

El Derecho Privado Patrimonial y derecho de Familia y Sucesiones.

“La representación de niños niñas y adolescentes: una mirada del aspecto patrimonial”

María Cristina Plovanich*

Sumario: 1. Introducción. 2. Aspectos generales. 3. Autonomía progresiva. 4. En qué ámbito o en qué esfera de derechos se ha avanzado con mayor énfasis. 5. Lineamientos del Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012.

1. Introducción.

A partir de la reforma constitucional del año 1994, en especial tras la incorporación en el art. 75 inc. 22 de Pactos, Tratados, Convenciones internacionales de derechos humanos que regulan sobre algunos aspectos propios del derecho privado, en nuestro país se impuso la relectura del derecho privado a la luz de los valores y principios que contienen esas normas. En consonancia con ese proceso, y conforme lo que dispone el Art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional al regular las atribuciones del Congreso: “...*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por esta Constitución y los Tratados Internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”, se han incorporado numerosos instrumentos legales que reconocen la dignidad de la persona humana, una de cuyas manifestaciones es la autonomía de la voluntad. Tienen influencia directa en este aspecto, entre otras, la Convención sobre los Derechos del Niño (aunque adoptada con anterioridad a la citada reforma), Convención Internacional sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia), etc. La recepción de esa normativa

* Docente de Derecho Privado- Parte General y Derecho de Daños de la Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y la Universidad Blas Pascal, Argentina. Doctora en Derecho, UNC (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Investigadora del Programa de Incentivos, Categoría III. Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, y posgrados organizados por Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UNA, Universidad Católica de Córdoba, Universidad Siglo 21, Córdoba.

requiere la armonización del sistema infraconstitucional con los valores del bloque de constitucionalidad integrado al texto de la Carta Magna.

En relación a la niñez y adolescencia, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN) implicó un cambio de perspectiva en la forma de entenderlas, ya que del sistema tutelar, con que tradicionalmente fueron concebidas, pasó a estar regida por el paradigma de la protección integral de los derechos del niño y su reconocimiento como sujeto titular de derechos. Este giro, receptado a nivel interno a través de la Ley 26061- Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes-, trajo aparejadas diversas modificaciones en el derecho interno que regula los derechos del niño¹. El considerarlo como sujeto titular de derechos y con capacidad progresiva de ejercicio pone en cuestionamiento las teorías internas sobre la capacidad e incapacidad de las personas menores de edad, que aún hoy se encuentra vigente en nuestro derecho civil².

De las numerosas inquietudes que el tema plantea consideraremos en esta oportunidad las que, a nuestro criterio, resultan relevantes acorde al tema central de este trabajo, tales son:

- a) cómo ha receptado el derecho privado el cambio de paradigma, que implica pasar de la perspectiva tutelar sobre la niñez y adolescencia a considerarlos sujeto de derechos;
- b) en qué ámbito o en qué esfera de derechos se ha avanzado con mayor énfasis en ese tránsito;
- c) cuál ha sido la incidencia de esos cambios en el ámbito de la capacidad de ejercicio en la niñez y adolescencia;
- d) cuáles son los lineamientos del Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012 en particular referencia a la aptitud de niños, niñas y adolescentes para ejercer los derechos de contenido patrimonial que titularizan, es decir la capacidad de ejercicio en el ámbito patrimonial.

¹ Se utiliza el término “niño” en un sentido amplio, abarcativo de niños, niñas y adolescentes.

² Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente - Sabrina Viola página 86 N° 3 - segundo semestre 2012 - ISSN 1853-6565 www.cuestiondederechos.org.ar

2. Aspectos generales

En primer término recordamos que en el Código Civil de Vélez Sarsfield se reconoce la posibilidad de que las personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, arts. 31 y 32, ratificándolo en el art. 52 cuando dice: “*Las personas de existencia visible son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones*”, refiriéndose así a la llamada capacidad de derecho. También incluye la aptitud para ejercer esos derechos y contraer obligaciones, la capacidad de obrar o de ejercicio, uno de cuyos sustentos es la madurez que le permite al sujeto determinar que resulta conveniente o inconveniente a sus intereses, y cuya contrapartida es la incapacidad. Aspecto diferente es el discernimiento que es la aptitud natural para conocer en general, razonar, distinguir lo bueno de lo malo; aptitud sustentada en la salud mental y en la madurez, la contrapartida es la falta de razón.

En cuanto a la capacidad de ejercicio o de actuar de las personas que no tienen la madurez³ que se alcanza con la edad, el Código Civil argentino está basado en el modelo tutelar, se requiere del cuidado de otro que las reemplace y sustituya en todas o gran parte de las decisiones, situación modificable a medida que avanza el crecimiento. Distingue entre menores impúberes y menores adultos, fijando la edad de catorce años como elemento diferenciador, los impúberes incapaces absolutos y los menores adultos incapaces relativos, situación en la cual la regla es la incapacidad y solo tienen capacidad para los actos que la ley determina. Para el caso de que la persona no pudiera actuar por sí para ejercer los derechos, diseñó un sistema de representación para la protección de los “incapaces”, a fin de que contaran con un representante para el ejercicio de sus derechos. Ese régimen tiene los siguientes caracteres: a) legal, porque está determinado por imperio de la ley (cf. arts. 56 y 58) con exclusión de la voluntad del reputado incapaz; b) necesaria, porque no puede prescindirse de ella (cf. art. 56); c) dual y conjunta, conferida al representante legal individual (padre, luego de la Ley 23.264 ambos progenitores, tutor, curador; cf. art. 57) y al promiscuo: Ministerio de Menores (art. 59); d) universal, ya que importa su extensión a todos los actos en que aparezca comprometido el representado en su interés personal o

