

Audiencia Pública 10 de septiembre en Sede de Gobierno de la Universidad Nacional de Rosario. Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Capacidad Jurídica de los menores de edad. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Referencia **LIBRO PRIMERO** del Proyecto de Ley del Código Civil y Comercial de la Nación.

DE LA PARTE GENERAL

TÍTULO I

De la persona humana

CAPÍTULO 2

Capacidad

SECCIÓN 1ª

Principios generales

Persona menor de edad

Autores: Profesoras MARIA CLAUDIA TORRENS Y ALICIA RAJMIL – FACULTAD DE DERECHO - UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

Aportes en torno a la Capacidad Jurídica de los menores de edad.¹

1 Introducción:

Las autoras del presente trabajo reconocen que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación redactado por la comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, persigue “una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”². Resaltamos primariamente la importancia de esta recepción, que estimamos además, necesaria atento las responsabilidades asumidas por la República Argentina ante la Comunidad Internacional, al obligarse en una serie importante de Tratados de Derechos Humanos y por las obligaciones asumidas ante sus propios ciudadanos, en nuestro orden jurídico conforme lo ordena la Constitución.

¹ El presente trabajo tiene como base un texto de las autoras que será publicado en la Revista del IDeI del Colegio de Escribanos de Rosario, en su número 8, en el presente año.

² De los fundamentos de la propia la comisión.

El Proyecto modifica el régimen jurídico de la capacidad en forma sustancial, sin embargo consideramos que en relación a la capacidad de los menores faltan algunas exactitudes. Dichas imprecisiones, a nuestro entender no permiten asentar los criterios de capacidad que en forma de principios generales se enuncian, y que se corresponden con los nuevos paradigmas que señalan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por nuestro país, entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Así, en nuestra interpretación, el proyecto vacila entre el reconocimiento de la calidad de sujeto de derecho a la persona menor de edad y la configuración de una persona incapaz.

Destacamos la incorporación de los nuevos criterios para el tratamiento de temas vinculados con la condición jurídica de las personas menores de edad, como su derecho a ser oído, su participación en los asuntos de su interés y al ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos en relación al derecho a su propio cuerpo. Sin embargo, el proyecto, en partes fundamentales de la regulación propuesta, parece referirse más a un cambio terminológico que de contenido.

Apreciamos este gran avance en la materia en cuanto a la recepción de los principios de la CDN, y los contenidos en la ley específica 26061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes pero se pierde la oportunidad, en algunas de las disposiciones del proyecto, de precisar estos ejes ya que en virtud de su derivación de Tratados internacionales, dichos lineamientos son definidos en “trazos gruesos”, debiendo la legislación interna de cada Estado detallarlos. A nuestro entender, el Código Civil no termina de registrar la riqueza de las definiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el Derecho a ser oído, el derecho a la participación y la autonomía progresiva para el ejercicio de derechos y hasta en alguna de sus regulaciones, que más adelante describiremos, se contradicen los principios generales que el mismo proyecto pregonaba, y los principios establecidos en la citada ley 26.061.

2 Análisis del Libro I, Título 1, Capítulo 2, Sección 1

De acuerdo a nuestra interpretación de la reforma que se propone, el punto más disvalioso es aquel que mantiene la relación, tantas veces cuestionada por la doctrina avocada a los derechos del niño, entre capacidad y minoría de edad. Pasamos al detalle de los logros y desventajas del proyecto, presentando primeramente un esquema de sus contenidos de acuerdo a nuestra interpretación:

El tema de la capacidad de las personas es tratado en el Capítulo segundo del Título I. En el artículo 22 se regula la capacidad de derecho e inmediatamente se establece la capacidad de ejercicio de los derechos, sentando el principio general “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Sin embargo, esta regla a nuestro entender, es inmediatamente restringida y hasta invertida para los menores de edad: En el artículo 24, se declara a los menores “incapaces de ejercicio” con el eufemismo de la siguiente acotación “cuando no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente con el alcance previsto en la sección 2da.” Decimos eufemismo³, porque en dicha sección, en el art. 25, se declara que la persona que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente “puede ejercer por sí los actos que le son permitidos en el ordenamiento jurídico”. De este modo el ejercicio de los derechos queda reducido al margen de lo permitido en el ordenamiento y no conforme a una regla general que habilite el ejercicio con las debidas excepciones puntuales.

