

AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS HIJOS Y RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

PROGRESSIVE AUTONOMY OF CHILDREN AND PARENTAL RESPONSIBILITIES IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF ARGENTINA

DRA. MARIEL MOLINA DE JUAN
Profesora Titular de Derecho de familia.
Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)
marielmolina@estudiojuan.com.ar

RESUMEN: Este artículo se centra en el estudio de las tensiones entre la autonomía progresiva de los hijos y la responsabilidad parental. Pretende demostrar que el Código Civil y Comercial argentino las resuelve de un modo coherente, pues estimula y respeta el tránsito del niño y adolescente hacia su independencia, al tiempo que reconoce el papel relevante de los padres para garantizar con plenitud la protección de sus derechos.

PALABRAS CLAVE: autonomía progresiva; niños y adolescentes; responsabilidad parental.

ABSTRACT: This paper focuses on the study of the tensions between the progressive autonomy of the child and parental responsibilities. It aims at demonstrating that the Civil and Commercial Code of Argentina resolves these tensions coherently since it encourages and respects the transition of the child and adolescent into his independence while it recognizes the relevant role of parents to guarantee the full protection of their rights.

KEY WORDS: progressive autonomy, child and adolescent, parental responsibilities.

FECHA DE ENTREGA: 12/03/2016/*FECHA DE ACEPTACIÓN:* 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NIÑO Y ADOLESCENTE CON LUGAR PROPIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.- III. SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.- IV TENSIONES ENTRE AUTONOMIA PERSONAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL. UNA REGLA INVERSAMENTE PROPORCIONAL.- 1. Padres adolescentes.- 2. Necesaria participación del hijo.- 3. La participación del hijo en el proceso judicial en que se ventilan cuestiones de su interés.- 4. Autonomía personal y derechos patrimoniales.- A) Ejercicio de un oficio, profesión o industria por el adolescente.- B) Contratos de escasa cuantía.- C) Administración de los bienes de los hijos.- D) Supresión del usufructo parental.- V. CONCLUSIONES PRELIMINARES.

I. INTRODUCCIÓN.

El Código Civil y Comercial argentino (en adelante CC y C), fiel exponente de la visión constitucional y humanista de un nuevo derecho privado, realiza modificaciones sustanciales en algunas de las instituciones de mayor trascendencia relativas a la persona humana y a las familias.

Con relación a la persona humana abandona el binarismo que definía a la capacidad en términos de oposición “capacidad–incapacidad”¹ y, fundado en los aportes de la bioética, reconoce diversas situaciones desde las que puede valorarse el ejercicio de los derechos, sea que se trate de un niño o adolescente en desarrollo, sea que se refiera a una persona con discapacidad o con alteraciones en su salud mental². Persigue el propósito de destacar la subjetividad humana y propiciar la autonomía personal, que no solo se visualiza como el punto culminante del proceso formativo, sino que, además, debe estar presente a lo largo de todo el recorrido hacia la vida adulta e independiente.

En cuanto al derecho de las familias, los cambios no son menos significativos. El CC y C sigue de cerca la transformación de la sociedad argentina, la progresiva democratización de las relaciones afectivas, los roles y funciones de los miembros de las familias y las nuevas formas de participación e interacción entre sus integrantes³. En este contexto, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y

¹ Conf. FERNÁNDEZ, S: “Comentario artículo 24 CC y C” en AAVV *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado* (dir. M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASSO), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 69.

² Conf. arts. 31 a 50 CC y C.

³ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial argentino elaborados por la Comisión de Reformas (2012).

adolescentes expresada en numerosos instrumentos internacionales⁴.

El respeto por la autonomía de las personas en formación y el énfasis puesto en las funciones parentales son, pues, dos de los grandes pilares sobre los que se estructura el nuevo diseño normativo, que no están libres de tensiones entre sí. Este trabajo propone un breve estudio de la interacción entre ambas y de la forma en que la nueva ley argentina las resuelve.

II. EL NIÑO Y ADOLESCENTE CON LUGAR PROPIO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La consideración legal de la infancia no es universal ni intemporal. Depende de la construcción social, política y cultural que cada comunidad elabora en un determinado tiempo histórico⁵.

En la Argentina de este Siglo, el derecho de la niñez y adolescencia concreta los mandatos de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN)⁶. Reconoce que, al igual que los adultos, los niños y adolescentes titularizan una serie de derechos por su condición de seres humanos. A esos derechos se suman otros, que detentan por ser personas en desarrollo⁷.

