

EL PODER PATERNO A LA LUZ DE LA *LEX PLAETORIAE DE CIRCUNSCRIPTIONE ADOLESCENTIUM* Y LA CAPACIDAD DE LOS MENORES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2015

[ENG] *Parental power of attorney in light of the lex plaetoriae de circumscriptione adolescentium and the capacity of minors in the 2015 civil and commercial code*

Fecha de recepción: 3 julio 2022 / Fecha de aceptación: 26 febrero 2023

SUSANA ISABEL ESTRADA

*Universidad Nacional de Tucumán*

(Argentina)

siecs2004@yahoo.com.ar

*Resumen:* El trabajo aborda el tratamiento de la aptitud de los menores partiendo de las fuentes romanas, desde la época arcaica hasta la *lex Plaetoriae de circumscriptione adolescentium*, para proyectarla a la capacidad como atributo de la personalidad en el derecho civil argentino, no obstante que, el paralelismo es sólo a los efectos de identificar elementos de continuidad o de cambio. Ello porque los romanos no elaboraron una noción a la manera de la moderna doctrina. Pero la forma en que en el período clásico y justiniano se regularon los actos jurídicos en razón de la edad, implicó similar regulación respecto a la capacidad de obrar, que la contenida en los ordenamientos modernos. En aras de ceñir la extensión a las pautas editoriales, nos centraremos en la capacidad de los menores de edad para las prácticas sobre el propio cuerpo, con particular enfoque al consentimiento para investigaciones médicas.

*Palabras clave:* Poder; Menor; Roma; Argentina.

*Abstract:* The work deals with the treatment of the aptitude of minors starting from the Roman sources, from the archaic period to the *lex Plaetoriae de circumscriptione adolescentium*, to project it to the capacity as an attribute of the personality in the Argentine civil law, despite the fact that the parallelism is only for the purpose of identifying elements of continuity or change. This is because the Romans did not elaborate a notion in the manner of modern doctrine. But the way in which in the classical and Justinian period legal acts were regulated by reason of age, implied a similar regulation regarding the capacity to act, as contained in modern systems. In order to adhere to the editorial guidelines, we will focus on the capacity of minors to practice on their own bodies, with a particular focus on consent for medical research.

*Key-words:* power; minor; Rome; Argentina.



## 1. INTRODUCCIÓN

Los hábitos sociales establecían la reiteración de conductas practicadas en determinadas fases de la vida de los miembros de la sociedad romana que iban acompañadas de rituales y ceremonias solemnes y del pronunciamiento de palabras sacramentales que debían llevarse a cabo sin alteración.

Dentro de esa multiplicidad y variedad de ritos que acompañaban la vida en comunidad del hombre romano se sucedieron fases en su existencia cultural y física que implicaron cambios en las relaciones sociales, tal como ocurrió con el nacimiento, la iniciación de la pubertad, el matrimonio y la muerte.

El rito del nacimiento tenía como objetivo incorporar al recién nacido a la familia agnaticia porque aquel no se limitaba al hecho biológico, sino que una vez nacido el hijo varón<sup>1</sup> el *pater* debía levantarlo del suelo, donde lo había depositado la comadrona, y tomarlo en brazos en señal de que lo reconocía como suyo y rehusaba exponerlo. Sólo así el recién nacido era aceptado en la sociedad en virtud de una decisión del *pater*.

El rito del pasaje está representado por el paso de una edad a otra, por la iniciación de la pubertad, que marca la transición de la infancia a la edad adulta.

El ritual del matrimonio también significaba un cambio en la consideración de los esposos frente a la comunidad, y sobre todo un cambio en la situación personal y patrimonial para la mujer en el matrimonio *cum manu*.

Los ritos en torno a la muerte de igual modo revestían una profunda significación en la práctica del culto y en el cambio de *status* en los hijos varones de la familia, ya que esos lazos no se extinguían, se transformaban tal como ocurría con el surgimiento de la familia *comuni iuris*.

---

<sup>1</sup> Según un ejemplo ofrecido por el emperador Claudio ya citado, el ritual no habría sido el mismo para el hijo que para la hija, ya que el varón era recibido en la familia por el gesto del "levantamiento", mientras que la mujer simplemente era dada a amamantar. Pero la sociedad romana aplicó otras diferencias fundadas sobre el género, como la fecha del "día lustral": el octavo para las mujeres, el noveno para los varones consistente en la purificación del recién nacido y el otorgamiento del nombre que marcaba la entrada del niño en la familia y la sociedad. También el *dies natalis* en el que su porvenir había sido marcado y que los romanos celebraban a lo largo de su vida, todos ellos ritos múltiples algunos de los cuales han sido retomados en el bautismo cristiano. (Cf. CAYO SUETONIO, T., *Los Doce Césares*, tr. F. Norberto Castilla, Madrid 1917, p. 301).

Todas ellas implicaban mutaciones en el *status* ontológico, social y jurídico del individuo que se traducían en el cambio de roles en la sociedad.

## 2. EL PASO DE LA INFANCIA A LA EDAD ADULTA EN EL MUNDO ROMANO

El tránsito de la infancia a la edad adulta en los estadios arcaicos de la cultura romana representado por la iniciación de la pubertad, implicaba una transformación que no sólo generaba cambios en las relaciones sociales sino, y sobre todo, en el *status* ontológico y jurídico.