El proyecto establece que son menores de edad las personas que no cuentan con 18 años y dentro de esta categoría ubica a los adolescente que son los que cuentan con más de 13 años.

A los menores en general entonces les son permitidos:

- 1) El derecho a ser oído en todo proceso judicial que le concierne (art. 26)
- 2) Participar en las decisiones sobre su persona (art. 26)

Si es mayor de 13 años y menor de 16 años

- 1) Tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26) .
- 2) Debe contar con asistencia de sus progenitores para el consentimiento en aquellos casos de “tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida” (art. 26)

Si es mayor de 16 años se lo considera “adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”(art. 26)

Pasamos al detalle de los logros y desventajas del proyecto:

³ Además de continuar con la consabida utilización de eufemismos, para referirse a ciertas instituciones aplicadas a los menores como tantas veces lo ha sostenido Emilio García Méndez.

3 Logros:

I.- El anteproyecto recepciona la terminología más avanzada, incorporada por el derecho internacional de los DDHH, para el tratamiento jurídico de la capacidad de las personas, al que nos hemos referido anteriormente. Así en el artículo 23 del Anteproyecto abandona el término capacidad de obrar o de hecho al referirse a la capacidad de ejercicio de los derechos.

II.- Respecto a la capacidad de derecho, el Anteproyecto en el artículo 22 la precisa, resolviendo un cuestionamiento unánime de la doctrina sobre las dudas que sugería nuestro Código Civil velezano, declarando que la goza “ toda persona humana” y que la ley sólo puede “ privarla” o “ limitarla” “ respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados” .

III.- Asienta en el artículo 23 el principio general de la capacidad de ejercicio, es decir invierte la regla de capacidad hasta hoy vigente, al establecer: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. Más allá de que las limitaciones a que se refiere no sólo pueden estar previstas en el código civil, sino también en otras leyes especiales, la norma establece como principio general la capacidad de ejercicio de los derechos por su titular y toda limitación a dicho ejercicio constituye una excepción. Para los menores de edad, entendemos que esto implica desandar rotundamente lo construido por la ley 17.711, que había impuesto como regla interpretativa de la capacidad del menor adulto: su incapacidad. Dice el vigente art. 55 CC. “Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes autorizan otorgar”⁴. De este modo esta regla se invierte en el proyecto y es todo un logro, aunque desgraciadamente como señalaremos más adelante, este avance termine deslucido por las restricciones impuestas.

IV.- Regula la responsabilidad parental, desterrando la desacreditada denominación de patria potestad de nuestro Código Civil. Entendemos además, que no sólo es un cambio de nombre sino una renovación de la institución, al imbuirla de importantes principios generales respetuosa de la persona destinataria de las responsabilidades parentales: El artículo 639 le asigna los siguientes principios a) El Interés Superior del Niño; b) La autonomía progresiva, conforme características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los

⁴ Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968

derechos de los hijos; c) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Incorpora de este modo, al Código civil, las normas desarrolladas en la CDN, que cuentan con jerarquía constitucional en nuestro país. El avance es fundamental y acorde con los compromisos internacionales y constitucionales asumidos. El resultado del reconocimiento de los mencionados principios es una nueva relación paterna-filial que implica que en todos los actos que realicen los progenitores en ejercicio de su responsabilidad parental, que involucren a la persona o a los bienes del hijo, debe primar el interés superior del niño, se debe promover su autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, y respetar y garantizar su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

V.- Adolescente : El artículo 25 proyectado considera menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años y abandona la actual división entre menores impúberes y adultos para introducir una nueva categoría: la de “adolescentes”, que son quienes han cumplido 13 años y no han llegado aún a la mayoría de edad.