Por eso, el mandato fundamental del CC y C es el respeto por el interés superior del niño⁸. En tanto cuerpo normativo impregnado de principios

⁴ En especial la Convención de los Derechos del Niño. Ver también Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 19), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. VII), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24).

⁵ Compulsar GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t 1, p. 529.

⁶ La niñez y adolescencia integra uno de los grupos vulnerables que la Constitución Argentina manda proteger especialmente (art. 75 inc. 23)

⁷ Según la OC 17/2002 sobre condición jurídica y derechos humanos del niño “Los niños no deben ser considerados ‘objetos de protección segregativa’ sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...”. Ver especialmente, voto concurrente CANÇADO TRINDADE, párr. 69.

⁸ Por ejemplo, el art. 639 CC y C referido a los principios generales de la responsabilidad parental comienza enumerando “el interés superior del niño”. En relación con la capacidad de ejercicio, el art. 26 CC y C indica que si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente (mayor de 13 años) 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”. Para el discernimiento de la tutela, el art. 113 indica que “el juez debe: oír previamente al niño,

consagra, además, el derecho de todo niño y adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de su identidad, a la construcción de su autonomía, etc. Junto a estos principios troncales, ofrece un conjunto de reglas instrumentales que garantizan la tutela efectiva⁹ de los derechos implicados.

En lo que aquí interesa, la capacidad de las personas menores de edad¹⁰ se asienta en el principio constitucional-convencional de autonomía progresiva (arts. 3, 5, 12, CDN, OC 17/2002 Corte IDH)¹¹.

De este modo, no se encuentra encorsetada dentro de moldes rígidos; exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, en principio, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados. La finalidad es doble. Por un lado, estimular el proceso formativo del niño y adolescente, por el otro, respetar la condición de sujeto de derechos y sus competencias en cada momento determinado. Es que la persona menor de edad no es una “tabula rasa” desde que nace hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo en el cual ir construyendo su autonomía. Si no lo hace, no se lo estimula o se lo trata como un incapaz, ese camino será más difícil y el resultado probablemente incompleto. Por eso, el protagonismo de la persona menor de edad en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en

niña o adolescente; tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez; decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.”

⁹Conf. Art. 8.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 CN) Ampliar en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: Aída; “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, *Revista Derecho De Familia*, N° 51-2011- Setiembre (Informe presentado en la Comisión N° 3 sobre “Derecho Procesal de Familia” en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8-10/6/2011). Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M: “Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, *Revista de derecho procesal*, 2015-2. Procesos de familia, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 35/81.

¹⁰ Para un análisis de los diferentes sistemas o modelos legales de capacidad de las personas menores de edad, puede compulsarse entre otros, FAMÁ, M: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Rev. La Ley* 20/10/2015, 20/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/3698/2015. La autora ubica en los extremos, los sistemas que fijan límites rígidos de edad o la eliminan como pauta de reconocimiento de derechos. En el medio, sistemas mixtos con límites preestablecidos, aunque flexibles si se acredita la competencia para un determinado acto o modelos que combinan reglas flexibles con límites rigurosos etarios para ciertos actos en función de los derechos involucrados. En estos casos, son los adultos quienes deben demostrar que el niño no es competente para la toma de determinadas decisiones.

¹¹ El art. 5 CDN establece que “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias¹². La Corte IDH puso de resalto la enorme variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que los niños poseen. Destacó con razón que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años¹³. Dijo entonces que “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”¹⁴.

En el nuevo régimen jurídico argentino, los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En este nuevo diseño, cobra relevancia el concepto de “competencia” que se adquiere gradualmente. Más que a la edad, la competencia está ligada a la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socio económico y cultural y el conflicto específico de que se trate¹⁵.

El reconocimiento de la autonomía progresiva de las personas en desarrollo atraviesa la legislación de fondo y se refleja en la posibilidad de toma de decisiones en relación con sus derechos (personalísimos y patrimoniales). También está recogida por numerosas reglas procesales.

Veamos la dinámica del sistema:

1º) Las personas menores de edad (que son aquellas que no alcanzaron los 18 años¹⁶) actúan a través de sus representantes legales. Sin embargo, si cuentan con “edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico” (art. 26 CC y C).

2º) La ley adopta “un sistema mixto” que conjuga: (i) reglas flexibles en las que no se establecen límites etarios y, (ii) reglas en las que sí se fija la edad

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A: “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010-3 *Derechos del Paciente*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 130/131.

¹³ KEMALMAJER DE CARLUCCI, A: “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en AAVV, *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* en Fernández, S. (coord.), Abeledo Perrot. Bs. As. T 1. 2015, p. 131

¹⁴ Corte IDH *Mendoza y o/s vs. Rca. Argentina*, 14/05/2013. N° 143.