En opinión de Cazeneuve<sup>2</sup> se consideraba que las discrepancias en los límites de edad no se debían tanto a motivos biológicos sino a causas sociológicas determinadas por la salida del ámbito materno para incorporarse al mundo de los adultos, por lo que la madurez sexual no era definitiva. Es decir que habría que hablar de una “pubertad social” más que fisiológica al decir del autor, porque el ritual es una “marca cultural” que supera su propia naturaleza biológica. De tal modo, debían interpretarse los signos de madurez sexual como indicio de que se ponía fin a la infancia y comenzaba la pubertad: el objeto no era el sexo sino más bien la condición humana en general.

Testimonian autores clásicos que la edad variaba con pequeños márgenes de diferencia, alrededor de los diecisiete años. Suetonio evidencia discrepancias en distintos pasajes de los Doce Césares. Uno relativo a Octavio Augusto (VIII, 1r) da cuenta de ello: “*Tenía cuatro años cuando perdió a su padre; a los doce pronunció delante del pueblo reunido, el elogio fúnebre de su abuela Julia; al los diez y seis tomó la toga civil y aunque su edad le exceptuaba aún del servicio recibió recompensas militares el día del triunfo de César por la guerra de África*”<sup>3</sup>.

Otro fragmento de los Doce Césares referido a Cayo Calígula X, decía:

“[...] *permaneció primeramente en la casa de su madre, y cuando desterraron a ésta, en la de su bisabuela Livia Augusta, cuyo elogio fúnebre pronunció en la tribuna de las arengas, llevando todavía la toga pretexta. [...]. A los veintiún años lo llamó Tiberio a Capri, y en un solo día le hizo*

<sup>2</sup> CAZENEUVE, J., *Sociología del rito*, Buenos Aires 1971, p. 224.

<sup>3</sup> CAYO SUETONIO, T., op. cit., p. 83.



*tomar la toga y cortar la barba, sin otorgarle ninguna de las distinciones con que señaló la entrada de sus hermanos en la vida pública*<sup>4</sup>.

Según Varrón, en Roma se era *puer* hasta los quince años; la adolescencia (*adulescentia*) duraba de los quince a los treinta y la juventud (*iuventa*), de los treinta a los cuarenta y cinco años. Para Isidoro de Sevilla la infancia duraba hasta los siete años, la *pueritia* abarcaba de los siete a los catorce, la adolescencia (*adulescentia*) de los catorce a los veintiocho y la juventud (*iuventus*) de los veintiocho a los cincuenta<sup>5</sup>.

La variación en la edad obedecía a que los signos que exteriorizaban la pubertad masculina eran menos evidentes, por lo que era el *pater* el que determinaba ese momento en base a la apariencia física. Para ello era determinante la institución de la patria potestad que diera razones de la expansión social, primero de la adolescencia, y después de la juventud.<sup>6</sup> A partir de entonces el púber estaba en condiciones de asumir los nuevos *officiis* que le demandaba la vida en sociedad, tanto en la actuación política, como en la ceremonia del culto y en el servicio de las armas.

Como la edad era una de las principales circunstancias que en todos los tiempos había determinado la capacidad de las personas, se estableció que la mujer alcanzaba la pubertad a los doce años, aunque ello no la investía de capacidad plena, en tanto que el criterio a adoptar para fijar la edad en el varón fue dispar entre las dos escuelas de derecho de la época, la de los sabinianos dirigida por Capítón y la de los proculeyanos que conducía Labeón.

Al llegar al momento del paso de la infancia a la adultez el niño ofrendaba la *bulla* - una bola de metal o de cuero, que había portado durante toda su infancia colgada de su cuello - a los manes y lares domésticos. Allí comenzaban los “ritos de la pubertad” que se iniciaban con un ofrecimiento a la diosa *Iuventas* en el Capitolio. La ceremonia constaba de dos momentos; uno privado en el que el joven cambiaba la toga *praetexta* con borde púrpura que había vestido durante la infancia por la toga *virilis* blanca del ciudadano romano. Esto significaba el abandono de la vida circumscripita al ámbito familiar bajo la protección de la

<sup>4</sup> Ivi, p. 206.

<sup>5</sup> LEVI, G., SCHMITT, J., *Historia de los jóvenes*, Madrid 1986, p. 87.

<sup>6</sup> Ivi, p. 86.

figura materna, para dar paso a la segunda etapa, en el ámbito público que consistía en su concurrencia al foro acompañado de sus familiares (*deductio ad Forum*) para inscribir su nombre en la lista de ciudadanos del *Tabularium*.

La aparición de los síntomas de madurez sexual debía interpretarse como un símbolo de que la infancia terminaba y el joven debía ocupar roles como miembro activo de la sociedad. Desde ese momento quedaba incorporado a la vida ciudadana adulta como un *civis* para iniciar el *cursus honorum* en su carrera política, prestar el servicio de las armas en la carrera militar y contraer matrimonio para formar una familia y dar hijos a Roma.

### 3. LA EVOLUCIÓN DE LA APTITUD DE LOS MENORES EN LAS FUENTES ROMANAS

La aptitud de las personas, ya sea para ser titular de derechos considerados en sí mismos, ya para su ejercicio, dependió de una serie de combinaciones y experimentó el influjo de gran número de circunstancias.

Desde siempre se distinguió en Roma entre púberos e impúberos o pupilos, expresión que también se utilizó para designar un pupilo que no estaba sometido al poder paterno, según la definición atribuida a Pomponio en el Digesto, pero esa costumbre no fue absoluta. “POMPONIUS libro singulari Enchiridii.- «Pupillus» est, qui, quum impibes est, desiit in patris potestate ese aut norte, aut emancipatione. (Dig. 50, 16, 239). POMPONIO; Manual, libro único.- Es «pupilo» el que, siendo impúbero, dejó de estar bajo la potestad de su padre o por muerte de éste, o por la emancipación”<sup>7</sup>.