³ Madurez (de maduro), según el Diccionario de la Real Academia en su 2da. acepción: Buen juicio o prudencia, sensatez.

patrimonial (art. 62); e) controlada, en cuanto está potencialmente sujeta al control judicial de su ejercicio (patria potestad: arts. 264 ter, 297 *in fine* y 298; tutela y curatela: 381, 414, 417, 443, 460, 475 y concs.).

Desde hace tiempo, se abre paso en el mundo jurídico una posición que procura superar la categorización del menor en función de su edad cronológica y pretende encontrar nuevos parámetros más justos para determinar su aptitud de obrar. Sin duda que este criterio deriva de una resignificación de los conceptos básicos, desde la idea misma de persona, que como nos dice la jurista española Encarna Roca⁴ supone abandonar el concepto de persona tradicional, definido en los códigos como el “ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones”; o sea, la noción de persona deja de concentrarse en la de “capacidad” o “capacidades” y, consecuentemente, de ser juzgada de modo diferente según cuál sea la proyección pública o privada de la actividad del hombre; esa idea se abandona para pasar a la de una cualidad unitaria, desde que constitucionalmente, el objetivo fundamental es el “desarrollo de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, y el respeto a la ley y a los derechos de los demás” (art. 1-1 de la Constitución española). En otras palabras, del mecanismo de las “capacidades” se pasa al de la “personalidad”, que no es otra cosa que el complejo de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al hombre por el hecho de serlo. Por lo tanto, personalidad significa titularidad de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad jurídica es, pues, una consecuencia de la personalidad y permite el tratamiento unitario del derecho de la persona, que no sólo está protegida por normas civiles, sino también, penales, administrativas, etc. En doctrina nacional Rivera sostiene “En primer lugar resulta a todas luces evidente que todas las personas son titulares de ciertos derechos que no se limitan a la celebración de actos jurídicos para establecer relaciones jurídicas. Así todas las personas (niños, ancianos, discapacitados, aborígenes, mujeres, hombres, sin excepciones) gozan de los derechos que hacen a la dignidad de la personal y pueden hacer valer esos derechos frente a otros particulares y frente al estado quien asume incluso obligaciones para hacer eficaces las

⁴ ROCA TRÍAS, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en Estudios de Derecho civil en Homenaje al profesor Dr. José Lacruz Berdejo, Bosch, Barcelona, 1993, t.II, p. 1895 y ss.

declaraciones programáticas del ordenamiento. Pero además, se advierte que el ejercicio de tales derechos no requiere que el sujeto tenga una cierta capacidad atribuida en función de la edad”⁵.

Con el propósito de adecuar el orden legal interno a las normas internacionales de derechos humanos, en los últimos años en el área del derecho civil en lo referente a la capacidad de ejercicio de la persona humana se han dictado leyes que ajustan sus disposiciones a las normas supranacionales. Mencionamos entre otras: la Ley 26.061 sobre Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; la Ley 26.529 que sanciona los Derechos de los Pacientes; la Ley 26.579 de Mayoría de Edad a los 18 años, la Ley 26.657 de Salud Mental; todas ellas tienen como propósito respetar los valores de dignidad, libertad, autonomía. Pero esas modificaciones se han introducido en normas especiales que en algunos casos derogan y sustituyen artículos del Código Civil, mientras que en otros aspectos mantienen su vigencia disposiciones que provocan desajustes, por lo que resulta necesario adecuar el Código Civil al derecho supranacional, incorporar los principios contenidos en las leyes especiales mencionadas.

3. Autonomía progresiva.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño -en adelante CDN-, representa un nuevo paradigma en la relación de la infancia y la adolescencia respecto al Estado y las instituciones, contiene principios generales que deben ser respetados y que actúan como reguladores de esa relación. Resalto tres de los principios rectores: el art. 3 de la CDN sostiene que en todas las medidas concernientes a los niños “*una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”. El art. 5 contiene el principio de autonomía progresiva del niño, al establecer que los responsables legales deben impartirles dirección y orientación para que éstos ejerzan sus derechos “*en consonancia con la evolución de sus facultades*”, y el principio contenido en el art. 12 mediante el cual se prescribe el derecho del niño a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado: “*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*

⁵ RIVERA, Julio C. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. 5ta. Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2010, p. 417.

afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, agregándose en el segundo apartado que “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 procedimiento de la ley nacional”.

El art. 5 de la CDN, a la vez que dispone que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o de quienes resulten legalmente obligados, fija para ellos y el Estado cuál es el propósito a alcanzar: que el niño ejerza sus derechos en consonancia con la evolución de sus facultades, la llamada capacidad progresiva.