¹⁵ MIZRAHI, M.: “El interés superior del niño y su participación procesal”, en *Tratado de Derecho de Familia* (dir. A. KRASNOW), La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015, p. 403. Ver también FERNÁNDEZ, S.: “Responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1, 2015, p. 668.

¹⁶ Conf. art. 25 “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años”.

para el ejercicio de ciertos derechos.

3º) En el primer caso, emplea la fórmula “grado de madurez suficiente” que actúa como un concepto jurídico indeterminado y debe ser analizado¹⁷ según el desarrollo de la persona desde una visión integral, que lo sitúe en su propio contexto y circunstancias. Aunque la edad es una pauta a tener en cuenta, no es la única ni funciona como un límite infranqueable. El respeto por la autonomía progresiva exige diferenciar las competencias entre niños o adolescentes de una misma edad, pero con distinto grado de madurez. Por otro lado, permite ponderar en cada caso esa autonomía según la naturaleza del acto o el derecho involucrado, de modo que un niño o adolescente podrá ejercer en forma autónoma ciertos actos -por ejemplo, comprar una golosina en un kiosco, hacer un mandado en el almacén del barrio- y, al mismo tiempo, no tener capacidad para obligarse mediante la contratación de un determinado servicio educativo ni disponer de un bien recibido por herencia o donación.

4º) En el segundo caso, el CC y C utiliza rangos de edad para el ejercicio de ciertos derechos. Se sirve de la categoría jurídica de adolescencia, que se ubica entre los 13 y 18 años (art. 25)¹⁸. El concepto de “adolescencia” no es nuevo; estaba incluido en diferentes normas nacionales¹⁹ aunque que sí sea novedoso el sentido jurídico con el cual se usa.

5º) Existen numerosos supuestos en los que a partir de los 13 años la ley presume la capacidad de la persona, aunque esta presunción admita prueba en contrario. En otras palabras, ser adolescente autoriza a presumir que se ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender el sentido de su actuación²⁰. Antes de esa edad, para decidir de manera autónoma se debe demostrar que cuenta con un grado de madurez suficiente, que no se presume y por ende deberá acreditarse en cada caso.

¹⁷ La psicología evolutiva ofrece algunos lineamientos, de ahí la necesidad de recurrir a la interdisciplina. Sobre las teorías evolutivas ver FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva”, cit., AR/DOC/3698/2015.

¹⁸ Ampliar en HIGHTON, E.: “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

¹⁹ Por ejemplo, la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, la Ley 26.529 de Derechos del Paciente (artículo 2º). También la Ley 26.743 de Identidad de Género (artículo 5) y la Ley 26.657 Nacional de Salud Mental (artículo 26)

²⁰ En forma paulatina, la nueva jurisprudencia recoge esta visión. Un tribunal de la provincia de Corrientes dispuso que un beneficio para la hija (llamado asignación universal por hijo) sea percibido y administrado por ella. Consideró esta solución como la más respetuosa de la personalidad de la adolescente y la que mejor se condice con su interés superior y su consideración como sujeto de derechos. (Juzgado de Primera Instancia de Corrientes, 03 de septiembre de 2015 www.juscorrientes.gov.ar)

La doctrina discute cuál es la regla, si la capacidad o la incapacidad. Es probable que esta disyuntiva sea un resabio de aquel viejo binarismo del sistema derogado que no termina de superarse y no permite visualizar la esencia de la nueva dinámica: La regla es la capacidad, siempre que los niños o adolescentes tengan “edad y grado de madurez suficiente” para la toma de decisiones en el caso concreto²¹.

III. SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

Una de las más significativas novedades del nuevo derecho familiar argentino es el cambio de paradigma en el ejercicio de la responsabilidad parental.

El nuevo texto sustituye la expresión “patria potestad” utilizada por la ley anterior, por la fórmula “responsabilidad parental” que revaloriza la concepción de los hijos como sujetos de derecho y pone el acento en “la función” de los progenitores como elemento central de la institución.

La terminología empleada refleja un cambio simbólico que destaca la responsabilidad y el deber de orientar al hijo hacia la autonomía²². Coherente con ello, el art. 646 CC y C enuncia como deberes y derechos de los progenitores: “considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos y prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos”.

Para despejar toda duda, el art. 639 CC y C fija los principios sobre los que se estructura la función parental: “...a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

A ello se suma un reajuste sustancial en el ejercicio de la responsabilidad

²¹ El art. 23 CC y C indica: “Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial”. El art. 26 CC y C agrega: “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 le son permitidos por el ordenamiento jurídico”.