Esto implica interesantes reconocimientos de derechos, sobre todo en relación a los llamados derechos sobre el propio cuerpo sobre los que el proyecto desarrolla nuevos conceptos que mejoran la calidad de sujetos de derechos de niñas, niños y adolescentes. Reiteramos por considerarlo de suma trascendencia:

- a) Se reconoce al adolescente mayor de 16 años, “adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. (párrafo sexto del artículo 26)
- b) Al adolescente menor de 16 años y mayor de 13 se le reconoce la autonomía progresiva entendiendo que tiene “competencia”, referida a las decisiones en materia de su salud. Así el artículo 26 párrafo cuarto presume que los adolescentes tienen aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
- c) Incorpora el concepto de “asistencia” de sus progenitores y deja de lado el de reprobación, cuando debe brindar el consentimiento en aquellos casos de “tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”.

De este modo el criterio que elige nuestra legislación es aquel que apela a los nuevos conceptos introducidos por la bioética, tales como la competencia. Concepto que define con más claridad la participación de los menores de edad en relación a los temas que tienen que ver con actos autorreferentes. El proyecto, resuelve las cuestiones vinculadas a la “competencia” de los menores de edad, combinando edad con la gravedad de las

decisiones ante las cuales se coloque el menor y establece diversas intervenciones parentales, como hemos transcrito anteriormente.

De todas formas insistimos, pues se requiere suma claridad en este tema, que en todos los casos, aún antes de las edades establecidas, el menor de edad, tendrá derecho a intervenir y a expresar su opinión en las decisiones que afecten su salud aunque no pueda “decidir” por sí mismo. Su opinión deberá ponderarse junto con las demás circunstancias. Esto es así conforme la CDN , la ley 26061 y la ley 26.529, que establece, sin distinguir edades, en el artículo 2 inciso e) que: ”...Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

d) Se establece para el adolescente dos posibilidades de intervenir en juicio 1) conjuntamente con sus padres o con asistencia letrada, regulado en el artículo 677 (párrafo 2do.)

VI.- El reconocimiento de la capacidad de los menores de edad para celebrar contratos de escasa cuantía, que de acuerdo al artículo 684 “se presumen realizados con la conformidad de los progenitores”.

4 Desventajas /Desaciertos:

Sin embargo, de acuerdo a nuestra interpretación y como dejamos ya establecido, el proyecto se aleja de los avances logrados por la teoría y práctica sobre reconocimiento de los Derechos del Niño en los siguientes puntos neurálgicos:

1) Semejar minoría de edad con incapacidad: A nuestro entender el proyecto persiste en la categorización del menor de edad como “persona incapaz”. Manteniendo, en este sentido, el modo de tratar a los menores de edad por el código civil de Velez Sardfield del siglo XIX. . En tal sentido se recepciona un lenguaje técnico muy actual en esta materia, al enunciar en el art. 23 , un reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los menores, para inmediatamente establecer la inclusión de los menores de edad en el ámbito de las personas incapaces El artículo 24 establece: **Son incapaces de ejercicio:** a) la persona por nacer b) persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2da de este capítulo c) persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

No estamos desconociendo la necesidad de establecer límites en el ejercicio de los derechos en el caso de los menores de edad, pero entendemos que el desafío para un nuevo código, es resaltar que incapacidad y niñez -adolescencia no son isomórficas. En nuestro país son numerosas las posiciones teóricas que avalan esta afirmación. En un importante análisis de la ley 26.061 se ha sostenido: “El sistema de protección integral involucra la satisfacción y/o restitución de derechos mediante el diseño, implementación y ejecución de políticas públicas como una de las tantas formas de proteger y garantizar derechos. Pero también se refiere al modo de ejercer esos derechos”⁵. También se ha sostenido, criticando a la regulación tutelar contenida en la ley 10.903, denominada del Patronato de Estado⁶, “... qué la estimación del niño como objeto de protección, parte de la premisa de su incapacidad para todos los actos de su vida civil”⁷. García Méndez ha reiterado las dificultades que conlleva para la efectividad de los derechos de los niños la confusión entre incapacidad y niñez, sosteniendo que “Del mismo modo que para la mujer, también la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en un larga serie de incapacidades “naturales”, que el derecho de menores solo se tomó el trabajo de “reconocer” y otorgar estatus “científico”⁸