Respecto al alcance de la esfera de actuación el art. 12 afirma que 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 lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez, agregándose en el segundo apartado que “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 procedimiento de la ley nacional”. El artículo tiene una formulación amplia “en todos los asuntos que afectan al niño”, y el límite estará dado “en función de la edad y madurez”.

La legislación interna del país, en algunas provincias con mejor técnica legislativa que en otras, ha recogido las normas de la CDN. En el ámbito nacional, la ley 26.061 (Protección integral de niños, niñas y adolescentes) fue promulgada el 21 de octubre de 2005 y establece que la CDN es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte, respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.

El propósito de esta normas es reafirmar la autonomía (o capacidad) progresiva de los menores en el ejercicio de sus derechos y el deber del Estado de garantizar esas prerrogativas; son sujetos de derecho que deben ser escuchados por las autoridades judiciales en los procesos donde sus derechos son discutidos. Se garantiza la participación

del menor en determinados actos jurídicos, lo que implica, en la práctica, ampliar su capacidad de obrar. Los menores ya no son sólo personas sujetas a un sistema de protección cuya voluntad únicamente era escuchada por medio de sus representantes.

La expresión “capacidad progresiva”, si bien cuestionada en cuanto a qué significa realmente, cuáles son sus límites y alcance, puede afirmarse que “es un principio que nace y subyace en el paradigma de la protección integral, que destaca que para la consideración de sujeto no basta la titularidad de los derechos, si no se concreta en el ejercicio efectivo de los mismos por parte de sus titulares. De tal manera funciona como criterio o parámetro para graduar la posibilidad de niños, niñas y adolescentes de ejercer por sí los derechos que se le reconocen, en función de su madurez y desarrollo”⁶.

El principio de capacidad o autonomía progresiva tiene como característica relevante reconocer la posibilidad de ejercer los derechos, que se relaciona directamente con la aptitud gradual para discernir. La Ley 26.061 incorpora como pautas de ponderación, “edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”, art. 3, inc. b) y d). En este orden de ideas, la “capacidad progresiva” podría delimitarse como “una aptitud en progreso o avance continuo, que procura ejercer derechos y dar cumplimientos a obligaciones, condicionado por el proceso evolutivo de la persona que desarrolla sus potencialidades antes de alcanzar la mayoría de edad”⁷.

4. En qué ámbito o en qué esfera de derechos se ha avanzado con mayor énfasis.

La pregunta que ahora se impone es: ¿capacidad progresiva para qué?, ¿qué derechos son los que pueden ejercerse progresivamente? En una primera aproximación, se ha dicho que la capacidad progresiva se ve circunscripta al ejercicio de los derechos reconocidos en los textos normativos que se refieren a dicha capacidad, de lo que se infiere que se alude a derechos personalísimos de los niños, pero no está delimitado con precisión, por lo que podría considerarse su proyección al campo patrimonial; o sea la denotación de la expresión es sumamente vaga y es tarea de los juristas intentar consenso para acordar que

⁶ Favot, María Laura. “La capacidad progresiva. Convención de los Derechos del Niño: ley 26.061. El ejercicio de derechos y de deberes. Régimen de capacidad en el Código Civil Argentino”. Programa de Becas de Pregrado, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2011, p. 32.

⁷ Favot, María Laura, trabajo citado.

tipos de derechos son los que se pueden ejercer. Uno de los derechos no discutidos es el que le asiste a los niños a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo de cualquier naturaleza, en el cual sus intereses se vean afectados. La realidad indica que se los escucha en aquellos procesos donde están en juego cuestiones extrapatrimoniales, personalísimas y no se afecten derechos de terceros, a modo de ejemplo: el 167 del C.C. impone la obligación de escucharlo en casos de dispensa judicial para contraer matrimonio; en los juicios de divorcio en aquellas cuestiones que les atañen como tenencia, régimen de visitas, alimentos, atribución de vivienda, etc.⁸ También la Ley 26529 de Derechos del Paciente, en cuanto deban recibir terapias o procedimientos médicos les reconoce el derecho a ser oídos y a expresar su opinión, el art. 2, inc.e) dice: “Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos y biológicos que involucren su vida o su salud”.

La otra pregunta que ahora nos formulamos es si la incapacidad –absoluta o relativa- establecida en el Código Civil, puede compatibilizarse con la “capacidad progresiva” que se infiere de la CDN y de la ley 26.061. En principio consideramos que sí ya que la distinción entre incapacidad absoluta y relativa, si bien se mantiene en el Código Civil, ha perdido relevancia. De algún modo Vélez consideraba la madurez progresiva y por ende ampliaba la posibilidad de actuar conforme se avanzaba en la edad, los menores impúberes realizan ciertos actos y algunos expresamente autorizados, tales como: posesión de cosas, contratación de suministros indispensables (art. 269). En cuanto a los menores adultos, en la redacción originaria y luego por reformas posteriores, se les permite el ejercicio de ciertos derechos, en algunos supuestos necesitan autorización de sus representantes y en otros pueden realizarlos sin requerir autorización alguna; la regla para ellos es la incapacidad y el modo de subsanarla es el mismo en ambas categorías, la representación. Lo más razonable es eliminar la distinción entre menores impúberes y adultos, o sea incapacidad absoluta y relativa. Ya se pronunciaba en este sentido María Emilia Lloveras:

⁸ Las ideas vertidas en este punto forman parte de la Ponencia presentada por presentada por las María del Carmen CERUTTI y María Cristina PLOVANICH, en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 1: Ley 26.579: Incidencia sobre las reglas generales de capacidad. Tucumán, septiembre de 2011.

