

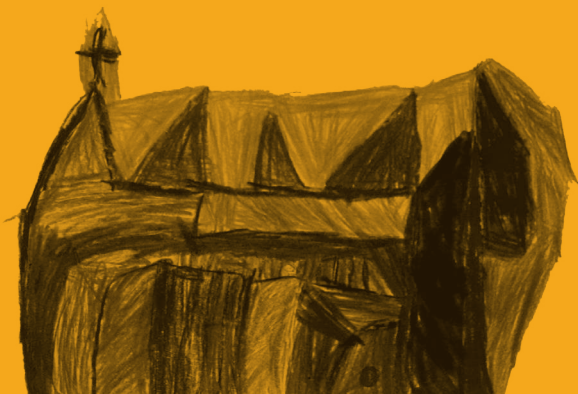


El adolescente en el Nuevo Código Unificado

DR. GERARDO FABIÁN MUÑOZ | Juez de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II, Rosario.

myf

184





1. Introducción

Pensar en esa etapa tan particular de la vida que constituye la adolescencia, suele remitirnos, a veces, a tiempos muy especiales: el de nuestra propia vivencia, por un lado, y, por el otro, el paso de nuestros hijos cuando llegan o están por arribar a ella.

Cada uno podrá ubicar la temporalidad de esos eventos según sus momentos y circunstancias particulares, y hasta se podría realizar alguna comparación sobre las diferencias –de todo tipo– entre una y otra época: hábitos, conductas, música, salidas, relación con los padres, afinidades, impacto comunicacional, nuevas tecnologías, etc.

Para quienes venimos de otro siglo, nuestra adolescencia ha estado ligada a un momento oscuro de la historia argentina en el que coincidieron nuestro paso por la escuela secundaria con la feroz dictadura que se instaló en nuestro país desde 1976 y hasta diciembre de 1983: época de desapariciones, censuras, listas negras, música prohibida; apagones nocturnos; conflictos bélicos con Chile, guerra de Malvinas; detenciones provisionarias para averiguación de antecedentes con boleto directo a alguna comisaría a la espera que alguno de nuestros padres nos fuera a retirar. La de nuestros hijos ya fue dentro del contexto de la restauración de la vida democrática en nuestro país.



Quedan de esa época amigos entrañables, anécdotas que se repiten y se vuelven a contar una y otra vez en cada reencuentro, situación ésta cada vez más frecuente atento a las posibilidades de intercomunicación diaria y al instante que proporcionan las nuevas tecnologías comunicacionales, las que han superado largamente tanto a nuestros llamados telefónicos de aquella época como al envío de cartas postales al que debíamos recurrir cuando pretendíamos mantener contactos a larga distancia.

Ahora bien, resulta que dentro del amplio espectro de reformas que introduce el nuevo código unificado de derecho privado argentino, aparece aquí referenciada, en el artículo 25 segunda parte, la figura del adolescente. Se caracteriza como tal a la persona física que tiene entre trece y dieciocho años de edad. Siendo que la persona menor de edad es aquella que no ha cumplido la edad de dieciocho años, tendremos así dos categorías: el niño/a, desde el nacimiento y hasta la edad de trece años, y el adolescente en la franja

etaria antes referida.

La nueva legislación elimina la distinción –y la clasificación– entre menores impúberes y menores adultos y, también, suprime la duplicidad de categorías en materia de incapaces (absolutos y relativos), tal como lo venía proponiendo la doctrina nacional desde hace muchos años.¹

Se trataba de distinciones que resultan irrelevantes y parece correcta la decisión del legislador de eliminarlas.

La figura del adolescente ya había tenido recepción en nuestro derecho de fuente interna desde la sanción de la ley nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.²

2. Capacidad

En materia de principios generales sobre la capacidad, el artículo 24 dispone que son incapaces de ejercicio «...b. la persona que no cuenta con la edad y gra-

do de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo». La sección aludida es la que comienza con el artículo 25 y se refiere, precisamente, a la persona menor de edad.