Los impúberos tenían una inhabilidad absoluta y nada podía relevarles de ella; podían por actos jurídicos mejorar su posición pero eran incapaces de enajenar y obligarse. En estos casos se les asignaba un tutor, cuya intervención servía para validar dichos actos.

Al principio, la pubertad dependía del desarrollo físico de cada individuo, pero siendo este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar esa época de una manera más exacta. Las opiniones al respecto se dividieron entre las dos escuelas de derecho de la época: los proculeyanos, siguiendo la opinión de los estoicos, consideraron la edad de

---

<sup>7</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrugger, Barcelona 1892, tomo IV, p. 942.



catorce años cumplidos, como la edad de la pubertad. Los sabinianos consideraban necesario un reconocimiento físico (*inspectio corporis*) para determinarla.

196. “*Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. quidem nostri praeceptores puberem cum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendi, hoc est, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diuersae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est, eum puberem esse existimant, qui XIII annos expleuit.* (Gayo Inst. I, 196).

196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan á la pubertad nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto á aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse á aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así sólo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce”<sup>8</sup>.

Finalmente Justiniano puso fin a la controversia fijando la edad de la pubertad en los catorce años para el varón y en los doce para la mujer.

El derecho romano, siguiendo la marcha de la naturaleza ha establecido una clasificación particular de las personas variando los diferentes grados de aptitud y los medios de protección. Desde el *ius civile* se reconoció que las personas, que por razón de su edad eran incapaces de gobernarse a sí mismas y administrar su patrimonio, debían estar bajo la égida de representantes legales que dirigieran sus actos prestándoles la necesaria asistencia y cooperación, aunque no les daba derecho de corrección o autoridad sobre su persona. Tal exigencia estaba presente entre las líneas de las Institutas de Gayo.

189. “*Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium civitatum iure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur, nec fere ulla civitas est, qua non liceat parentibus, liberis suis impuberibus testamento tutorem dare: quamvis, ut supra diximus, soli cives Romani uideantur tantum liberes in potestate habere.* (Gayo I, 189).

189. El derecho de todas las naciones ha establecido la tutela para los impúberes, porque es conforme á la razón natural que sea dirigido y protegido por un tutor el niño que no esté todavía formado. Apenas habrá ciudad en que no estén autorizados los ascendientes para nombrar tutor en testamento á sus descendientes impúberes,

<sup>8</sup> D’ORS, A., *Gaius, Instituciones*, texto latino traducido, Pérez Reux, Madrid 1943, p. 66

*aunque parezca por otra parte que la potestad paterna, como hemos dicho anteriormente, exista solo entre los ciudadanos romanos*<sup>9</sup>.

Y también lo sugiere Justiniano: 6. *“Impuberes autem in tutela ese, naturali iuri conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. (Inst. I, 20, 6). 6. Mas es conforme al derecho natural que los impúberes estén en tutela, para que el que no sea mayor de edad sea dirigido por el cuidado de otro*<sup>10</sup>.

El derecho arcaico había centrado su atención en la palabra y en la aptitud para procrear: en la palabra porque los actos se concertaban a través de fórmulas sacramentales que las partes debían pronunciar personalmente y en la aptitud para procrear porque era la finalidad esencial del matrimonio. Se les llamaba infantes, lo que aludía a que no podía o no sabían hablar (*qui fari non possunt*); pero lo que en realidad no sabían era entender el significado de las palabras que pronunciaban.

Ulpiano en el Digesto en comentarios al Edicto en relación a la obligación del tutor de administrar y desempeñar la tutela dice:

2. *“Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudiciu suscipiant, sive pupillus ipsis actoribus; nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. Licencia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium, an pupillum exhibere, ut ipsis autoribus iudiciu suscipiatur, ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et presto fuerint, auctoritatem praestent. (Dig.26, 7, 1, 2).*

2.- *Basta a los tutores para la plena defensa, o que ellos mismos acepten el juicio, o que con la autoridad de los mismos lo acepte el pupilo; y no han de ser obligados los pupilos a dar caución, como suelen serlo los defensores. Tendrán pues facultad para aceptar el juicio, si ellos los prefiriesen, o para exhibir el pupilo, a fin de que con la autoridad de ellos mismos acepte el juicio, pero de suerte que por los que no pueden hablar o estén ausentes acepten el juicio los mismos tutores, más por los que son de más de siete años de edad, y estuvieren presentes, presten su autoridad*<sup>11</sup>.

La jurisprudencia, el derecho pretorio y finalmente el derecho imperial colocaron al lado de estas consideraciones tomadas del desarrollo corporal, otras de índole intelectual. De esta manera se diferenciaron distintos períodos. Así se distinguía en la época postclásica entre

<sup>9</sup> Ivi, p. 64.

<sup>10</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit., t. I, p.23.

<sup>11</sup> Ivi, t. II, p. 248.





niños desde el nacimiento hasta los siete años (*infans minor*) y desde los siete años cumplidos hasta los catorce (*infans maior*). Los comprendidos en el primer tramo tenían vedada la realización por sí de cualquier acto jurídico, debiendo actuar siempre a través de sus representantes legales mediante la *gestio*, ya que su incapacidad de obrar era absoluta, aún para realizar actos en ventaja propia. Los que habían cumplido los siete años podían contraer obligaciones, transmitir o gravar derechos con la venia del tutor mediante la *auctoritas* porque su incapacidad de obrar era relativa.