“...esta clasificación si bien clara en la teoría no posee significado práctico en nuestro derecho. No es cierto que los incapaces absolutos de hecho enunciados en el art. 54 lo sean respecto a todos los actos de la vida civil....Los incapaces absolutos de hecho realizan diariamente numerosos contratos, generalmente de escaso monto y con dinero de contado: adquisición de pasajes en transporte colectivo, entradas a cinematógrafos, canchas de fútbol, compras de mercadería de contado, etc....Por la falta de trascendencia práctica pensamos que está destinada a desaparecer de nuestra legislación”⁹. Esta categoría fue suprimida en el Proyecto de Reforma de 1936, de 1954, en el de Unificación de 1998, y del mismo modo lo hace el Proyecto de Código Civil Unificado 2012.

Pero mantener la condición de incapaz de hecho, concediendo autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos, que no es otra cosa que una forma de “capacidad progresiva”, podría aparecer como una contradicción entre el régimen del Código y el de la CDN; de este modo lo han entendido algunos autores¹⁰. Ahora bien, corresponde distinguir entre autorizaciones expresas para realizar determinados actos jurídicos que están establecidas en el Código Civil y la “capacidad progresiva” a la que alude la Convención y ley 26.061, reconociendo el derecho que le asiste a los niños a ser oídos en todo proceso judicial o administrativo de cualquier naturaleza, en el cual sus intereses se vean afectados. La expresión no distingue entre intereses de carácter patrimonial y extrapatrimonial, y como ya dijimos es tarea de los juristas intentar consenso para acordar que tipos de derechos son los que se pueden ejercer.

De allí el interrogante de Marisa Herrera, “cuál debería ser esta división o limitación legal entre los actos que ameritan ser celebrado por los representantes legales y cuáles quedarían fuera de este halo para ser ejercidos de manera directa por niños y adolescentes desde una visión contemporánea, es decir, por aplicación del principio de autonomía progresiva”¹¹.

⁹ LLOVERAS, María Emilia, “Capacidad e Incapacidad. Capítulo VII” en Lecciones de Derecho Civil, Ed. Advocatus, Córdoba, 1990, p. 128.

¹⁰ VILLAVERDE, María Silvia, Ejercicio de la capacidad jurídica: ¿Incapaces o personas con apoyo? El proyecto del código civil y comercial de la nación ante la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (ONU). Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año IV, Número 8, Septiembre 2012, La Ley, págs.151-157.

¹¹ HERRERA, Marisa, Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino.

Uno de los parámetros delimitadores considerado es la edad, tal como lo dispone el art. 3 de la Ley 26.061, ya que constituye uno de los tantos elementos que permite conocer el grado de madurez de una persona pero no el único ni el excluyente.

Otro de los aspectos a considerar según este artículo es el discernimiento, que desde lo conceptual hace a la voluntariedad de los actos de una persona, aptitud de entendimiento o comprensión, distinguir lo bueno de lo malo. En la teoría del acto jurídico, el discernimiento es uno de los elementos internos de la voluntad (art. 897), el cual se lo define como “la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”. En doctrina se lo distingue del concepto de capacidad, se afirma que “El discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora. Expresa Rivera que: “...La capacidad o incapacidad de las personas hace a la aptitud para generar relaciones jurídicas, en tanto que el discernimiento hace a la voluntariedad de los actos de esa persona...la noción de discernimiento como “aptitud de entendimiento o comprensión” tiene en la actualidad una relación más estrecha con la capacidad. Es que la Ley 26.061 que pone en práctica la CDN, establece que debe respetarse “la edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”¹².

Pero debemos considerar si tiene las mismas connotaciones en la esfera de los derechos personalísimos que en lo patrimonial. El entendimiento en unos y otros puede ser diferente, puede comprenderse con más facilidad aquello que es parte de la historia de vida, de los afectos, o más aun el dolor, la angustia que, por ejemplo, una cuestión vinculada a la salud provoca ya que en ese proceso, generalmente, habrá acompañamiento, pues afecta a él y al círculo familiar y amical, habrá profesionales que brinden información precisa y relevante para facilitar la comprensión por parte del afectado, sin dejar de considerar que el tránsito por el sufrimiento repercute en una maduración anticipada, lo que permitirá luego conocer con mayor certidumbre cuál es la voluntad, para adoptar una decisión que hace a la esfera de su dignidad personal. El cambio socio-cultural producido en la familia y en la sociedad

¹² RIVERA, Julio C. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. 5ta. Edición. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 2010, p. 420.

por el respeto a los derechos humanos de cada uno de los integrantes, si bien no podemos decir que lo sea de modo uniforme y en todos los casos, en general hace posible el respeto de las opiniones de esta franja etárea.