¿Qué ocurre con el ejercicio de los derechos de estas personas? «*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico...*» (art. 26).

En materia de capacidad, el sistema tradicional argentino funcionó siempre con extrema rigidez, a partir de conceptos generales y sin que haya existido una mirada en particular sobre cada sujeto considerado en sí mismo.

Ese sistema dual y genérico no distinguía, por lo demás, entre el ejercicio de actos patrimoniales o de derechos personalísimos. La tarea de representación, en forma continua e indiscriminada, que se le encomendaba a los progenitores a fin de suplir la incapa-

cidad del menor, sin posibilitar la exteriorización de voluntad de éste, resultaba claramente contraria a las normas sobre autonomía progresiva contenidas en disposiciones de normas internacionales sobre Derechos Humanos. Es que la no graduación del desarrollo que toda persona experimenta es una solución injusta, impropia de nuestro tiempo.

El nuevo código mantiene el principio general de la incapacidad de ejercicio de la persona menor de edad, en donde encontramos la categoría del adolescente. Pero, en el segundo párrafo del art. 26, se habilita al menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente para poder ejercer los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, flexibilizando el sistema e introduciendo expresamente en el derecho interno el principio de autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes³. Esta línea de actuación que recepta el nuevo código sigue los lineamientos de la ley 26.061.

Se introduce así en el derecho argen-

tino la noción de competencia: se debe analizar en cada caso concreto si el sujeto puede o no entender de manera acabada qué se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas.⁴

Se deben diferenciar entre dos conceptos: la capacidad y la competencia, siendo este último aplicable al área de los derechos personalísimos y, el primero, al campo de los actos o negocios jurídicos.

La mirada que el código anterior tenía sobre las cuestiones relativas a los actos negociales debe ser complementada con toda la actuación del menor en el área extrapatrimonial.

En esta sintonía, en la ruptura del viejo sistema y la incorporación de un nuevo paradigma, es que deben interpretarse las normas del código unificado que atañen a los actos médicos y las decisiones del menor sobre su propio cuerpo.

Se pasa a distinguir así, dentro de la

nueva figura que el código denomina como adolescente, dos categorías etarias: una, entre los 13 y los 16 años; y la otra, después de esta última edad.

En concordancia con pautas adelantadas por las leyes 26.061 y 26.579, el nuevo código posibilita una real participación del adolescente en las decisiones del mismo en el ámbito de su salud.

Se presume que si el adolescente cuenta entre 13 y 16 años de edad, 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.

Por el contrario, si se trata de tratamientos invasivos que comprometan 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.

En ambos dos supuestos será el menor el que manifieste su voluntad, contando con la colaboración de sus padres

en el segundo de los casos. Solamente en caso de conflicto entre ellos, se deberá resolver, con intervención judicial, teniendo en cuenta su interés superior del adolescente, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto en cuestión. Se trata, naturalmente, de una presunción que admite prueba en contrario; de allí la opción de una eventual oposición de los representantes legales del adolescente. Sin dudas de que generará controversia, en cada caso particular, el precisar que tipo de tratamientos encuadran en una u otra de las situaciones previstas por la norma.

Pero, a partir de los 16 años esta regla se modifica. El adolescente mayor a dicha edad es considerado como un adulto para las decisiones que atañen al cuidado de su propio cuerpo.

Se equipara en este último caso al menor con un adulto, anticipando su plena capacidad respecto de estas cuestiones. Ello importa uno de los cambios más significativos y notables en nues-

tro derecho interno dentro del marco del nuevo régimen de capacidad de ejercicio de niñas, niños y adolescentes. Aquí también se ha puesto de manifiesto que la acepción adulto aparece en este artículo 26 y luego no vuelve a ser tomada por ningún otro artículo del nuevo código, siendo una terminología más propia de convenciones internacionales que de una norma de fuente interna⁵.

3. Autonomía del adolescente

Pero, además de estos supuestos, existen en toda la nueva regulación legal, otros claros ejemplos de la recepción del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos por parte de los adolescentes.

