

Comisión nº 1, Privado Parte General: “Nuevas reglas referidas al régimen capacidad de la persona humana”

CAPACIDAD PROGRESIVA O SISTEMA LEGAL DE LEGITIMACIÓN PROGRESIVA. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA: DEL NIÑO OBJETO DE TUTELA AL NIÑO SUJETO DE DERECHO.

Autores: Mario Rodolfo Leal y Cayetano Fernando Gabriel Alberti*

Resumen:

En la presente ponencia analizaremos el artículo 26 del Código Unificado centrándonos puntualmente en lo que respecta a la capacidad progresiva. Tal como se anticipa en los Fundamentos de elevación, el Código recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado, derivado del desarrollo creciente de la doctrina internacional de los derechos humanos, entre cuyos principios esenciales destaca el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad.

El cambio de paradigma recoge los postulados de la denominada "Doctrina de la Protección Integral", que conceptualiza al incapaz como sujeto de derechos, a diferencia de la anterior "Doctrina de la Situación Irregular" que lo reduce a objeto de protección.

1. Desarrollo

El artículo 26 encuentra su correlato en los artículos 55 y 56 del Código sustituido. Allí se regulaba un régimen según el cual las personas menores de edad adquirirían derechos y contraían obligaciones a través de sus representantes, ya que antes de los catorce años (menores impúberes) se encontraban en una situación de incapacidad de hecho absoluta, en tanto los mayores de catorce años (menores adultos), de incapacidad de hecho relativa: sólo tenían capacidad para otorgar los actos que las leyes les autorizaran.

Pero también entraban en consideración los artículos 5º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), a la luz de los cuales se incorporaron los artículos 19 y 27 de la Ley 26.061, que receptaban límites más flexibles inspirados en un modelo de capacidad progresiva para el ejercicio de los derechos.

* Mario Rodolfo Leal, Profesor Asociado de Derecho Privado: Teoría de las Relaciones Jurídicas y Derecho de las Personas (Plan 2000) y Derecho Civil I Parte General (Plan 1977), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. Cayetano Fernando Gabriel Alberti. Auxiliar de Primera Categoría: Teoría de las Relaciones Jurídicas y Derecho de las Personas (Plan 2000) y Derecho Civil I Parte General (Plan 1977), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

Como principio general el artículo en análisis establece que la persona menor de edad **no** ejerce sus derechos por sí, sino a través de sus representantes legales: sus padres o, en su defecto, el tutor que se le nombre.

Pareciera que el segundo párrafo de la norma recoge el principio de capacidad o autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de conformidad con la evolución de sus facultades, a través de pautas flexibles.

Y decimos pareciera puesto que la redacción no es clara si pretende adoptar el instituto de la capacidad progresiva dejando a tras la legal.

El texto literalmente dice “...*Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física....*” (sic)

Del texto se desprende que no se tiene en cuenta la evolución de las facultades de la persona humana (principio de la capacidad progresiva) sino que por el contrario se presume –*ius tantum*– cuando el adolescente de entre 13 a 16 años no puede realizar los actos por sí mismo es decir: a) cuando los tratamiento no sean invasivos, b) cuando estos tratamientos no comprometan su estado de salud y c) y estos provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

Es decir que si se da uno de estos tres supuestos el adolescente (entre 13 y 16 años) no podrá por sí llevar a cabo estos actos jurídicos.

Vemos que en nada varía con lo que establecía nuestra ley 340 con respecto a los menores adultos (de 14 a 22 en el texto originario, de 14 a 21 con la reforma del Decreto Ley 17711 y de 14 a 18 con la Ley 26.579), en el viejo código veíamos que el legislador –según la evolución de sus facultades le permitía al menor llevar a cabo por sí actos jurídicos validos como por ejemplo: *a*) para contraer matrimonio la mujer lo podía hacer a partir de la edad de 16 años y el varón de los 18 (anteriormente se requería 14 y 16; ley 11394, art. 14). Antes de esas edades solo es posible con intervención judicial, previa dispensa que se confiere excepcionalmente por el juez, quien citaba a una audiencia a los menores y a sus padres o representantes, otorgando la dispensa si el interés de aquellos lo aconseja (arts. 166, inc. 5°, y 167, Cód. Civil, y ley 23.515 de reformas); *b*) los menores adultos podían reconocer hijos sin autorización del padre (art. 286, Cód. Civil); *c*) a partir de los 18 años podían otorgar testamento (art. 3614, Cód. Civil) y donar órganos; *d*) ser testigos en juicio desde los 14 años (art. 426, Cód. Procesal); *e*) defenderse en juicio penal desde los 14 años (art. 286, Cód. Civil); *f*) ejercer el comercio habilitados por sus padres a partir de los 18 años (arts. 10 a 12, Cód. de Comercio); *g*) recibir cosas en depósito necesario (art. 2228, Cód. Civil); *h*) celebrar contratos de trabajo; *i*) podían ingresar en comunidades religiosas y en las fuerzas

armadas o de seguridad, con consentimiento de ambos padres (art. 264 quater, Cód. Civil, según ley 23.264).