La doctrina europea apoya la diferenciación de menores de edad e incapacidad. En la legislación alemana “ en el caso de los niños de 7 años, no se habla de incapacidad civil, sino de capacidad limitada”⁹ y en particular la doctrina española ha sostenido que “Menor de edad e incapacidad no son conceptos sinónimos sino todo lo contrario”¹⁰, Carlos Lasarte Alvarez afirma: “ Así pues, no cabe ya trazar un foso entre mayor de edad (capaz) y

⁵ NELLY MINYERSKI y MARISA HERRERA , *Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061*, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” Compilador Emilio García Méndez, Editores del Puerto , 2008 2da edición actualizada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Pág. 48 (El subrayado es nuestro)

⁶ Hoy derogada por la ley 26.061

⁷ MAURICIO LUIS MIZRAHI, *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” Compilador Emilio García Méndez, Editores del Puerto , 2008 2da edición actualizada Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Pág. 82

⁸ EMILIO GARCIA MENDEZ, *Infancia, ley y Democracia: Una cuestión de Justicia*, en EMILIO GARCIA MENDEZ y MARY BELFO (compiladores) *Infancia, ley y Democracia en América Latina* Editorial Temis De palma, Bogotá Buenos Aires 1998. Pág. 24.

⁹ AGUSTIN GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo* t I, 10ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2009 PÁG. 10

¹⁰ Es de destacar que antes del dictado de la ley Orgánica 1/1996 que en su art. 2.2. dispone: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”, la posición de parte de la doctrina española en relación a este tema era paradigmática de las posiciones que niegan derechos a los niños ya que aún existiendo en la legislación civil, el principio de interpretación restrictiva de las normas limitativas de la incapacidad y no existiendo normativa que disponga la incapacidad genérica de obrar de los mismos, para imponerla se recurría a diversos y dispersos argumentos normativos . Así se partía para establecer una genérica incapacidad de obrar de los menores de 18 años, del artículo 1.263.1 (por supuesto del CC) que regula el consentimiento, en materia contractual y que establece “ no pueden prestar consentimiento los menores de edad no emancipados»

menor de edad (incapaz), sino manifestar que el Derecho positivo ha acabado por reconocer que la adquisición de la capacidad de obrar es gradual y paulatina”¹¹

En igual sentido, afirma Díez Picazo en relación al Código Civil Español: “Fuera de las coordenadas expuestas, nada se puede afirmar respecto de un principio general de incapacidad de obrar del menor. El Código Civil no contiene ningún precepto que así se pronuncie, sino supuestos concretos y específicos en lo que únicamente se permite la actuación de los menores que tengan una cierta edad bien por sí solos, bien con sus padres o tutor, es decir, éstos no suplen la voluntad del menor” ¹²

Puntualizamos entonces, nuevamente en nuestro país, que una regulación que establezca que incapacidad de ejercicio y minoría de edad son isomórficas, es absolutamente contraria a nuestro sistema legal y constitucional. La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo rango constitucional ha sido establecido por el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional y la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, legislación específica para la materia, deberán ser tenidas en cuenta para todo tipo de elaboración legislativa. Nuestro Estado de Derecho, reconoce a la niña, niño y adolescente su calidad de sujeto de derecho, establece el principio del interés superior del niño y exige que los mismos sean oídos y participen en los asuntos de su interés con autonomía progresiva para ejercer los derechos. Esto entraña la obligación de construir instrumentos jurídicos que les permitan ejercer su calidad de sujeto de derecho.

Repetimos, entonces, que se trata de tener presente al legislar sobre la capacidad civil, el impacto que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061 imponen sobre instituciones fundamentales que regulan los derechos de niños, niñas y adolescentes, en sus vínculos civiles, comerciales, penales , laborales, familiares e institucionales. Buen ejemplo de este impacto buscado son los últimos párrafos del art. 3 de la ley 26061 que al describir el interés superior del niño establece: “Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse.” Y para que no quede ninguna duda agrega: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.”