La jurisprudencia filosófica, combinando la consideración material con el desarrollo moral, introdujo dentro de la categoría de los infantes mayores, una subdivisión según que el menor estuviera más próximo a los siete años (*infantiae proximi*) o a los catorce (*pubertati proximi*). A estos ya se les adjudicaba alguna inteligencia de las cosas del derecho (*aliquem intellectum habent*) pero no el juicio (*animi iudicium*). Tal sub clasificación, cuyos términos no estaban por lo demás fijados por la ley, sólo tenía relevancia respecto a la imputación por los actos ilícitos y muchas legislaciones han incorporado el principio de que se reputan practicados sin discernimiento los actos ilícitos de un menor de diez años.

2. “[...] *Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, si sit iam iniuriae capaz.* (Dig. 9, 2, 5, 2)

2.- “[...] *Pero también si un infante hubiera causado el daño, deberá decirse lo mismo. Pero si lo hubiera hecho un impúbero, dice Labeon, que puesto que se obliga por el hurto, queda él obligado también por la ley Aquilia; y opino que esto es verdad, si ya fuera capaz de injuria*”<sup>12</sup>.

Finalmente en el Bajo Imperio pareciera que por una Constitución de Teodosio que trataba de la aceptación de las herencias maternas se terminó por asimilar al menor de siete años con el infante.

La llegada de la República incrementó las transacciones comerciales lo que produjo consecuencias funestas y el pretor advirtió a la sazón que la pubertad fijada a los catorce años era una edad muy temprana para adquirir la madurez intelectual necesaria que le permitiera

---

<sup>12</sup> Ivi, t. I, p. 572.



al púber celebrar por sí negocios jurídicos. Entonces se le permitió pedir al pretor un curador, cuya asistencia tenía el efecto de dar validez a los actos que realizara.

Para proteger a los menores que habiendo llegado a la pubertad no hubiesen cumplido los veinticinco años la primera medida dictada aproximadamente en el 186 a.C. por el tribuno *Plaetorius* fue la *lex Plaetoriae* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*, aunque otra hipótesis sostiene que tiene origen en la práctica, según da cuenta un pasaje de Plauto.

Del contenido de aquella ley nos habla Cicerón en *De Natura Deorum*, III, 30: 74. “[...] *inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria; [...]*”. “[...] *de aquí juicio público en cuestión privada en virtud de la ley Pletoria; [...]*”<sup>13</sup>.

Y en *De officiis*, III, 15: “*Atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis et circumscriptio adolescentium lege Laetoria*”. *De modo que la protección de la ley de las XII Tablas y la ley Laetoria estaba vengando la malicia contra un hombre joven*”<sup>14</sup>.

La *lex Plaetoriae* creaba una acción pública a favor del púber menor de veinticinco años que podía ser intentada por cualquier ciudadano en contra de quien hubiere abusado de la inexperiencia del menor sancionándolo con la tacha de infamia y la imposición de una pena pecuniaria elevada. La ley también creó como medio de defensa la *exceptio legis Plaetoriae* para que el menor púber pudiera enervar la pretensión de la contraparte cuando fuera demandado, excepción que bajo el régimen de las *legis actiones*, sin duda se ejercía mediante una *sponcio*. Algún vestigio de ella queda en el pasaje de Paulo en Digesto en comentario a Plaucio libro III.

“[...] *Intercessionis quoque exceptio, [...] etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto; quodsi deceptus [...]*. (Dig 44, 1, 7, 1). [...] *También compete al fiador la excepción de afianzamiento, [...]*. *Lo mismo se dice también, si uno hubiese sido fiador contra el senadoconsulto por un hijo de familia o por un menor de veinticinco años que fue engañado [...]*”<sup>15</sup>.

No obstante el medio de protección creado por la *lex Plaetoriae* con el tiempo resultó insuficiente porque el negocio realizado era válido, y el menor no tenía medios procesales

<sup>13</sup> CICERON, M. T., *Sobre la Naturaleza de los Dioses*, Madrid 1998, p. 170.

<sup>14</sup> CICERON, M. T., *Sobre los deberes*, España 2014, p. 32.

<sup>15</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit, t. III, p. 478.



para obtener ni la anulación del acto ni el resarcimiento por los perjuicios económicos que el negocio le hubiera causado. Entonces el pretor y los emperadores crearon otras disposiciones excepcionales entre las que se incorporó la posibilidad de que el menor solicitara la restitución por entero (*restitutio in integrum*)

*2.Imp. Alexander A. Martianae.- Minoribus annis viginti quinque etiam in his, quae praesentibus tutoribus vel curatoribus in iudicio vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumventi sunt, placuit.*

*PP. III.Non. Mart. Maximo II. et Aeliano Conss [223]. (Cod. 2, 25 2).*

*2. El Emperador Alejandro, Augusto, a Marciana.- Plugo, que si fueron engañados, les quede a los menores de veinticinco años el beneficio de la restitución por entero, aún respecto de aquellos negocios que hubieren sido hechos en juicio o fuera de juicio estando presentes los tutores o los curadores.*

*Publicada a 3 de las Nonas de Marzo, bajo el segundo consulado de Máximo y el de Eliano. [223]<sup>16</sup>.*

Pero para que proceda la restitución por entero era necesario que el cocontratante hubiera obrado con dolo, que el acto concertado hubiera causado un real perjuicio al menor, que éste no tuviera otra vía para el resarcimiento por los perjuicios sufridos y que la reclamación fuera efectuada durante la minoridad o dentro del año de cumplidos los veinticinco años se establece en el Digesto. “3.- *Sciendum est autem, non passim minoribus su veniri, sed causa cognita, si capti esse proponantur. (Dig. 4, 4, 11, 3).* 3.- *Más ha de saberse, que no ha de auxiliarse en todos los casos a los menores sino con conocimiento de causa, si alegaren que habían sido perjudicados*”<sup>17</sup>.