²² MIZRAHI, M.: *Familia matrimonio y divorcio*, Astrea, Bs. As. 2006, p. 169.

parental cuando los padres no conviven²³. El CC y C recoge la noción de coparentalidad que responde a un sistema familiar en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol sobre la base de la igualdad y el respeto recíproco, y persigue mantener las responsabilidades parentales en cabeza de ambos. Aunque ellos ya no vivan juntos, las funciones que cada uno desempeñaba durante la convivencia deben quedar a resguardo, de modo que la crisis de los padres tenga la menor incidencia posible en la vida de los hijos.

La regla es el ejercicio compartido, o sea, las principales funciones referidas a la vida de los hijos deben ser cumplidas por ambos, aunque se presume que los actos realizados por uno cuentan con el acuerdo del otro²⁴. Este sistema puede dejarse de lado si los padres lo deciden por razones de organización familiar o personal, o si el juez lo resuelve fundado en el interés del hijo. Sin embargo, aunque el ejercicio sea unilateral, algunos actos siempre requieren la conformidad de ambos progenitores (por ej. autorizarlo para contraer matrimonio, para salir de la república²⁵ o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, administrar los bienes del hijo, etc.).

Más allá de que el ejercicio sea compartido, las tareas de cuidado del hijo pueden recaer en ambos progenitores o en uno solo. En el primer caso el cuidado puede ser alternado (el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de sus padres, según la organización y posibilidades de la familia) o indistinto (el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos asumen en conjunto las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado). Si existen desacuerdos entre los padres en relación al ejercicio de sus funciones, deben ser resueltos por el juez (conf. art. 642 CC C)²⁶.

²³ En posición favorable a la reforma, BIGLIARDI, K.: “Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil”, MJ-DOC-6111-AR | MJD6111. Pub. 14 diciembre 2012.

²⁴ El art. 641 CC y C fija las reglas. “El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición; en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades”.

²⁵ Cám. De Apel, en lo Civil y Comercial de Necochea (Buenos Aires) – Expte. 10273 R. I. 101 (S) - “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización” - 07/10/2015 Citar: elDial.com - AA92DC Publicado el 16/11/2015.

²⁶ Esta norma ofrece un conjunto de soluciones para los casos de conflicto judicial: “cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez

IV. TENSIONES ENTRE AUTONOMÍA PERSONAL Y RESPONSABILIDAD PARENTAL. UNA REGLA INVERSAMENTE PROPORCIONAL.

La consideración del niño como sujeto de derechos, la democratización de las relaciones familiares y el reconocimiento de la autonomía progresiva, traen consigo una necesaria redefinición de las relaciones paterno-filiales.

Aunque padres e hijos siguen ocupando roles diferenciados, la interacción entre ellos debe ser reinterpretada en clave constitucional, cuestión que plantea complejos interrogantes: ¿cómo equilibrar las funciones parentales con la creciente autonomía de los hijos?, ¿cómo promover el protagonismo en las decisiones de las personas en formación sin descuidar los límites indispensables para su educación?, ¿cómo fomentar la independencia en aquellos casos de niños o adolescentes problemáticos? En otras palabras, ¿cómo promover la libertad de los hijos sin que el ejercicio de esa libertad se traduzca en una protección deficitaria o insuficiente de sus derechos?²⁷

Como premisa, el artículo 639 CC y C deja en claro que el ejercicio de la responsabilidad parental debe “respetar 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”.

Cuando los niños son más pequeños y tienen menores competencias, la mayoría de las decisiones las toman los padres, aunque los hijos deben ser escuchados y participar de ellas de acuerdo con su etapa evolutiva y la naturaleza de la cuestión. A medida que crecen e ingresan en la adolescencia, aumenta su autonomía y por eso deben asumir un mayor protagonismo en las decisiones que los involucran. Correlativamente, se atenúa el poder de decisión de los padres, quienes pasan a cumplir funciones de apoyo, acompañamiento o complementariedad.

De este modo, la tensión entre autonomía y protección de derechos se resuelve en forma inversamente proporcional²⁸.

Los padres deben cuidar, proteger, educar a sus hijos y velar por sus propios intereses; por eso, siguen siendo los principales representantes (conf. art. 101 CC y C). Pero la función de “representación” no debe ser entendida en sentido tradicional (o sea, la sustitución de la voluntad del hijo y actuación en

puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años.”

²⁷ Ver HERRERA, M.: “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 39, AR/DOC/3846/2014.