¹¹ CARLOS LAZARTE ALVAREZ, La capacidad de obrar: edad y emancipación de menores, en la capacidad de obrar del menor, Exhiobris ediciones, SL Madrid, 2009 Pág 10

¹² DIEZ-PICAZO Y GULLON, Sistema de Derecho Civil, Volumen I tecnos Madrid 2005 pág.384)

2) Advertimos que el proyecto en el artículo 26 establece la representación como el único medio en virtud del cual los menores de edad pueden ejercer derechos. El citado artículo lo expresa así: “la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”. No estamos realizando una observación crítica de la representación de un menor de edad, ya que consideramos que la misma constituye un medio idóneo para el desenvolvimiento de derechos. La crítica se detiene sobre la constitución de la representación como el medio a partir del cual se le permitirá ejercer derechos.

La autonomía progresiva reconocida en el art. 5 de la CDN establece que en “consonancia con la evolución de sus facultades” el niño debe ser orientado para ejercer sus derechos. El Comité de Derechos del Niño, órgano encargado por la CDN de supervisar la efectividad de los derechos en ella contenidos, ha sostenido en diversas “Observaciones” que los Estados partes de la CDN deben garantizar que los niños ejerzan sus derechos por sí mismo cuando estén en condiciones de hacerlo. La Observación General N° 5 en el título “MEDIDAS GENERALES DE APLICACIÓN DE ESTA CONVENCION” en el punto 21 sostiene “Algunos Estados han indicado al Comité que la inclusión en su Constitución de garantías de los derechos para todos es suficiente para garantizar el respeto de esos derechos en el caso de los niños. El criterio para saber si es así consiste en determinar si, en el caso de los niños, los derechos aplicables tienen efectividad realmente y se pueden invocar directamente ante los tribunales. El Comité acoge con satisfacción la inclusión de artículos sobre los derechos del niño en las constituciones nacionales, reflejando así los principios clave de la Convención, lo que contribuye a subrayar la idea esencial de la Convención: que los niños, al igual que los adultos, son titulares de los derechos humanos. Sin embargo, esa inclusión no garantiza automáticamente que se respeten los derechos de los niños. A fin de promover la plena aplicación de esos derechos, incluido, cuando proceda, el ejercicio de los derechos por los propios niños, puede ser necesario adoptar disposiciones adicionales, legislativas o de otra índole.”

Debemos reconocer, que el Proyecto analizado, impone importantes límites a la representación, los que son regulados en el Título VII sobre responsabilidad parental. Así, por un lado los principios generales regulados para el desempeño de los responsables parentales, en el artículo 639, ya comentados en el presente trabajo, que necesariamente deben respetarse. De este modo, cuando el menor ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, siempre debe respetarse su derecho a participar, a expresar su

opinión y a que ésta sea tenida en cuenta de acuerdo a su desarrollo y madurez. Por otro lado, se establecen límites muy importantes, en relación a la representación de los adolescentes, como ya lo hemos descripto en el artículo 677.

Sin embargo, permanece intacta nuestra objeción, atento a que ella se sustenta en la redacción del citado art. 26, el que a nuestro entender, dejaría en serias dificultades la efectividad de los derechos de los niños y los supuestos avances que menciona el proyecto. Máxime cuando seguidamente, el mismo artículo aclara que sólo podrán ejercer, aún contando “con edad y grado de madurez suficiente”... “los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”. Creemos que aquí se borra con el codo lo escrito con la mano y se está invirtiendo la regla general establecida en el artículo 23, porque la persona menor de edad debería (conforme lo establece el artículo 23) poder ejercer por sí sus derechos cuando cuente “con edad y grado de madurez suficiente” con excepción de aquellos actos prohibidos por el ordenamiento general.

Entendemos, entonces que deben corregirse las insistentes formas de determinar una incapacidad general de ejercicio del menor, ya que los límites impuestos podría confundir la pretendida capacidad de ejercicio con la antigua incapacidad de obrar relativa establecida como regla de incapacidad por nuestro vigente art. 55.