Tal llegó a ser la protección otorgada al menor por este medio procesal que había mucha reticencia en celebrar negocios con menores. En procura de dar solución a este inconveniente se otorgó a los menores el derecho a solicitar la designación de un curador especial que los asistiera en la ejecución de un negocio para validar la realización del mismo.

*“Masculi púberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt, quia, licet puberes sint, adhuc tamen eius aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint. (Inst. 1, 23, pr)*

<sup>16</sup> Ivi, t. IV, p. 279.

<sup>17</sup> Ivi, t. I, p. 367.

*Los varones púberes y las hembras núbiles reciben curadores hasta el vigésimo quinto año cumplido, porque aunque sean púberos, son todavía, sin embargo, de una edad que no pueden mirar por sus intereses*<sup>18</sup>.

Una constitución del emperador Marco Aurelio añadió una reforma que si bien desnaturalizó el carácter de la curatela del púber, la convirtió en una institución estable con características similares a la tutela de los impúberes, con la que tendió a equiparársela en el período postclásico. Determinó que los menores pudieran optar por la designación de un curador permanente que los asistiera hasta cumplidos los veinticinco años, sin alegar una causa determinada<sup>19</sup> adquiriendo así la *cura minorum* el carácter de permanente y general. Cuando cayó en desuso la tutela de las mujeres, este régimen se aplicó también a ellas, o cuando la pupila contraía matrimonio.

*“7. Imp. Gordianus A. Dionysio.- Admone eam, quae quondam pupilla tua fuit, [...] sed etiam nupsisse proponas, ut sibi petat curatorem. Quodsi ea petere neglexerit, quo maturius possis rationes reddere administrationis, adito eo, cuius super ea re notio est, petere curatorem non vetaberis.*

*PP. VI. Id. Ianuar. Gordiano A. et Aviola Conss. [239].( Cod. 5,31,7)”.*

*“7. El Emperador Gordiano, Augusto, a Dionisio.- Advierte a la que fue tu pupila [...] sino que también se casó, que pida curador para sí. Pero si ella hubiere dejado de pedirlo, no se te prohibirá, a fin de que más pronto puedas rendir*

---

<sup>18</sup> Ivi, t. I, p. 24

<sup>19</sup> Un pasaje de Capitolino que no deja de ser inexacto alude a tres variedades de curatela (de los menores, de los pródigos y de los dementes) lo que hacía suponer que la *lex Plaetoriae* sólo daba curador a los menores. En virtud de esta innovación se encontró de hecho muy relacionada con la tutela de los impúberes, y quizás hubiera sido racional fundir las dos instituciones en una sola, dejando subsistente algunas diferencias entre los adultos y los impúberes, como las había en la tutela de los infantes menores y mayores. Pero no se hizo así y la legislación de Justiniano ha conservado para la institución de Marco Aurelio el nombre y el carácter de curatela. Según algunos textos podría creerse que todos los menores estaban sometidos a curatela, pero según otros, el menor sólo recibía curador en virtud de su demanda. Si dejaba de pedirlo en caso de que tuviera necesidad de él, las personas interesadas no tenían antiguamente medio alguno directo de obligarle a ello, pero Caracalla les permitió dirigirse a tal efecto al magistrado. En general el menor tenía capacidad para enajenar y obligarse, pero no podía estar en juicio o aceptar un pago. En virtud de tales excepciones, el menor al salir de la tutela, necesitaba un curador que debía continuar hasta la mayor edad del **adolescente**. Pero como generalmente era muy raro que durante la minoridad no hubiera tenido que realizar algún acto que requiera autorización, la institución era general para todos los menores. Podía no obstante haber menores sin curador que habían venido a ser *sui iuris* después de haber llegado a la edad de la pubertad; y estos tenían plena capacidad de obrar, mientras que los demás menores, pudiendo obligarse válidamente, no tenían la administración de los bienes sometidos a curatela, y eran especialmente incapaces de realizar actos de enajenación, aceptar una herencia, constituir una dote”. (Cf. MAINZ, C., *Curso de Derecho Romano*, tr. A.J. Pou y Ordinas. Molima, Barcelona 1892, tomo III, pp.199-200. El resaltado es nuestro).



*cuentas de tu administración, que, habiendo acudido al juez a quien compete el conocimiento de este asunto, pidas el curador. Publicada a 6 de los Idus de Enero, bajo el consulado de Gordiano, Augusto, y de Aviola [239]<sup>20</sup>.*

La obligatoriedad de solicitar la designación de curador se aplicó para todos los actos susceptibles de comprometer el patrimonio, o para intervenir en un proceso como actor o demandado: 2. “*Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem; curator enim et ad certm causam dari potest.*(Inst. 1, 23, 2). 2. *Del mismo modo, contra su voluntad no reciben curadores los adolescentes, salvo para pleito; pues el curador también puede ser dado para un negocio determinado*”<sup>21</sup>.

Pero conforme a las circunstancias parecía ventajoso no estar sujeto a la aplicación de las disposiciones legislativas referidas a los menores, por ello las constituciones imperiales permitieron desde Aureliano, a los varones mayores de veinte años y a las mujeres mayores de dieciocho, pedir al emperador la *venia aetatis* que los asimilaba a los mayores, salvo algunas restricciones relativas a la facultad de enajenar.