Mientras que en los actos patrimoniales se encontrarían afectados intereses de terceros. La doctrina mayoritaria pareciera inclinarse por considerar que hay diferencias importantes, en especial porque, reiteramos, en el ámbito patrimonial pueden resultar afectados derechos de terceros, por eso no es lo mismo que el niño sea oído para decidir la venta de un bien, afianzar una obligación, tomar un crédito, que para decidir acerca de un derecho personalísimo como por ejemplo lo relativo a tenencia o régimen de visitas en el caso de padres divorciados. En el campo patrimonial la complejidad de los actos puede requerir información previa a la toma de decisión que a veces resulta difícil obtener, hasta puede ser retaceada por la otra parte, y además exige comprender y analizar variables económicas, financieras, prudencia y reflexión que pueden no haberse alcanzado.

Como expresa Kemelmajer de Carlucci¹³, una cosa es tener capacidad para realizar actos jurídicos y otra competencia -conforme a su madurez y comprensión- en cuestiones que afectan sus derechos personalísimos, para que la opinión del niño sea tomada en cuenta y hasta sea determinante. En general la doctrina coincide con este pensamiento aunque hay desacuerdos en el empleo de la expresión “competencia”, así Rivera considera más apropiado referirse a “autonomía”¹⁴. Por ello, y a pesar de la discrepancia terminológica expresada, aparece como criterio mayoritario la conveniencia de continuar con un régimen de incapacidad relativa para los menores y otorgar autorizaciones para realizar determinados actos jurídicos.

Nos dice Marisa Herrera, el art. 5 de la CDN obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias para que los niños alcancen su grado máximo de autodeterminación. Es decir, como lo sostiene la CDN, son los adultos quienes deben impartir dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza sus derechos. Esto implica reconocer que todos los

¹³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, El derecho del menor a su propio cuerpo, en Borda, Guillermo A. (director), La persona humana, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249.

¹⁴ Esta formulación fue realizada en el seno de la Comisión N° 1 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011.

niños, tanto los pequeños como los adolescentes, son los protagonistas de sus propias vidas, sin desconocer que esa autonomía irá variando de acuerdo a la etapa evolutiva en la que el niño se encuentre. De lo contrario, otorgarles autonomía a los niños sin considerar sus posibilidades evolutivas implicaría dejarlos en un estado de desprotección¹⁵.

Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el despacho de la Comisión 1. Parte General, al tratar la incidencia de la ley 26.579 modificatoria de la mayoría de edad, en lo atinente a la situación que deriva de la falta de madurez por no alcanzar la edad suficiente, propició en el punto 2: “Se conserve la terminología tradicional: capaces/incapaces”¹⁶.

En lo patrimonial, establecer un régimen flexible que requiere establecer en cada caso si hay o no madurez suficiente para realizar el acto, implica la intervención de un adulto que lo determine y eso nos lleva a preguntar quién sería ¿un psicólogo, un juez? En definitiva añadiría incertidumbre y complejidad al sistema. El valor seguridad se entiende preponderante en las relaciones jurídicas de este tipo ya que afectan intereses de terceros.

Se estima apropiado establecer un sistema con limitaciones para actuar en el ámbito patrimonial que determine edades rígidas, que hasta que no se alcancen impone realizar actos a través de un representante, pero que en la esfera personalísima amplía la capacidad de ejercicio de acuerdo a la edad, grado de discernimiento y madurez. De este modo se podrá alcanzar un sistema equilibrado y, en definitiva, respetuoso del mejor interés del niño.

La Corte Suprema en un fallo del año 2012 ha realizado una interpretación integradora de las prescripciones de la Ley 26.061 y las normas del C.Civil vigente, y expresa: “En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia”¹⁷.

¹⁵ HERRERA, Marisa, trabajo citado.

¹⁶ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 2011.

¹⁷ CS, M., G. c. P., C. A. s/recurso de hecho deducido por la defensora oficial de M. S. M., 2012-06-26, con comenario de Jáuregui, Rodolfo G. publicado en: DFyP 2012 (noviembre), 01/11/2012, 271. En el considerando 2º del voto de los ministros Zaffaroni, Petracchi, Fayt, Highton de Nolasco y Argibay se expresa que: “conviene destacar que las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los

e) Lineamientos del Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012.

En los Fundamentos de este Proyecto al referirse a los “Aspectos valorativos, *Código para una sociedad multicultural*” se expresa: “... en el régimen legal de las personas menores de edad también se receptan muchas novedades como consecuencia de los tratados internacionales...”; y en el Capítulo 2. Capacidad: “*El Anteproyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio. Las modificaciones importantes se producen en esta última, a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad.*

De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc.

El Proyecto distingue la capacidad de derecho de la capacidad de ejercicio, las modificaciones importantes se producen en esta última; se opta por la denominación “Capacidad de ejercicio”, en lugar de capacidad de hecho o de obrar, pero tal como expresa Tobías¹⁸, no hay denominación exenta de críticas.

menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2° del Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte”. Los Dres. Lorenzetti y Maqueda llegan a la misma conclusión: “la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, debe ser interpretada no de manera aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos. En este sentido, es necesario tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (conf. Fallos: 310:195; 320:2701; 321:2453; 324:1481; 329:5826; 330:304, entre otros). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 292:211; 297:142; 307:2053 y 2070). En virtud de la interpretación propuesta, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia”.

