente que van entre los trece y dieciocho años. La cuestión será determinar si esta categoría de adolescente también es considerada por el codificador como niños; para así encontrarse en armonía con la CDN.

Otra de las importantes menciones que hace el código, es el derecho a ser oído de los menores y tener en cuenta su opinión en las decisiones atinentes a su persona y sus derechos. Así lo dispone el art 26, tercer párrafo, cuando dice “la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Luego el art 113 establece que “para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe; a) oír previamente al niño, niña o adolescente b) tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez c) decidir atendiendo primordialmente a su interés superior”. En reiteradas disposiciones encontramos normas atinente a este derecho, como el art 595 inc f) que se refiere a la opinión del niño según su grado de madurez y siendo obligatoria su consentimiento a partir de los diez años como principio para la adopción. De la misma manera se pronuncian los artículos 639 inc. c)³; 635 inc. c)⁴; 707.

¹ Art 662; “el progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla los veintiún años. tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas”.

Art 663; “la obligación de los progenitores de proveer los recursos al hijo subsiste hasta que este alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente”.

² Eduardo M. Favier Dubois (padre e hijo) La capacidad para ejercer el comercio y para actos comerciales después de la ley 26579 de mayoría de edad a los 18 años- pag.3.

³ Art 639 la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

La Convención de los Derechos de Niño (art 12)⁵ y la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas niños y adolescentes; que también expresa en su artículo 3 inc b) el derecho de ser oído y tener en cuenta su opinión, nos dan la pauta de lo acertado de la nueva legislación; en la que no solo deberá oírse al menor, sino que será requisito para la toma de decisiones la opinión de éste. Dándole al menor el verdadero carácter de sujeto de derecho.

El artículo 19, inc. a) de la ley 26061 establece que las Niñas Niños y Adolescentes tienen derecho a la libertad, derecho que comprende: a) tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos. Asimismo, el artículo 24, determina que tienen derecho a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés. Agrega además que este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo⁶.

Escuchar la palabra del chico y del adolescente en sus pensamientos, sentimientos y opiniones es reconocerlo como persona, de un modo no que no sea cualitativamente inferior a los adultos.

Asimismo, la CSJN en su oportunidad determino que el niño es un sujeto de derecho pleno que atraviesa un proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Y que las disposiciones del código civil que legisla la capacidad de los menores no habían sido derogadas por la ley 26061 y no conculcan con los estándares internacionales en la materia⁷.

2. MINORIDAD Y ADOLESCENTE: MADUREZ GRADUAL

El nuevo código se aparta de la clasificación del código de Vélez que separaba a los menores en impúberes con incapacidad absoluta, y los menores púberes con capacidad relativa; por la nueva categoría de adolescentes que abarca desde los trece a los dieciocho años. Además, le brinda a los menores capacidad para actuar de acuerdo a su madurez gradual.

La mayoría de la doctrina considera acertado desplazar el sistema de la ya vieja y tajante clasificación de menores púberes e impúberes por esta que tiene en cuenta la madurez gradual del menor para realizar determinados actos.

⁴ Art 635 adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas; c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído a petición exclusiva del adoptado.

⁵ CDN art. 12; 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

⁶ Carlos Gabriel del Mazo- Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes- carrera de trabajo social- UBA- 2012.

⁷ CSJN - M., G. e! P., C. A.

Si bien este sector doctrinario considera acertada la eliminación de la fragmentación del viejo código; otro punto de vista nos sugiere solo un reemplazo de una clasificación por otra; en adolescente y no adolescente.

El problema sería el de establecer un criterio para determinar esta madurez, y así otorgarle la capacidad de realizar determinados actos, ya que los menores ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, y así lo dispone el nuevo art 26.

Dentro de la categoría de adolescentes, el menor entre trece y dieciséis años tiene una importante autonomía para decidir sobre tratamientos que no resultan invasivos a su propio cuerpo y si resultaren tratamientos invasivos que comprometa su salud debe prestar su consentimiento. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo (art 26).

Esta noción de capacidad progresiva es tenida en cuenta por la evolución de sus facultades, edad, grado de madurez, etc. Lo dinámico del derecho nos propone regular nuestras normas periódicamente para adecuarlas al contexto social en el que se producen, teniendo en cuenta distintos factores como los sociológicos y psicológicos en este caso.