Finalmente la capacidad de obrar del menor púber fue asimilada a la del impúber y ya en época de Justiniano, la plena capacidad jurídica se alcanzaba a los veinticinco años.

El impúber *sui iuris* que llegaba a la pubertad - a los catorce años los varones y a los doce las mujeres- tenía plena capacidad para realizar válidamente negocios jurídicos. Tal reconocimiento de aptitud legal para obrar en la época antigua se fundaba en que Roma era una pequeña aldea agrícola, no había peligros en que el varón de catorce años concertara negocios jurídicos de escasa relevancia patrimonial. Con respecto a la mujer, llegada a la pubertad era colocada bajo otra tutela, especial y perpetua, la *tutela mulierum*, bajo la vigilancia de sus agnados. Decía Ulpiano con tanta concisión (*Mulier autem familiae suae et caput et finis est*). En el año 410 una disposición de Honorio y Teodosio, que acordaba el *ius liberorum* a todas las mujeres, la habría suprimido en forma definitiva.

<sup>20</sup> GARCÍA DEL CORRAL, I., op. cit. t. IV, p. 643.

<sup>21</sup> Ivi, t. I, p. 25.

#### 4. LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD EN MENORES DE EDAD EN EL DERECHO CIVIL ARGENTINO

La edad era una de las principales circunstancias que desde la antigüedad hasta el presente, ha determinado la capacidad de las personas para ser titular y para ejercer por sí los derechos, aunque los romanos no concibieron la capacidad ni distinguieron la capacidad jurídica y la de obrar como lo hizo la moderna doctrina jurídica.

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Argentina, dice en su artículo 1: *“Es niño todo ser humano menor de dieciocho años”*. Nuestro país al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño el 22 de octubre de 1990 mediante la ley 23849 en su artículo 2 declaró que el artículo 1 de dicha convención debía interpretarse en el sentido que se entiende por niño *“todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad”*, reserva plenamente válida y vigente conforme lo dispuesto en el artículo 51 de la misma Convención.

En Argentina el Código Civil de Vélez Sársfield establecía un sistema rígido en virtud del cual ubicó entre los incapaces absolutos de obrar a los menores impúberes (menores de catorce años) que carecían de aptitud legal para prestar consentimiento y sólo podía actuar a través de sus representantes legales. (arts 54 inc. 2, 57 inc. 2 y cdtes). La incapacidad de hecho relativa, comprendía la situación de los llamados menores adultos (mayores de catorce años), quienes podían ejercer determinados actos reconocidos por el ordenamiento (art. 55). Originariamente la minoridad llegaba hasta los veintidós años (art.128) que con la ley 17711 de reforma al Código de Vélez sancionada el 22 de abril de 1968, fue reducida a los veintiún años con la excepción permitida para celebrar contrato de trabajo a los dieciocho años (art. 128); la emancipación por habilitación de edad (art. 131) y la autorización para testar (art. 3614) también concedida a partir de los dieciocho años.

Los proyectos de reforma posteriores no introdujeron grandes modificaciones. Así el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987, vetado luego por el Poder Ejecutivo por decreto N° 2719 del año 1991, disponía en el art. 1625 inc. 3°, en términos generales, el deber de prestar el consentimiento, y la necesidad del consentimiento expreso del representante legal en el caso de menores.



Luego el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 fue el primero que introdujo referencia a las prácticas médicas. Establecía que si el paciente era incapaz de hecho o no estaba en condiciones de expresar su voluntad debía recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge, pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupara de él (art. 121). En términos similares se reguló el tema (arts. 112 a 114) entre los derechos de la personalidad en el proyecto de Código Civil de 1998 redactándose el art. 113 en idénticos términos que en el proyecto de 1993. Se introdujo la capacidad anticipada a los catorce años para determinados actos de la vida civil, algunos con autorización de los padres pero en ninguno de los cinco incisos, lo habilitó para consentir prácticas sobre el propio cuerpo (art.25).

También estuvo regulada la capacidad en algunas leyes especiales como la ley de sangre N° 22990 de 1983<sup>22</sup> que requiere tener edad entre dieciséis y sesenta y cinco años para poder ser donante, y los menores de dieciocho años deberán contar con la autorización de sus padres o representantes legales (art. 44 incs. a y b).

En 2009 se sancionó la ley N° 26529 sobre derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado, modificada por la 26742 en 2012. Fue la primera norma con alcance nacional que legisló sobre el “consentimiento informado” del paciente (capítulo III: arts. 5 a 11). Contempla en el marco de la autonomía de la voluntad (art.2-e) la intervención de los menores: “[...] *en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias y procedimientos médicos y biológicos que involucren su vida o su salud*”. También regula el consentimiento de menores a través de sus representantes legales (art.5)

La ley 27447 de trasplante de órganos, tejidos y células<sup>23</sup>, sancionada en 2018, con posterioridad a la puesta en vigencia del nuevo código civil, sólo permite la ablación de persona capaz mayor de dieciocho años que podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado o su cónyuge o conviviente (art. 22). Y en el supuesto de donación de células progenitoras hematopoyéticas cualquier persona capaz mayor de dieciocho años podrá disponer ser donante. Los menores

---

<sup>22</sup> Recuperado de [www.servicios.infoleg.gob.ar](http://www.servicios.infoleg.gob.ar) [Consulta: 27 de Septiembre de 2019]

<sup>23</sup> Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar> [Consulta: 26 de Septiembre de 2019]

de dieciocho años -previa autorización de su representante legal- podrán ser donantes (art. 26).