²⁸ Ampliar en FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva”, cit. AR/DOC/3698/2015.

su nombre e interés); este concepto resulta ahora insuficiente. A medida que los hijos crecen, el papel de representación de los padres se articula con la idea de “asistencia” en el ejercicio de los derechos, de modo que los progenitores deben prestar apoyo al niño o adolescente para que sea éste quien decida. En estos casos el hijo actúa por sí, pero necesita la conformidad o el asentimiento del adulto, quien evaluará si el acto es o no perjudicial para sus intereses.

Toda vez que exista conflicto entre unos y otros, el hijo puede defender su posición con el auxilio de defensa técnica especializada mediante la intervención del Ministerio Público (art. 103 CC y C) o el abogado del niño si correspondiere (art. 26 CC y C)²⁹.

Veamos cómo el CC y C resuelve algunas de estas tensiones:

1. Padres adolescentes.

El art. 644 del CC y C regula el régimen de los progenitores adolescentes de una forma coherente y equilibrada. Estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Sin embargo, las personas que a su vez ejercen la responsabilidad parental sobre aquel progenitor adolescente, pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño, o intervenir cuando el adolescente omita realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

En los demás actos trascendentes para la vida del niño (como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos), la ley prevé un sistema de “codecisión o asistencia”, pues señala que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores, indicándose también que en caso de conflicto, interviene el juez³⁰.

2. Necesaria participación del hijo.

²⁹ Dice el texto legal: “En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada”.

³⁰ Para profundizar, HERRERA, M.: “Reciclando tensiones en derechos humanos niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología” en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1. 2015, p.18. Ver también GONZÁLEZ DE VICEL, M.: en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As. T 1. 2015.

Diferentes normas imponen la participación del hijo en las decisiones vinculadas al ejercicio de la responsabilidad parental. Entre ellas:

1º) En todos los casos en que se requiere la intervención de ambos progenitores para la toma de decisiones (por ejemplo: autorizarlo para contraer matrimonio, para salir del país, para ingresar a comunidades religiosas o bien para la administración de los bienes de los hijos), también se exige el consentimiento expreso del hijo mayor de 13 años (art. 645 CC y C)³¹.

2º) En los supuestos excepcionales de cuidado personal unilateral, la opinión del hijo es una de las pautas legales a considerar para decidir judicialmente cuál de los padres debe asumir esa función, conforme lo manda el artículo 653 CC y C³².

3º) Sea cual sea la edad del hijo, los progenitores deben procurar su participación para la elaboración del plan de parentalidad que comprende las responsabilidades que cada uno asume, la distribución del tiempo que pasa con cada padre, el régimen de comunicación, las vacaciones, etc. (conf. art. 655 CC y C).

3. La participación del hijo en el proceso judicial en que se ventilan cuestiones de su interés.

El CC y C prevé diferentes formas de participación del niño o adolescente en los procesos judiciales en los que se ventilan cuestiones que lo involucran, o cuando existen conflictos entre el hijo y uno o ambos progenitores.

Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo, pero si no es capaz de comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal³³; sin embargo, aún en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia. Es decir, ser “parte procesal” es una de las diversas formas de actuación del niño o adolescente en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición de persona en desarrollo impone al sistema jurídico

³¹ Compulsar un caso reciente en que el tribunal respeta la voluntad del adolescente en un pedido de autorización a permanecer en el extranjero (Cámara de Apelaciones de Necochea (Buenos Aires) – Expte. 10273 R. I. 101 (S) - “H., A. W. c/H., C. R. I. s/Autorización” - 07/10/2015 Citar: elDial.com - AA92DC, Publicado el 16/11/2015.)

³² El texto del art. 653 CC y C es claro: “En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; la edad del hijo; la opinión del hijo; el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”.

³³ MIZRAHI, M.: “El interés superior”, cit. p. 392.

habilitar y, en algunos casos, promover otras posibilidades de actuación.

En los casos en que la intervención es “indirecta”, cualquiera sea su edad, puede actuar ejerciendo su “derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta”. La edad y madurez inciden en la forma o las estrategias para la escucha, al tiempo que las competencias del niño o adolescente para ese caso concreto, condicionan la valoración que hace el magistrado de su opinión.

La intervención “directa” puede concretarse a través de un abogado de confianza que le brinde defensa técnica cuando exista oposición entre sus intereses y los de sus representantes (art. 26, 677 CC y C)³⁴. También puede realizarse a través del Ministerio Público (art. 103 CC y C)³⁵. A diferencia del derecho a ser oído, para que sea posible la actuación con abogado propio, la persona debe tener un cierto grado de madurez atento a la naturaleza de la relación entre el abogado y su cliente, en este caso, una persona menor de edad. Conforme las reglas antes explicadas, si se trata de un adolescente, su “edad y grado de madurez” se presume. En cambio, si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante una participación autónoma³⁶.