Es decir no encontramos con la redacción de este artículo la esencia de lo que es la capacidad progresiva sino las legitimaciones que le va dando el ordenamiento jurídico a las personas a medida que van avanzando en sus edades y no a la evolución de sus facultades.

El mismo código crea una ficción estableciendo que a partir de esa edad tienen una evolución de sus facultades para ejercer por sí los derechos reconocidos en los arts. 64 y 66 (referidos al apellido), 364 (representante en la representación voluntaria), 595 inc. f) (consentir su adopción a partir de los diez años), 596 (conocer sus orígenes en la adopción), 608 inc. a) y 617 inc. a) (carácter de parte en la adopción), 627 inc. d) (solicitar se mantenga el apellido de origen en la adopción simple), 644 (ejercer la responsabilidad parental), 645 (el consentimiento expreso de ambos progenitores que involucren a su hijo respecto a: el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; salir de la República o cambio de residencia permanente en el extranjero; estar en juicio: la administración de los bienes de los hijos; en todos los casos debe completarse con el consentimiento de los hijos si ya son adolescentes), 661 inc. b) (demandar alimentos a sus progenitores), 667 (contraer deudas para satisfacer sus necesidades de alimentación y otros rubros urgentes), y 680 (defenderse en juicio criminal y reconocer hijos, sin autorización de sus padres). Tienen derecho a recibir información en relación a los contratos que celebran sus progenitores con terceros en su nombre (art. 690) y a pedir que les rindan cuentas por la disposición que hagan de las rentas de sus bienes (art. 697).

Amén de lo ya expuesto debemos traer aquí el artículo 257 que establece “***Hecho jurídico. El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas***”. (el resaltado es nuestro) no quedan dudas que lo que está diciendo es que las vicisitudes del hecho jurídico se producirán según lo establezca el ordenamiento jurídico y específicamente lo resalta el artículo 26 al decir “...*No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí **los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.***” (el resaltado es nuestro)

Finalizando vemos que al igual que el Código de Vélez el Código Unificado trae un principio general en el artículo 26 primera parte donde establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

De ahí en más hay actos que por no ser invasivos puede realizarlo por sí solos como por ejemplo desde los 13 a los 16: Vacunación, extracción de sangre, ecografía, radiografía, testeo de HIV sida, adquisición y uso de preservativos y anticonceptivos, sutura, colocación de yeso o bota por esguince o fractura, cambio de apellido.

Desde los 13 a los 16 con consentimiento de los padres el menor podrá: colocarse DIU, operación quirúrgica, tratamiento oncológico, operación riesgosa, cirugía estética reparadora, rechazar transfusión de sangre o a intervención que pone en riesgo la vida.

Desde los 16 a los 18 con su solo consentimiento el menor podrá: actos invasivos y no invasivos de cuidado al propio cuerpo, donar sangre.

El menor con consentimiento de los representantes podrá: tratamiento integral hormonales, bloqueador hormonales.

El menor de 16 con consentimiento de los representantes y autorización judicial podrá: contraer nupcias.

El menor de entre 16 a 18 con consentimiento de los representantes y autorización judicial podrá: operación mutilante.

Por lo que proponemos de **lege ferenda**, se modifique el artículo 26 por el siguiente texto:

ARTÍCULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. La que cuenta con edad, grado de madurez suficiente y capacidad de discernimiento puede ejercer por sí los actos que le conciernen siempre y cuando de los mismos resulten beneficios.

En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

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. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

*Y de **lege lata***, dada la realidad legislativa, a la que debemos atenernos, no obstante las objeciones técnicas que hemos señalado y las deficiencias que se presentan en la aplicación; debe interpretarse el artículo en análisis pro niño, niña y joven; es decir que no solo se debe tener en cuenta la voluntad del menor en las prácticas en que estén involucrados las personas humanas de entre 13 a 16 años sino que se debe –por los principios que rigen la capacidad progresiva- tener en cuenta la evolución de sus facultades.