Igual criterio sigue el proyecto en lo relativo a la tutela, el artículo 117 establece que: “Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.” Aplaudimos la participación del menor en estos casos, pero insistimos en que la regla general debe ser la capacidad y la ley debe específicamente establecer las limitaciones y no al revés.

3) Observamos con cautela que, en relación a los derechos personalísimos, se pierde una oportunidad histórica para reconocer que su ejercicio corresponde a su titular. Lo que determina en relación a los menores de edad, que siendo titulares de los derechos personalísimos deben ser quienes los ejerzan cuando su edad y madurez se lo permitan. Partimos de la consideración de que los derechos personalísimos no deben ser ejercidos por representantes generales, atento que sólo pueden ser ejercidos por la propia persona o por quien ella designe en forma individual y para cada situación, con indicación de las directivas que dispone sean cumplidas por el representante.

Doctrinariamente así se ha establecido, Díez-Picazo y Gullón afirman “... la titularidad del derecho corresponde a la persona y, en principio, sólo seguramente a ella. Es

además, en línea de principio, un derecho personalísimo que sólo el titular puede ejercer”¹³

Puntualizamos que el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad y a la propia imagen entre otros, han sido definidos como derechos personalísimos, resultan éstos derechos cuya característica principal es ocuparse de la persona, de “la protección de sus atributos físicos y morales, de su libre desarrollo y desenvolvimiento”. Esta especial protección que cumplen los derechos personalísimos, requiere que su ejercicio deba ser resguardado para su titular y a nuestro entender cuando los menores de edad disponen de madurez para su ejercicio deberían encontrarse habilitados para ejercerlos. Por supuesto, con la especial consideración que el Interés Superior del Niño debe primar aún ante sus propias decisiones, conforme lo señala la doctrina en cuanto que éste principio rige aún ante el propio niño.¹⁴

Por supuesto, debemos destacar que el ámbito de la representación puede quedar resguardado a través de la subrogación que consideramos es pertinente en el caso de los menores de edad que no tengan la madurez necesaria para su ejercicio. En este caso debe ser asumida y subrogada por sus representantes legales, con la asistencia de los órganos fiscalizadores cuando esto se requiera y no medien situaciones de urgencia.

Nuestra jurisprudencia también ha establecido que no es posible ejercer los derechos personalísimos a través de representantes legales generales en el importante fallo del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 14 de octubre del 2003 denominado “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la R A y otros c. Ciudad de Buenos Aires” en el que se estableció que “las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad (del voto de la Dra. Conde)”¹⁵ y en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C que estableció “La disposición de los derechos personalísimos que corresponde a los menores de edad, especialmente cuando se trata de menores de 14 años o sea carentes de discernimiento para los actos lícitos (art. 921, Cód Civil) es

¹³ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, editorial tecnos Madrid 2005 pág.346

¹⁴ Conforme María Susana Ciruzzi, Rivero Hernández y Carmen Sanchez Hernández entre otros
¹⁵ LA LEY 2004-B con nota de Andrés Gil Domínguez

manifiestamente antijurídica y debe ser prevenida para afianza la protección integral de la niñez, que en nuestro ordenamiento jurídico está ratificada por la incorporación de la CDN a la Constitución Nacional”¹⁶.

En relación a los derechos personalísimos vinculados a la integridad física y al derecho a la vida, reconocemos que en nuestro país, las regulaciones sobre los derechos vinculados a la salud, permiten el consentimiento informado por representante legal. La ley 26529, en su artículo 5, define al consentimiento informado con las siguientes características: “Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:...”

Nuestra primera observación es que este permiso legal se limita a especiales situaciones vinculadas con la salud y no a otros derechos personalísimos y la segunda y más importante observación, es que la positividad de la normativa vigente no encierra una declaración de legitimidad de la misma. Es justamente en el plano de la fundamentación de la ley, donde efectuamos la crítica. El consentimiento informado por un representante legal general, que en tanto tal no ha sido investido de tal potestad por el representado, no siempre refleja el principio del respeto a la dignidad de la persona y de este modo lesiona derechos humanos de jerarquía constitucional, aunque algunas leyes lo contemplen.