¹⁸ TOBIÁS, Jose, Código Civil Comentado, Director Alberto Bueres, T. I, comentario Art, 31, p. 96,97, Ed. Hammurabi, Año “Derecho de las personas”, y en La persona humana en el Proyecto, La

Dispone el art. 23: “**Capacidad de ejercicio.** Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”.

En esta materia, acorde a la dignidad de la persona humana, se respeta el principio de que la capacidad es la regla y la limitación la excepción, hace expresa referencia a que ésta puede surgir de la ley o de sentencia judicial. Subyace una nueva concepción que parte de los principios constitucionales de dignidad, igualdad, no discriminación, se sientan principios generales, no hay un sistema rígido de capacidad-incapacidad, sino que el criterio es la flexibilidad, se resguarda y preserva la autonomía, el autogobierno, se ordenan y estructuran las reglas conforme los cambios ya introducidos al sistema en los últimos años en la temática y las leyes dictadas en consecuencia, Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; Ley 26.529 de Derechos de los Pacientes; Ley 26.579, Mayoría de edad a los 18 años, Ley 26.657 de Salud Mental.

Las disposiciones reflejan, en gran parte, las conclusiones de la Comisión de Parte General de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁹: “Con relación a la posible reforma del Código Civil, la Comisión N° 1 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, propician: Se dé un tratamiento integral y sistemático al tema de la capacidad de las personas físicas sobre la base de las ideas de “autonomía” y “capacidad progresiva”; 2.- Se conserve la terminología tradicional: capaces/incapaces, menores/mayores; 3.- Se supriman las categorías incapaces de hecho relativos y absolutos; y las de menores impúberes y adultos; 4.- Se mantengan los fraccionamientos etéreos para determinar las categorías básicas de menores/mayores”.

Ley Lunes 25 de junio de 2012 AÑO LXXVI N° 117. Precisamente en doctrina nacional, es uno de los juristas que presenta objeciones a la designación escogida pues opina que “*existen formas de ejercicio de aquellos que no requieren de esta capacidad, como sucede con aquellas formas de ejercicio que se concretan en actos no negociales —simples actos lícitos— para cuya validez, en muchos casos, resulta suficiente el discernimiento*” y además “*excluiría los hechos humanos puramente recepticios. Surge así el problema, de indudable importancia práctica de determinar si la necesidad de la capacidad de ejercicio se extiende a los casos en que la persona no “obra” o “ejerce”, sino que “recibe” (una manifestación de voluntad recepticia constitutiva de un hecho de “conciencia” o “conocimiento” por parte del destinatario)*”.

¹⁹ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 2011. Conclusiones de la Comisión N°1. Parte General.

Se continúa en el uso del término “menor”, la denominación ha sido observada ya que no sigue a la CDN, como si lo hizo la Ley 26.061 al referirse a “niños, niñas y adolescentes”. Continúa en esto la línea predominante en la doctrina nacional en la Parte General, del derecho privado, tal como lo reflejan las conclusiones de las XXIII Jornadas de Derecho Civil arriba expuestas; no se encuentra en esto violación de disposiciones internacionales, la adecuación del lenguaje no tiene que romper la tradición jurídica del país que debe ser respetada, no surgen perjuicios del uso del vocablo menor²⁰. La modificación de un código no tiene por qué provocar una fractura en lineamientos consolidados y que no implican contradicción en cuestiones que hacen a la esencia del respeto a los derechos humanos. Hay criterios de flexibilidad, permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones. Incorpora el derecho a ser escuchado a la vez que lo diferencia de la participación, que en este caso resulta limitada a las decisiones sobre la propia persona: Art. 26: “... 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”.

En este contexto, se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas”. Es decir, incorpora de manera explícita el cambio de paradigma respecto de niñez y adolescencia.

Se mantiene la noción de incapacidad por razones de edad, art. 24, inc. b) “la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;...”; el art. 25 dice que menor de edad es la persona que no ha cumplido

²⁰ No es simple modificar estructuras ya consolidadas en doctrina y jurisprudencia, por caso Rivera ha expresado su disconformidad con la incorporación del término “adolescente”, “El Proyecto inopinadamente alude a los “adolescentes” –que no son otra cosa que menores entre los 13 y los 18 años-. La expresión “adolescente” no agrega absolutamente nada, salvo confusión. De todos modos cabe señalar que al tratar el derecho de familia también se usa de manera machacona la expresión “niños, niñas y adolescentes”. Lo cual tampoco agrega –ni quita- nada a la capacidad de los “menores”, RIVERA, Julio César, La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Julio César Rivera (Director), Abeledo Perrot, año 2012, p. 15.

DIECIOCHO (18) años, y en ese caso el art. 26 dispone que “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales”.

Diferencia la capacidad civil tradicional de la autonomía progresiva. Ésta se reconoce para el ejercicio de los derechos inherentes al propio cuerpo y está regulada siguiendo reglas generales aceptadas en el ámbito de la bioética y en el derecho comparado, que han desarrollado en forma exhaustiva la noción, Art 26: “...Se presume que el adolescente entre TRECE (13) y DIECISÉIS (16) 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 (16) años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”. El art. 639 inc. b) expresamente reconoce al reglar la responsabilidad parental "la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos".