4. Autonomía personal y derechos patrimoniales.

La trascendencia de las consecuencias de una decisión adoptada por el adolescente en el manejo de los asuntos patrimoniales condiciona significativamente su esfera de actuación. Por eso la ley contempla algunas limitaciones expresas. Por ejemplo, los adolescentes que contraen matrimonio (con autorización de los padres o dispensa judicial art. 404 CC y C) no pueden optar por el régimen patrimonial matrimonial de separación de bienes que los podría colocar en una situación de desprotección; tampoco pueden hacer donaciones prenupciales (art. 450).

Sin embargo, este tipo de cuestiones no pueden quedar totalmente al margen

³⁴ Para la participación autónoma con abogado, ver, Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires. Causa 118.781 “A., O.E. Incidente” 11/11/2015.

³⁵ La Suprema Corte de Buenos Aires resolvió la atribución de vivienda familiar solicitada por los niños, en pleno proceso de discusión sobre el ejercicio de la responsabilidad parental por sus padres (SCBA. C. 118.503 “S., D. contra D., M. N., Tenencia de hijos”, 7 de octubre de 2015.)

³⁶ Varias normas ejemplifican esta premisa: el art. 679 CC y C permite reclamar a los progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, y asistencia letrada. Conforme el art. 677, esa autonomía y madurez se presume (con carácter *iuris tantum*) porque desde entonces puede intervenir en el juicio con abogado de manera autónoma.

del progresivo reconocimiento de la autonomía de los hijos³⁷. Por ello, aunque el campo de acción de los representantes legales siga siendo bastante amplio, la regla admite cada vez más excepciones al amparo este nuevo paradigma³⁸. Veamos algunos ejemplos:

A) Ejercicio de un oficio, profesión o industria por el adolescente.

1º) El hijo menor de 16 años requiere autorización de sus progenitores para ejercer oficio, profesión o industria; el adolescente celebra el contrato, los padres lo autorizan (art. 681 del CC y C). Si el ejercicio de la responsabilidad parental es compartido, se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, aunque esta presunción puede desvirtuarse por oposición expresa –que no requiere necesariamente judicialización- salvo desacuerdos reiterados (conf. art. 642 del CC y C).

2º) El artículo 681 CC y C no menciona una edad mínima para trabajar pero, conforme el art. 261 inc. c, debe interpretarse que los menores de 13 años están excluidos de estas contrataciones. Hay que tener en cuenta, además, lo dispuesto por las leyes laborales.

3º) Si el hijo tiene más de 16 años se presume la autorización de sus padres para todos los actos y contratos concernientes a su empleo, profesión o industria, salvo que ellos expresen su oposición. Esta regla se integra con el art. 30 CC y C que reconoce a la persona menor de edad que ha obtenido título habilitante, la facultad de ejercerlo por cuenta propia, sin necesidad de previa autorización. El hijo 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. De este modo se forma una suerte de patrimonio de afectación, ya que esos bienes son los únicos comprometidos en la actividad y deudas contraídas³⁹.

4º) Como lógico correlato del reconocimiento de la autonomía progresiva de los hijos, los progenitores no pueden hacer contratos por servicios que deba prestar su hijo mayor de 16 años sin su consentimiento y el cumplimiento de los requisitos previstos en leyes especiales.

³⁷ BONZANO, M.: “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia* N° 60 2013, p 151 y ss.

³⁸ Conf. FERNÁNDEZ, S.: “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 181, LA LEY 2015-C, LL Online, AR/DOC/1304/2015. HERRERA sostiene que es un error diferenciar de manera genérica los actos que comprometen derechos personalísimos de aquellos de carácter o contenido patrimonial. (ampliar en HERRERA, M.: “Reciclado tensiones”, cit. p. 15.)

³⁹ HIGHTON, E.: “Los jóvenes”, cit. AR/DOC/1008/2015.

B) Contratos de escasa cuantía.

Con buen criterio, la nueva ley se ocupa de los llamados “actos de bolsillo” y plantea una solución acorde con la realidad cotidiana⁴⁰. La educación y formación integral de los hijos es una tarea que se concreta progresivamente. Desde pequeños, los niños realizan diferentes actos jurídicos, compran golosinas en el kiosco, van al mercado del barrio, adquieren útiles escolares en la librería, pagan el boleto del transporte público, etc.