En el derecho comparado, el Código Civil Español establece en el artículo 162 que: “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados: Se exceptúan: 1º Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puedan realizar por sí mismos” y en relación a las cuestiones vinculadas a la Salud. La Ley de Autonomía del paciente establece en el art. 9 apartado 3: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

¹⁶ LALAY 1997-D,100

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.”

En la ciudad de Rosario, en un significativo fallo, el Dr. Bergia a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial novena Nominación ha registrado los matices de las representaciones de menores de edad al establecer: “En principio, los derechos personalísimos solo pueden ser ejercidos por los titulares. Cuando el interesado es mayor de edad, capaz de derecho y capaz de hecho (fundamentalmente en cuanto a la posibilidad de comunicación), no hay duda que debe ser ejercido solo por él. El problema se plantea cuando, como en este caso, el titular es incapaz de derecho por ser menor de edad e incapaz de hecho de comunicarse debido a su estado de salud.” “.... Para resolver esta cuestión deben distinguirse los tratamientos utilizados en dos categorías diferentes: proporcionados y desproporcionados.... Cuando se trata de medios indudablemente desproporcionados, al igual que en el caso anterior, corresponde al paciente decidir el rechazo a su aplicación. Incluso, tratándose de un menor de edad - y por ello incapaz de hecho- corresponde escuchar su deseo en la medida de su capacidad de entendimiento y siempre preservándolo de sufrimientos innecesarios. Pero cuando el enfermo no está en condiciones de expresar su voluntad, no cabe presumir su deseo de ser sometido a padecimientos crueles y degradantes que no le han de reportar beneficio alguno¹⁷ 18. No obstante ello, aún presumiendo que nadie está dispuesto a

17.- Queda encontrar una solución para aquéllos que no pueden ejercer su libertad por revestir en la categoría de los incapaces de hecho o a quienes el iter mortis los ha sorprendido. Si tuviera el paciente representantes legales o aquellos que en síntesis ejercen la patria potestad, o en ausencia de éstos el defensor de oficio de menores e incapaces o un abogado colegiado designado en las listas especiales, todos ellos están habilitados para ejercer la solicitud, ya que ahora y con las bases sentadas, la misma no es subjetiva o antiintersubjetiva, al contrario, es consensual con parámetros constitucionales e infralegales, concordados, según confrontamos. A pesar de la costosa opción a la que -entendemos razonablemente- deben acceder, no dejemos de recordar que, la medida media de la persona humana quiere vivir pero, asimismo, según compartimos, el mismo patrón puede racionalmente (utilitariamente) volcarse por el mal menor. Todo ello sin perjuicio de la anticipación del interesado a los acontecimientos por voluntad escriturada. No se debería omitir esa decisión si es tan intersubjetiva como la postulada por la oralidad aunque la intersubjetividad probablemente se diluya si pretendemos que en ocasión de poder prestar declaración alguien decida imponerse por la letra. Nos parece más la excepción de la regla que una regla sin excepciones. Machado Pelloni, Fernando M. El médico, el paciente y el derecho a una muerte digna (introducción al análisis liberal restrictivo) J.A. 1999-III Página 805.-

18.- Pero la limitación de las prácticas médicas invasivas no solo puede hallar un obstáculo en la voluntad del paciente, sino que se encuentra también autolimitada en aquellos supuestos en los que constituya un caso de anastasia que no reporte beneficio alguno al enfermo, importando a la vez una interrupción del curso regular

padecer por el solo hecho de hacerlo, debe reconocérseles a los representantes legales el derecho a solicitar la aplicación de todos los procedimientos que la ciencia médica tenga previstos para el caso, aún cuando los mismos sean desproporcionados”¹⁹