En cuanto al ejercicio de los derechos patrimoniales, si bien no lo expresa en esos términos del análisis integrador de las normas se infiere que lo regula en el art. 100 al establecer: “Regla general. Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí”²¹, y en el art. 101 dice quienes son representantes: “b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad paterna, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;”, y agrega en el 102 la Asistencia para “Las personas con capacidad restringida por razones de salud mental y las inhabilitadas son asistidas por un curador y por otras personas mencionadas en la sentencia respectiva y otras leyes

²¹ No serían solo los patrimoniales, sino también los que hacen a la propia persona en aquellas situaciones donde no se alcanzó la edad del “adolescente”, o hay razones que llevan a la restricción o la incapacidad.

especiales”. Recordemos que se prevé la posibilidad de que el juez restrinja la capacidad de ejercicio o incapacite a una persona mayor de 13 años, art. 32.

En cuanto a la llamada representación promiscua, lo proyectado sobre la intervención del Ministerio Público presenta variaciones que plantean algunos interrogantes. Conforme la redacción del art. 59 del C.Civil es "parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial" en los supuestos que allí se detallan. En cambio en el Proyecto, el art. 103 ordena esa participación de modo diferente, en el primer párrafo dice “Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal”. Se hace referencia solo al *ámbito judicial*, cuestión que crea una diferencia con la norma anterior y que sin duda genera incertidumbres. El tema de si era necesaria la participación del representante promiscuo cuando existían representantes legales fue cuestión largamente debatida, y el criterio mayoritario fue que ambos eran representantes y debían tomar participación, como una doble protección del incapaz, y debía intervenir tanto en asuntos judiciales o extrajudiciales, mientras que ahora solo lo exige en lo judicial. Esta disposición, tal como está redactada, traerá dificultades en la aplicación profesional, ya que no son pocos los acuerdos extrajudiciales que realizan los representantes legales, por ejemplo con compañías de seguro, ART, por el pago de daños y perjuicios en los que resultan legitimados activos el representante y los hijos menores o solo los menores, por muerte de progenitores en siniestros viales, laborales, etc. Hasta ahora eran nulos los acuerdos celebrados extrajudicialmente sin la participación del Ministerio Público, de modo que, de aprobarse tal como está formulada la norma entendemos que la protección hacia los intereses de los menores se verá debilitada.

La actuación puede ser en algunos supuestos "complementaria" y en otros "principal":

“a) Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”. Esta disposición mantiene el criterio tradicional, intervienen ambas representaciones la legal y la promiscua y no de hacerlo esta última, el acto resulta afectado de nulidad relativa, pero reitero el encabezado se refiere solo

al ámbito judicial. Por caso el art. 692 que establece que “se necesita autorización judicial para disponer de los bienes del hijo; los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo”, en procesos de este tipo tendría intervención el Ministerio Público.

Mientras que: “ b) Es principal: (i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; (ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; (iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación”. En estos supuestos resulta principal la intervención del representante promiscuo ya que por inacción de sus representantes legales, o por carecer de ellos o al haber intereses contrapuestos entre ambos están en riesgo los intereses de los menores, por tanto es trascendental la función del Ministerio Público. Guarda correlación con el art. 661, inc c) en cuanto a los legitimados para demandar alimentos para el menor, art. 678

El último párrafo se refiere a la actuación del Ministerio Público en el ámbito extrajudicial: “...actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”. Es alentadora y promisoría la preocupación del legislador para conseguir la real efectividad de los derechos humanos, dentro de los cuales se encuentran precisamente los mencionados en este párrafo, pero no resulta clara la formulación del texto. Si lo que se aspira es a lograr efectividad en la protección de los derechos económico-sociales la actuación del Ministerio Público debió ser prevista en forma amplia, en lo judicial y o extrajudicial; la mayoría de los antecedentes de intervención de la representación promiscua es por vía judicial mediante la interposición de recursos de amparo en resguardo de la salud, vivienda, educación de menores. Si lo que se intenta es reforzar la protección y se faculta al Ministerio Público a efectuar reclamos ante los órganos administrativos en representación del menor, cuando sus representantes legales no lo hicieren debió decirse de modo explícito. También podemos preguntarnos cómo se notifica el Ministerio de esta situación, debieran aceptarse los mecanismos para que los órganos de la administración central pongan en conocimiento de aquél de estas situaciones. Reitero no es clara la redacción propuesta.