Antes de la reforma existía una discusión sobre la validez o nulidad de esos pequeños contratos.

En el CC y C:

1º) Se reconoce la facultad de los hijos de celebrar por sí ciertos contratos cuando se trata de transacciones de escasa cuantía y pagados en efectivo relativos a la vida cotidiana, presumiéndose que son celebrados con la conformidad de los progenitor⁴¹(art. 684 CC y C).

2º) Los padres pueden oponerse, pero para que esa oposición produzca efectos debe ser oportuna, la realizada con posterioridad no invalidará el acto, ya que existe un deber de vigilancia sobre el menor por parte de los padres que se supone que se ejerce adecuadamente. Sin embargo, podrá invalidarse cuando el tercero conozca la oposición de los padres y no obstante ello celebre el contrato (mala fe del tercero) o el acto implique un abuso de derecho en evidente perjuicio del niño por parte del tercero⁴².

3º) La norma no estipula edad mínima, pues conforme las reglas del sistema explicado, no sería razonable exigirla.

4º) La regla también podría aplicarse a los contratos de escasa cuantía celebrados vía internet (compra de aplicaciones, video juegos, etc.). La solución sería útil dada la asiduidad de este tipo de contrataciones informáticas, aunque en estos casos, los pagos no se efectúen con dinero efectivo, sino mediante débitos en tarjetas de crédito.

C) Administración de los bienes de los hijos.

Los progenitores tienen el deber de representar y administrar el patrimonio

⁴⁰ HERRERA, M: “Reciclando tensiones, cit. p. 15.

⁴¹ Conf. fundamentos del Anteproyecto.

⁴² Conf. IGNACIO, G. CERRA, S.: “Comentario”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tomo II*, Arts. 410 a 723 (dir. J. RIVERA y G. MEDINA), La Ley, Bs. As., 2014, p. 604.

de los hijos (art. 646, inc. f del CC y C). El mandato legal incluye todos los bienes excepto: a) los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores; b) los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores; c) los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores (Art. 686 CC y C.).

Se aplican las siguientes reglas:

1º) Se exige el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 645 CC y C), convivan o no convivan, ejerzan la responsabilidad parental en forma unilateral o compartida, sea el cuidado del hijo compartido o unipersonal.

2º) Los actos conservatorios, urgentes e ineludibles para mantener la integridad de los bienes pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores.

3º) En todos estos casos, si uno de los progenitores no otorga su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo y debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar (art. 645 del CC y C). Si los desacuerdos son graves o persistentes, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función (art. 688 CC y C).

4º) Los padres tienen obligación de informar a los hijos que cuenten con edad y madurez, acerca de los contratos que en su nombre celebren con terceros, en los límites de su administración (art. 690 CC y C).

5º) Si el hijo es adolescente, además de la conformidad de ambos padres, se exige el consentimiento del propio hijo y, si existe conflicto, deberá resolverse judicialmente.

6º) En caso que los padres dispongan de los bienes del hijo deben obtener autorización judicial (art. 692 del CC y C). Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo. El legitimado para solicitar la nulidad es el hijo, quien deberá acreditar el perjuicio que el acto le causa⁴³.

D) Supresión del usufructo parental.

El viejo Código Civil confería a los padres el derecho de uso y goce de todos

⁴³ Conf. IGNACIO, G. y CERRA, S.: “Comentario” cit., p 610.

los bienes de sus hijos menores de edad, quienes podían utilizar para sí el excedente de los frutos que producía aquel patrimonio una vez cumplidos sus derechos-deberes, que se imponían a título de cargas, sin tener que rendir cuentas⁴⁴. Esta figura provocó discusiones en la jurisprudencia⁴⁵ y fue criticada por la doctrina en tanto ignoraba la condición del hijo como sujeto de derechos y producía una franca disminución en su patrimonio al no incorporar a éste las rentas que lo componen⁴⁶.

El CC y C suprime el usufructo paterno-materno⁴⁷. Dice el texto de los fundamentos: “Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes de sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos”⁴⁸. Se aplican las siguientes reglas:

1º) “Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes” (art. 697 CC y C).

2º) La opinión del hijo acerca del destino que ha de darse a los frutos de sus bienes debe ser respetada en el marco de su autonomía progresiva y la consideración democrática de las relaciones familiares⁴⁹.

3º) Como excepción, el art. 698 CC y C faculta a los progenitores a utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial, pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de gastos de: (a) subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir la responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica, (b) enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo y, (c) conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.