Así, por ejemplo, el artículo 64 vinculado al tema del apellido de los hijos establece que el hijo, con edad y madurez suficiente se puede agregar el apellido del otro progenitor.

El artículo 644, al regular el ejercicio

de la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes establece que los mismos, estén o no casados, ejercen esa responsabilidad sobre sus hijos, pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

El artículo 677 presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada. A su vez, el artículo 678 establece que si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.

El artículo 682 dispone que los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales. El artículo 683 estable-

ce la presunción que el hijo adolescente mayor de 16 años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria.

4. Emancipación

Otra figura que involucra al adolescente es la de la emancipación. El nuevo código mantiene en este instituto cambios que ya habían sido introducidos en nuestro derecho por la ley 26.579. A todo ello se agregó la derogación por un lado y, la nueva formulación, por otro, de algunas cuestiones que habían generado inquietud tanto en la doctrina como en la jurisprudencia⁶. Hasta la sanción de aquella ley, las personas menores podían emanciparse por dos motivos: por matrimonio y por habilitación de edad, diferenciando los casos en los que se hubieren casado sin autorización, quienes no tenían, hasta los 21 años, la administración ni la disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, conti-

nuando respecto de ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación.

Al hacer coincidir la mayoría de edad con la edad fijada para lograr la emancipación por habilitación de edad o dativa, la ley 26.579 derogó este último instituto, quedando subsistente solamente el de la emancipación legal o por matrimonio⁷.

El nuevo código mantiene esta única clase de emancipación (art. 27).

Respecto de la misma, se expresa que el menor al celebrar el matrimonio se emancipa y adquiere capacidad, imponiendo restricciones a la misma de acuerdo al texto de los actuales artículos 28 –similar al anterior art. 134–, y 29 –similar al anterior art. 135–. En este último caso se ha introducido solamente una modificación, en tanto y en cuanto, se ha suprimido en el nuevo texto la posibilidad de autorización del otro cónyuge cuando fuese mayor de edad, quedando solamente la opción de la autorización judicial.

Desde tiempos remotos, la menor edad ha sido un impedimento para la celebración del matrimonio. La edad para contraerlo ha ido sufriendo con el transcurso del tiempo una progresiva elevación que tiene en cuenta razones psicológicas y sociológicas: la prolongación de la vida (individual y por lo tanto de las parejas), la más tardía incorporación a la vida laboral, la prolongación de los estudios, las «adolescencias prolongadas». Pero fundamentalmente, el aumento de edad para contraer matrimonio apunta a asegurar la madurez de una decisión de semejante importancia, el «pleno y libre consentimiento» para ese acto. De los diez años para la mujer y doce para el varón se pasó sucesivamente a los doce y catorce años, luego a los catorce y dieciséis años, y finalmente a los dieciséis y dieciocho años respectivamente, según dispuso la ley 23.515 (artículo 166 inc. 5 del Cód. Civil).

La ley 26.499 introdujo una modificación que rompió con la tradición de fijar edades mínimas para el matrimonio diferentes para varones y mujeres,

al unificarla en 18 años para ambos.

De manera que ahora la minoridad es en sí misma un impedimento para el matrimonio porque no hay menores que tengan aptitud nupcial. Se mantiene la modificación que la ley 26.499 había realizado en el anterior art. 132, que frente a la anulación del matrimonio dejaba sin efecto la emancipación desde el día en que la sentencia de nulidad pasaba en autoridad de cosa juzgada, por el criterio de que, pese a la invalidez del matrimonio, se mantienen los efectos de la emancipación salvo respecto del cónyuge de mala fe, para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada (art. 27). Asimismo, en este último artículo se agrega un párrafo, que reitera lo ya establecido en el anterior artículo 137, mediante el cual se manifiesta que *«si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad»*, cuyo contenido, no obstante resulta adecuado para el tercero obli-

gado, que puede ver anticipada la exigibilidad y pago de su obligación con la persona menor de edad por el solo hecho de que ésta contraiga matrimonio.