Los derechos económico-sociales²², llamados de la segunda generación, como el derecho al trabajo, a la salud, a la vivienda, se perciben por la mayoría de los individuos como valores inalienables del ser humano. Se caracterizan por la presencia de obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado e inspirados en una lógica de fomento que deriva en normas promocionales. La Constitución argentina sanciona de manera expresa en su parte dogmática la protección de los derechos laborales individuales y colectivos, el derecho a obtener los beneficios de la seguridad social, la *protección integral de la familia*, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna (Art. 14 bis), y otorga jerarquía constitucional -entre otros- al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Pese a que tienen reconocimiento constitucional de modo explícito, durante largo tiempo en doctrina se establecieron diferencias entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos y sociales por el otro; debatiéndose aún acerca de si éstos constituyen verdaderos derechos o sólo obligaciones morales. Respecto de los primeros no se discute su naturaleza de verdaderos derechos subjetivos, dotados de acciones protectoras y por tanto exigibles; se satisfacen generalmente con un *no hacer* por parte del Estado o demás individuos: no restringir las libertades, no interferir en la propiedad privada, etc. Mientras que a los derechos económicos y sociales les corresponden un *hacer*: proveer servicios de salud, asegurar la educación, etc.; es decir, obligaciones de *prestación positiva* cuya concreción, en la mayoría de los casos, debería solventarse con recursos del erario público, no siempre disponibles y que de existir, depende de decisiones políticas que sean afectados a estos fines. De ello se deriva que, no siempre ese *hacer* es formalizable ni universalizable, y por ende la violación de estas obligaciones pueden calificarse como simples omisiones que no resultarían coercibles ni justiciables²³, de allí que no constituirían verdaderos derechos. de considerar propiamente “derechos”, y como tales exigibles judicialmente, a los derechos económico-sociales proclamados en nuestra Constitución Nacional. Esta mirada ha cambiado desde algunos años ya que la sola existencia de una obligación en materia de derechos humanos, que indudablemente se

²² Se trata de los derechos consagrados por el constitucionalismo social de comienzos del siglo XX. Cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos?* Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la reforma constitucional, núm. 7, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 90.

²³ FERRAJOLI, Luigi, en el prólogo a: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p.9.

refuerza tras la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados y convenciones allí enunciados, genera para el Estado que la asume la obligación de garantizar su cumplimiento y articular mecanismos adecuados para preservarlos, y hacerlos compatibles con los condicionamientos económicos y patrimoniales cuando han de concretarse en la interacción social. En esta materia no es posible admitir un doble estándar: no se puede, por un lado, afirmar que hay que cumplir inexcusablemente la obligación cuando se enuncia en un pacto o convención y, por otro, que hay obligaciones que constituyen una mera obligación moral.

Los menores se encuentran entre las personas en situación de vulnerabilidad, y en numerosas ocasiones ven afectados derechos de esta categoría, ya sea vivienda, salud, educación, y los representantes legales generalmente se encuentran en situación de carencia material o cultural, desconocen cuáles son los organismos a los cuáles recurrir en busca de ayuda, o lo que es peor desconocen que son derechos exigibles por parte de sus representados, o aceptan como normales situaciones que son irregulares como es proveerse de agua que no reúne las condiciones sanitarias, concurrir a recibir educación en lugares que no son acordes a la prestación del servicio, etc. De allí que el art. 103 en su parte final se ocupe de respetar, proteger, garantizar, promover²⁴ estos derechos y pone en cabeza del Ministerio Público la obligación de actuar en representación de los menores.

La jurisprudencia nacional, especialmente la constitucional, es una demostración de los cambios señalados en el derecho, en múltiples ocasiones son los agentes del Ministerio Público quienes han logrado resoluciones a través de la interposición de recursos de amparo²⁵.

En cuanto a la emancipación por matrimonio se mantiene pero es necesaria con autorización judicial. De este modo, se eliminan las dudas generadas en la doctrina nacional

²⁴ *Respetar* (se definen por el deber del estado de no obstaculizar o impedir el acceso, el goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho; *proteger* consiste en impedir que terceros obstaculicen el acceso a esos bienes. pone en cabeza del Ministerio Público; *garantizar*: suponen asegurar que el titular del derecho acceda al bien cuando no puede hacerlo por sí mismo; *promover* se caracterizan por el deber de desarrollar condiciones para que los titulares del derecho accedan al bien.

²⁵ "José Antonio Iglesias y Beatriz M. E. Campos C/ Gobierno de la Ciudad Autónoma S/Amparo" - Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires Nro. 11 - 10/07/2006 www.eldial.com 11-08-06.

después de la sanción de la leyes 26.449 y 26.579, y se suprime la posibilidad de que personas menores de edad contraigan matrimonio sólo con la autorización de los padres. Se establecen prohibiciones respecto al patrimonio, idénticas a las existentes en la actualidad, llamadas prohibiciones relativas y absolutas: Art. 28: “Actos prohibidos a la persona emancipada. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito; c) afianzar obligaciones. Y el art. 29 dispone: “Actos sujetos a autorización judicial. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente”. Desaparece la posibilidad de que sea el otro cónyuge, si fuere mayor de edad, quien autorice la realización del acto. Si bien puede generar mayor intervención de los jueces, entendemos que se busca proteger el patrimonio del menor y evitar influencias interesadas que perjudiquen su patrimonio.

El art. 30 dispone que “el menor de edad que ha obtenido 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 cuestiones vinculadas a ella”. Supera las discusiones sobre si era necesaria o no la autorización paterna a esos efectos. Este artículo debe correlacionarse con el art. 683 donde se establece la presunción de que el hijo mayor de 16 años está facultado para todos los actos y contratos concernientes al empleo o industria.

Como último aspecto a considerar, en lo atinente a la responsabilidad civil se mantiene los 10 años como edad mínima de imputabilidad para los actos ilícitos, Daño involuntario: art. 1750, es decir no hay variaciones en este aspecto pudiendo el menor resultar obligado a reparar daños por razones de equidad a partir de dicha edad.