Entendemos que el campo de los derechos personalísimos, es un lugar de difícil resolución para aquellas situaciones en las que la persona por diversos motivos: enfermedad, edad u otras situaciones particulares no puede ejercer por sí misma dichos derechos. El proyecto en estudio reconoce la autonomía del menor de edad en las cuestiones referidas a su salud, como lo hemos señalado, pero no se expresa puntualmente en cuanto al ejercicio de los demás derechos personalísimos. Resuelve este difícil problema para el Derecho, otorgándoles a los menores de edad, la posibilidad de “participar en las decisiones sobre su persona y en todo lo referente a sus derechos personalísimos”, este es un avance. Pero debemos tener presente que “participar” no es igual que “ejercer los derechos por sí mismo”. Entendemos entonces, que el proyecto no propicia el ejercicio autónomo de los derechos personalísimos por los menores de edad. Se pierde así, una hermosa oportunidad de reconocer que sólo cada ser humano tiene la posibilidad de ejercer estos derechos, que no están sujetos a una posible representación general, máxime cuando la madurez del menor de edad puede desplazar jurídicamente el criterio único de la edad.

4) Interpretamos que el proyecto designa un nuevo criterio para otorgar capacidad de ejercicio a los menores. Este criterio está dado por la vinculación de grado de madurez de los mismos y edad. Sin embargo, queremos resaltar que al no especificarse que se entiende por grado de madurez, la primera pierde protagonismo y queda en mera retórica

El “grado de madurez” en particular y para el ejercicio efectivo de un derecho, sólo se menciona como criterio para una situación, aunque verdaderamente importante, la legitimación para demandar al progenitor que falte a la prestación de alimentos se otorga “al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada” (artículo 661 inc. b).

5) Los límites a la participación de los menores: Consideramos que el proyecto limita innecesariamente la participación del menor en aspectos especialmente patrimoniales.

de una enfermedad que motiva una serie de perjuicios que degradan el derecho a la dignidad humana. Este tipo de intervenciones puede ser analizada a condición de que sean expresamente solicitadas por el paciente, pero en tanto no puedan justificarse como un instrumento de mejoramiento de la calidad de vida, la aceptación de su realización no puede presumirse. Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 de Neuquén 20/3/06.-

¹⁹ Fallo N° 2985 del 26 de agosto del 2008 Juzgado de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial N° 9 de Rosario a cargo del Dr. Marcelo Bergia

Por ejemplo en las siguientes disposiciones:

El artículo 26 dispone: “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 limita el ámbito de ejercicio de derechos a las decisiones sobre su persona. La participación del menor de edad debe garantizarse en todos los asuntos de su interés, relativos a su persona y a sus bienes, de acuerdo a las normas constitucionales e internacionales así como a la ley 26.061, ya analizadas, que reconocen este derecho en todos los ámbitos de su vida.

El art. 646 enumera los deberes de los progenitores y en su inciso c), establece que deben “respetar el derecho del niño y del adolescente a ser oído y a participar de su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos”. Reiteramos que según nuestro criterio el derecho a ser oído y a participar se extiende a todos los actos de la vida del menor.

El artículo 690, por su parte, establece que los progenitores pueden celebrar contratos con terceros, en nombre de los hijos en los límites de su administración y que deben informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Creemos que aquí también se impone el derecho del hijo a expresar su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta, no simplemente limitarse a informarle esta decisión.

6. Conclusiones

- 1.- Afirmamos que la definición del niño como sujeto de derecho comprende el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos.-
- 3.- Sostenemos que reconocer los derechos humanos de los niños torna insoslayable dejar de lado la postura tradicional que asimila niñez a incapacidad.-
- 4.- Valoramos como trascendentes los avances propuestos por el actual proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pero lamentamos que no se logre cimentar instituciones que permitan efectivizar, de manera contundente, la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que imponen la normativa constitucional e internacional en el tema
- 5.- Nuestra diaria tarea como operadores del derecho reclama, mientras tanto, una interpretación jurídica sobre los preceptos velezanos acorde con los criterios expuestos. Esto nos llevará a ignorar disposiciones sin dudas derogadas de hecho por la CDN y por la ley y a interpretar de manera más flexible el régimen jurídico en general, para dar lugar a la debida participación del menor de edad, cuando las circunstancias y su madurez lo ameriten. Igual interpretación debe guiar el análisis de todo el Derecho Argentino.

María Claudia Torrens por las autoras