Se ha suprimido en el nuevo código el juicio de disenso, quedando lógicamente subsistente, el juicio de dispensa (art. 404) para dos situaciones: a) cuando un adolescente no ha alcanzado la edad de 16 años y quiere contraer matrimonio, la ley permite –con carácter excepcional– que se pueda remover ese impedimento de falta de edad legal, con la respectiva autorización judicial; b) cuando un adolescente haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial. Esta es una modificación respecto del régimen previsto en el código luego de la 26.579, en donde se había suprimido la opción de que el adolescente pudiera contraer matrimonio con autorización solamente de sus representantes legales, y se debía, siempre, recurrir al juicio de dispensa judicial. Hoy el contenido de aquel juicio de di-

senso se encuentra subsumido en un nuevo supuesto que habilita el pedido de dispensa judicial, trámite que de esta manera engloba las situaciones de adolescentes mayores y menores de 16 años y, según las distintas variantes que puedan producirse. ■

CITAS

¹«La subsistencia de categorizaciones entre ‘menores impúberes’ y ‘menores adultos’, si bien con proyección en la preceptiva de los artículos 54 y 55 del mismo Código, no modificados, que mantiene vigente la distinción entre incapaces absolutos de hecho e incapaces relativos, ha sido con razón criticada por su anacronismo -más allá de su vigencia por siglos en el derecho comparado de raíz romanista- siendo la tendencia en los tiempos que corren a suprimirlas (a ambas) estableciendo un régimen básico de incapacidad de obrar hasta cierto momento de la maduración síquica de la persona -que obviamente requiere protección para el tráfico negocial-, pero con facultamientos operativos puntuales y con el reforzamiento de las facultades judiciales para elastizarlos, en supuestos concretos que lo ameritaran. Esta orientación no sólo se vincula con la incapacidad de obrar de los menores, sino también respecto de los disminuidos en sus facultades síquicas, y ha tenido, entre nosotros, singulares manifestaciones en los proyectos de reforma del Código Civil, sobre lo que no abundamos para no alargar lo que no es tema puntual de esta labor. Como dato referencial que aporta razones para ello, nos permitimos remitir a la lectura de los fundamentos del Proyecto del '98, en la publicación que de su texto hiciera Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 22, dentro de lo vinculado al Libro Segundo, Título 1, apartado 4.» Saux, Edgardo I.: *Mayoría de edad a los 18 años*, La Ley 2010-B,794 y DFYP 2010 (mayo), 151; Facco, Javier Humberto: *Menores impúberes y adultos*. La reciente reforma del Código Civil, La Ley 2010-B, 1039.

²Dicha ley fue promulgada el 21/10/2005 y reglamentada por decreto 415/2006 de fecha 17/4/2006.

³SANTI, MARIANA, *Capacidad y Competencias de las personas menores de edad en el Proyecto de Nuevo Código Civil*, RDFYP, La Ley Año 4 N° 10, Noviembre 2012, p. 210.

⁴KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, *El derecho del niño a su propio cuerpo*, En Bergel, Salvador D. y Minyersky, Nelly (coords), *Bioética y Derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p.114.

⁵RIVERA, 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 2012*, Abeledo Perrot, p. 15.

⁶BENAVENTE, MARIA ISABEL, *La reforma sobre la mayoría de edad y las modificaciones en materia de emancipación*, «Suplemento especial La Ley. Mayoría de edad. Implicancias de su modificación», La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 12.

⁷Las XXII Jornadas de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 29, 30 de Septiembre y 1 de Octubre de 2011, Comisión N° 1) propusieron, de lege ferenda, se incorpore la emancipación por habilitación de edad a partir de los 16 años, por decisión de los padres, con consentimiento del menor y bajo forma notarial. (Aprobado por mayoría. Minoría: San Martín, Moia, Córdoba, Piñón, Carnaghi, Cerutti, Videla, Plovanich y Fernandez de Contreras).