V. CONCLUSIONES PRELIMINARES.

El Código Civil y Comercial argentino resuelve la tensión entre autonomía

⁴⁴ Cfr. FLEIGAS ORTIZ DE ROZAS A. y ROVEDA, E.: *Manual de derecho de familia*, LexisNexis, Bs. As., 2004, p. 435 y ss.

⁴⁵ En la Argentina existe una larga historia de litigios judiciales en torno de la naturaleza de los intereses compensatorios. Ver en especial CSJN 5/3/2002, LL 2002 D 687.

⁴⁶ LLOVERAS N. Y SALOMÓN M. J.: “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, SJA 12/12/2007; JA 2007-IV-1117.

⁴⁷ Ampliar en CAVAGNARO, M. COLAZO, I.: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno” Ponencia, *Revista Derecho de Familia*, N° 59, 2013-273 y ss.

⁴⁸ Fundamentos del anteproyecto (2012).

⁴⁹ BONZANO, M. “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental” *Revista de Derecho de Familia*, N° 60, 2013, p 151 y ss.

progresiva y responsabilidad parental de una forma coherente. Estimula y respeta el tránsito del hijo hacia su independencia, al tiempo que reconoce el papel relevante de los padres en su cuidado y las responsabilidades exigidas para garantizar la protección de sus derechos.

Los niños y adolescentes son personas en desarrollo. Está claro que el lugar que se les reconoce en la familia, en la sociedad y en el derecho, no significa permitirles un obrar ilimitado ni descontrolado. Las funciones parentales son, antes que nada, un compromiso con la sociedad, pues de ellas depende el futuro de nuestros hijos.

Ha sido un verdadero desafío construir un andamiaje equilibrado. Habrá que esperar algún tiempo para analizar si los destinatarios de las normas logran apoyarse en ellas para cumplir sus funciones y alcanzar sus objetivos.

BIBLIOGRAFÍA

BIGLIARDI, K.: “Responsabilidad parental en el Código Civil y en el proyecto de Código Civil”, MJ-DOC-6111-AR | MJD6111. Pub. 14 diciembre 2012.

BONZANO, M.: “Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 60, 2013.

CAVAGNARO, M. COLAZO, I.: “Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno”, Ponencia, *Revista Derecho de Familia*, N° 59, 2013.

FAMÁ, M.: “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, Rev. *La Ley* 20/10/2015, 20/10/2015, 1, Cita Online: AR/DOC/3698/2015.

FERNÁNDEZ, S.: “Comentario artículo 24 CC y C”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (dir. M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASSO), Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.

FERNÁNDEZ, S.: “Responsabilidad parental y autonomía progresiva”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de Niños, Niñas y Adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

FERNÁNDEZ, S.: “La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial ¿cuánto de autonomía progresiva? Construyendo equilibrios”, Sup. *Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental* 20/05/2015, 181, LA LEY 2015-C, LL Online, AR/DOC/1304/2015.

FLEIGAS ORTIZ DE ROZAS, A. y ROVEDA, E.: *Manual de derecho de familia*, LexisNexis, Bs. As., 2004.

GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M.: *Derecho constitucional de familia*, Ediar, Bs. As., 2006.

GONZÁLEZ DE VICEL, M.: “Ejercicio de la parentalidad por progenitores adolescentes”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

HERRERA, M.: “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 39, AR/DOC/3846/2014.

HERRERA, M.: “Reciclado tensiones en derechos humanos niños, niñas y adolescentes: especialidad vs. “niñología” en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

HIGHTON, E.: “Los jóvenes o adolescentes en el Código Civil y Comercial”, *Diario La Ley* 13/04/2015, 1, La Ley 2015-B, 901.

IGNACIO, G., CERRA, S.: “Comentario”, en AA.VV.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado – Tomo II* (dir. J. RIVERA, G. MEDINA), arts. 410 a 723, La Ley, Bs. As., 2014.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, *Revista Derecho de Familia*, N° 51, 2011.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A y MOLINA DE JUAN, M.: “Principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial”, *Revista de derecho procesal*, 2015-2. Procesos de familia, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe. 2015.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Dignidad y Autonomía Progresiva de los niños”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2010-3, Derechos del Paciente, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

KEMALMAJER DE CARLUCCI, A.: “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en AA.VV.: *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes* (coord. S. FERNÁNDEZ), Abeledo Perrot, Bs. As., T 1, 2015.

LLOVERAS N. y SALOMÓN, M. J.: “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario” SJA

12/12/2007; JA 2007-IV-1117.

MIZRAHI, M.: “El interés superior del niño y su participación procesal”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de Familia* (dir. A. KRASNOW), La Ley, Buenos Aires, t. I, 2015.