El código civil y comercial vigente desde 2015 siguiendo con la misma línea denomina menor de edad a la persona que no ha cumplido dieciocho años (art. 25). Eliminó la clásica división de púberes e impúberes, pero a la vez introdujo en el 2º párrafo de dicho artículo un nuevo rango etario, bajo la calificación de “adolescente” ubicándolo a partir de la edad de trece años y otorgándole capacidad de obrar plena para el ejercicio de algunos derechos sobre su persona.

El término “*adolescente*” proviene del latín *adulescens - ntis*, participio presente del verbo *adolescere* que significa ‘crecer, desarrollarse’. Por tanto, *adulescens* es ‘el que está creciendo’; el adolescente aún no ha concluido el desarrollo pleno de su capacidad; debe crecer en la madurez psicológica, en su capacidad de comunicación, en sus posibilidades de descubrir y de fortalecer la otredad, para la conquista de la armonía en la convivencia y en la comprensión del bien común. En español, la palabra *adolescente* apareció en la primera mitad del siglo XV.

El código regula en el capítulo sobre Capacidad (arts. 22 y 23) ambos tipos: jurídica y de obrar (a la que ahora la llama de ejercicio).

El menor de edad es y debería ser considerado un incapaz de hecho, criterio adoptado por todos los códigos con tradición jurídica común, fundado en su situación de vulnerabilidad y dependencia. En el comentario al art. 23 del Código se sostiene que se encuentra acorde con los postulados de la Convención de los Derechos del Niño.<sup>24</sup>

En el capítulo bajo el título “Personas incapaces de ejercicio”, el art. 24 las enumera y entre ellas menciona, en el inciso 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*” que incluye desde los arts. 25 a 30, por lo que se deben interpretar todos ellos en concordancia.

---

<sup>24</sup> “[...] *el principio de capacidad aparece a tono con los postulados de la CDN, que parte de la consideración de los niños como sujetos de derecho y de la necesidad de orientación por parte de los adultos responsables para el ejercicio de sus derechos, contorneando la dimensión o alcance de su autonomía progresiva en relación a los actos concretos a ejecutar por el niño (art. 5º CDN; art. 3º de la ley 26.061)*”. (Cf. Comentario Silvia Fernández al art. 23 en el Código Civil y Comercial de la Nación comentado t. I, 1ºed. CABA 2015, p. 58: Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica. Rescatado de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar)). El resaltado es nuestro.





El art. 26 expresa: “*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.*”; y el inciso b del art. 101 enumera a quienes se considera representantes legales. Dice: “*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 parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; [...]*”. Complementando el anterior, el art. 104 establece: “*La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental*”.

Siguiendo con el análisis del art. 26, el 2° párrafo reza: “[...] *la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada [...]*”. El principio general enunciado en el primer párrafo del art. 26 en consonancia con lo dispuesto en el 101 inc. b y en el 104 en cuanto al ejercicio de los derechos de los menores a través de sus representantes legales, devendría en contradictoria con la excepción introducida en el párrafo transcrito del art. 26 que los habilita a actuar sin la intervención de sus representantes legales.

Otra objeción al art. 26 encontramos en el problema interpretativo que generaría la expresión “madurez suficiente” para determinar los alcances de las facultades que el código le otorgó al menor adolescente. Se trata, a nuestro entender, de una locución ambigua, impropia de una norma jurídica, que debe velar por la mayor concisión posible y no dejar abierta la posibilidad a variadas interpretaciones. En el comentario al art. 24 del Código Civil y Comercial se justifica el uso de la expresión reconociendo la ambigüedad en el fondo de la argumentación.<sup>25</sup> Tal expresión no viene sino a introducir dilaciones, toda vez que

---

<sup>25</sup> “*El calificativo «suficiente» guarda relación con el acto de que se trata: así, la suficiencia puede existir para ejercer un acto y tal vez estar ausente en relación a otros [...]* El sistema presenta entonces un tinte más subjetivo, requiriendo la evaluación del caso concreto para determinar la aptitud. La referencia a la presencia de una cierta “*edad y madurez suficiente*” da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos — como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de “competencia”, que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y

siempre que estuviera en juego la actuación de un adolescente sería necesario evaluar el caso concreto para determinar su aptitud. El artículo no precisa quién tendrá a cargo la evaluación del caso, pero en definitiva es dable inferir que en caso de controversia será siempre el juez el que deba decidir.

También resultaría incongruente el inciso b del art. 24 que enumera a la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el principio general del art. 25 y el 26 sobre el modo que los menores ejercen los derechos, y lo hacen a través de sus representantes legales, generando discordancia respecto a los alcances de la capacidad de obrar para actuar sin la venia de sus representantes legales.

Continuando con el análisis del art. 26 la presunción introducida en el 4° párrafo tampoco viene a echar luz para la interpretación:

*“[...] Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, [...]. Si se trata de tratamientos invasivos [...], 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”.*

El artículo no precisa si la presunción admitirá o no prueba en contrario. En suma las imprecisiones de redacción señaladas tornarían, cada vez mayor cantidad de cuestiones, pasibles de judicialización.

El código cuando reglamenta los actos jurídicos en el libro 1° título IV dice en el art. 261: *“Es involuntario por falta de discernimiento: [...] b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años [...]”*, principio inspirado en la jurisprudencia romana por la subdivisión introducida entre *infanti proximus* y *pubertati proximus*. El mismo artículo en el inciso c estatuye: c) *“[...] el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales [...]”*. Las excepciones serían, a nuestro entender, justamente las disposiciones de los arts. 26 y 101 inc. b en el sentido de que la persona menor de edad no emancipada ejerce sus derechos a través de sus representantes legales que son en primer término, sus padres.