Este principio de autonomía progresiva ya se encontraba plasmado en el artículo 5 de la CDN; “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por ende, era necesaria una actualización en materia de capacidad, admitiendo que dentro de las mismas categorías esos menores no contaban con la misma capacidad para comprender los actos. Por ejemplo un menor de catorce años y otro de dieciocho, o uno de trece con uno de cinco. Sin embargo contaban con la misma capacidad de ejercicio. Asimismo, es necesaria que esta “capacidad progresiva” sea acompañada por los adultos, para que puedan orientar de modo más eficaz el ejercicio de sus derechos.

Ser niño no es ser "menos adulto", sino formas de ser persona en distintas etapas de la vida, en la que todas tienen el mismo valor⁸. Por eso los estados partes al firmar la CDN se comprometen a tomar medidas para acompañar al menor en un proceso de crecimiento y fijar normas, no para cercenar sus derechos, sino tomar precauciones para cuidar al menor y su persona ; y así asegurarle una máxima protección jurídica en su etapa evolutiva.

3. DERECHOS Y LIMITACIONES

Como el capítulo II, título I sobre capacidad no despeja muchas dudas sobre cuáles son los actos que los menores están facultados para realizar o no; habrá que investigar a lo largo del articulado cuales son las disposiciones referidas a la materia. Así, el titulo VII sobre “Responsabilidad Parental” contempla distintas situaciones respecto al menor. Una de ellas; es la del art 640 inc b) que establece que los padres deben tener en cuenta el cuidado personal del hijo, pues, no olvidemos que estos son sus representantes legales.

⁸ Miguel Cillero Bruñol- INFANCIA, AUTONOMIA Y DERECHOS: UNA CUESTION DE PRINCIPIOS.

Conforme al mismo título, los adolescentes progenitores ejercen la responsabilidad parental de sus hijos. Así, quienes ejerzan la responsabilidad parental sobre el progenitor adolescente, puede oponerse a la realización de ciertos actos, siempre en interés del niño (art 644).

El art 645 exige el consentimiento de ambos progenitores en los casos siguientes;

a) *autorizar a los hijos entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio*; lo que viene a complementar el art 27 que solo contemplaba la emancipación del menor de dieciocho años sin establecer el mínimo para contraer matrimonio.

b) *autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad*. Respecto a este tema también se pronuncia la CDN en el art 14; el cual establece; “1). Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. 3). La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Conforme a esto, no se entiende por qué el menor debería necesitar la autorización de sus progenitores para ingresar a comunidades religiosas si es que las mismas no afectaran al orden público, la moral o las buenas costumbres, ya que en ese caso rige la misma disposición para los adultos⁹. Claro está que esta norma no prohíbe, pero si le impone al menor una limitación para ejercer libremente el culto que decidiera.

Sobre las fuerzas armadas o de seguridad, también se pronuncia la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 38 inc. 3; (“Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”). Entonces aun los adolescentes entre trece y quince años no podrían entrar ni con autorización de los progenitores a las fuerzas armadas. Una norma que exprese lo contrario sería inconstitucional. Por ende habría que entender este inciso para los menores adolescentes entre quince y dieciocho años.

c) *autorizarlo para salir de la Republica o para el cambio de residencia permanente en el extranjero*. También el 677 dispone que cuando el menor se encontrare alejado de la Republica podrá ser autorizado por el juez del lugar para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si el menor es adolescente no necesita autorización solo asentimiento del adulto responsable.

d) *autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí*. Aun así el art 677 dispone que se presume la autonomía del adolescente para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. En caso de no estar de acuerdo el menor podrá pedir autorización judicial para iniciar una acción civil (art 678). Y el 680 determina que, el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea demandado criminalmente. Entonces vemos que es el hijo adolescente entre trece y dieciocho años el que cuenta con un grado de autonomía para estar en juicio. Si bien estas normas dejan claro que el menor puede estar en juicio no determinan si el menor puede nombrar y

⁹ Resolución 3307/2000 Considerando; que es una de las funciones del PODER EJECUTIVO NACIONAL asegurar la libertad religiosa de las personas, tanto en forma individual o colectiva, pública o privada, con los únicos límites de la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad, la salud pública, el bienestar general y los derechos de los demás ciudadanos.

remover a la asistencia letrada o este es designado por el juez. Al respecto se pronuncio un fallo de la CSJN, donde constaba que los menores son incapaces de incapacidad absoluta y por ende no tenían capacidad para designar o remover a un letrado patrocinante¹⁰.

e) *administrar los bienes de los hijos*. Este último en concordancia con el 646 inc f). El 686 exceptúa la administración de los bienes de los hijos cuando fueran adquiridos por su trabajo, empleo, profesión o industria. Así se pronuncia el art 30 que nos muestra que el menor de edad que tuviera título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por razones vinculadas a ella. También el art 683 presume la autorización del adolescente mayor de dieciséis años.

Los menores de edad, no pueden testar, y así lo dispuso el nuevo 2464. Lo que nada dice, es que sucede en caso de emancipación del menor, tema al cual haremos referencia más abajo.

Los contratos de escasa cuantía se presumen realizados con autorización de los progenitores. Art 684.

4. EMANCIPACION

Nuestro derogado sistema contemplaba la emancipación por matrimonio o la emancipación dativa o por habilitación de edad. Hoy solo queda prevista la emancipación por matrimonio¹¹.

El art 403 en su inc f) dispone como imposibilidad para contraer matrimonio a los menores de dieciocho años. Y el 495 inc a) requiere el consentimiento de ambos progenitores para autorizar al adolescente entre dieciséis y dieciocho años a contraer matrimonio.

Para el caso de emancipación se suprime la posibilidad de que los menores contraigan matrimonio solo con autorización de los padres¹². Y así el art 404 contempla que en este caso, cuando el menor tuviera menos de dieciséis años podrá contraer matrimonio previa dispensa judicial. Y el menor que tenga dieciséis años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de esta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

Entonces partiendo del art 27 el cual dispone que la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad, el cual goza de plena

¹⁰ CSJN Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M. G. c/ P. C. A. s/ - 26-jun-2012; "La disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley 26061 -ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes- en consecuencia, los menores impúberes son incapaces absolutos, no pueden realizar por sí mismo actos jurídicos, como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte". De la misma manera se pronuncio en; P. G. M. y P. C. L. s/ protección de persona - 27-nov-2012- La Corte Suprema calificó como un acto nulo de nulidad absoluta, a la designación de un letrado patrocinante por parte de dos menores impúberes.

¹¹ Carlos Muñiz; análisis del proyecto del nuevo código civil y comercial 2012. Pág. 147.

¹² Fundamentos al Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – ED Zavalia 2015 pág. 602.

capacidad de ejercicio, tiene las mismas limitaciones que el viejo 134, hoy en el 28¹³ del nuevo código. Siguiendo luego con el 29, el cual dispone que el emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de necesidad o ventaja evidente.

El art 645 enumera los casos en que se requiere el consentimiento de ambos progenitores. Dispone en el “inc a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio”. Esta disposición viene a complementar la del art 27 que solo se refería a la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años. Conociendo entonces que la autorización de los progenitores para contraer matrimonio solo es posible a partir de los dieciséis. En el caso de los menores de dieciséis años se necesitara la dispensa judicial (art 404).

La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada (artículo 27 3er párrafo), eliminando la sanción del 131 del código de Vélez el cual disponía que si se hubiesen casado sin autorización no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieran a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores¹⁴.

La regla es que la persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas (art 27 2do párrafo), pero nada dice con respecto a la capacidad para testar. El art 2464 dispone que solo los mayores de edad puedan testar. Pero no admite la posibilidad del menor emancipado.

Teniendo en cuenta el principio general de capacidad y la opinión de la doctrina clásica, los emancipados tendrían habilitación para testar¹⁵.

CONCLUSION

La nueva legislación vino a receptar las críticas y aportes formulados por la doctrina a lo largo de estos años en materia de capacidad, y a su vez alinear el código de fondo a las distintas leyes que se pronunciaron en distintas oportunidades con el objetivo de establecer de manera eficaz el principio de la capacidad progresiva. Esto resulto un avance en el reconocimiento de los menores como verdaderos sujetos de derecho.

Destacando, la participación del menor en un proceso judicial, y su derecho a que sea oído y se lo tenga en cuenta en su opinión.

Por otra parte, advertimos que hay temas que no se pronuncian con la necesaria claridad, como la incorporación del adolescente. Si hablamos de autonomía progresiva, no resulta clara la finalidad de incorporar esta categoría que solo trae confusión.

¹³ Art 28; Actos prohibidos por la persona emancipada. La persona emancipada no puede ni con autorización judicial: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donaciones que hubiese recibido a título gratuito; c) afianzar obligaciones.

¹⁴ Carlos Muñiz – Análisis del Anteproyecto de código Civil y comercial 2012-régimen de capacidad de los menores.

¹⁵ Carlos Muñiz – Análisis del Anteproyecto de código Civil y comercial 2012-régimen de capacidad de los menores.

Otro tema al que no parece estar muy acorde a la CDN, es lo referido al art 645 inc b) en cuanto a la exigencia de autorización para ejercer libremente el culto, ya que dicho derecho se encuentra plasmado en la CDN en reiteradas oportunidades.