---

finalmente decidir en relación al acto concreto en juego” (Cf. Comentario Silvia Fernández al art. 24 en op. cit., p. 62).



En cuento a la emancipación obtenida por la celebración del matrimonio antes de los dieciocho años el código le otorga plena capacidad jurídica con algunas limitaciones (art. 27) tales como aprobar la cuenta de los tutores, donar bienes recibidos a título gratuito, afianzar obligaciones, las que no puede llevarlas a cabo ni con autorización judicial (art. 28). Pero para prácticas sobre el propio cuerpo, relacionadas con la integridad física, la salud, la vida del menor, el código habilita a autorizarlas a los trece años sin la representación de sus progenitores (art. 26). Paradójicamente ahora el código brinda mayor protección al patrimonio que al propio cuerpo de la persona menor de edad.

Por otra parte el art. 31 establece que “*La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: [...] b) las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona [...]*”. Lo que nos merece la objeción siguiente: que el menor de trece años pueda actuar en prácticas sobre su propio cuerpo sin la intervención de sus progenitores no es una restricción sino una amplitud de facultades.

Cuando se trata de actos del menor de edad sobre el propio cuerpo la regla que se debería impone a nuestro criterio, es no apartarlos de la autoridad paterna ya que no está en condiciones de consentir por sí mismo; sin perjuicio de que deba requerírsele el consentimiento informado de acuerdo a su edad y a sus posibilidades de comprensión, pero sin prescindir del consentimiento de sus progenitores. De igual modo no se encuentra en condiciones de meritar si hubo o no menoscabo a su dignidad al prestar consentimiento para prácticas sobre su propio cuerpo. Y por ello el art. 52 lo habilita a reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, si no ha contado con la guía y el acompañamiento de sus padres.

## 5. EL CONSENTIMIENTO DE MENORES DE EDAD PARA INVESTIGACIONES MÉDICAS

Como puntualizáramos anteriormente el proyecto de Código Civil del Poder Ejecutivo de 1993 fue el primero que introdujo referencias a las prácticas médicas, y para el caso del menor establecía que debía recabarse el consentimiento de su representante legal.

Hasta agosto de 2015 no existía en el código civil argentino, norma expresa que exigiera el requisito del “*consentimiento informado*” ni del “*consentimiento*” en el área de

la práctica médica. No obstante, a aquellas relaciones se aplicaban las normas generales para los hechos y actos jurídicos. A partir del 1 de agosto de 2015 rige un nuevo Código Civil y Comercial que incorporó algunas normas regulatorias de los derechos de la persona sobre su propio cuerpo. En dicho digesto se mantuvo en términos generales la regulación que tenía el código civil de Vélez Sarsfield en el artículo 897 para la ejecución del acto voluntario. El art. 260 del código vigente expresa, en términos semejantes, que se reputan actos voluntarios los otorgados con discernimiento, intención y libertad. El consentimiento brindado por el sujeto para que sea válido, requiere una toma de decisión con voluntariedad y entendimiento.

El art. 262 indica que la manifestación de la voluntad puede exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos, o a través de un hecho material. Pero para el caso específico de las prácticas sobre el propio cuerpo deben ser formalizadas por escrito conforme lo exige el art. 58 inc. f.

En el análisis del consentimiento del menor para prácticas sobre su propio cuerpo, el código ha introducido algunos artículos de contenido bioético, aunque mantuvo su apego al término “capacidad” en un campo específico que no es el de la capacidad jurídica para celebrar un contrato por ejemplo; sino el de la competencia<sup>26</sup>, que es un término que desde mediados del siglo pasado viene incorporándose a la doctrina nacional en el campo de las prácticas médicas.

En relación a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, el código con buen criterio establece que: “[...] *Están prohibidos los actos de disposición que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona [...]*” (art. 56).

Una de las normas inherentes a las investigaciones en seres humanos es el art. 58 referido a aquellas cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente. Éste instituye que sólo pueden ser realizadas si se cumplen una serie de requisitos entre los que se

---

<sup>26</sup> “Competencia e incompetencia en sentido bioético, no son sinónimos de capacidad e incapacidad en sentido jurídico. El criterio para considerar a un sujeto competente o incompetente debe estar regido en primer lugar por la autonomía individual y en segundo lugar por la razonabilidad de la decisión. La capacidad está referida a la cuestión de la decisión para un tratamiento médico y no la capacidad para los demás actos de la vida civil”. (Cf. HIGHTON, E., y WIERZBA, S., *La relación médico-paciente, el consentimiento informado*, Buenos Aires 1991, pp. 88-89).



encuentra el consentimiento informado que conforme el inciso f debe ser: previo, libre, escrito, informado, específico de la persona que participa en la investigación y revocable.

Si bien reflejó un avance la inclusión de pautas referidas a las investigaciones con seres humanos (arts. 58 y 59) en un código de fondo, las mismas resultan insuficientes ya que el art. 58 no distingue entre la práctica médica y la investigación; y en ésta si es terapéutica o asistencial y tampoco respecto a la experimentación biomédica cuando se realiza con pacientes en estado terminal o con sujetos voluntarios sanos.

La redacción del art. 59 también es general, cuando en realidad se trata de prácticas que difieren en mucho unas de otras. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones reza el citado artículo:

*“[...] la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada [...] Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, [...]. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”.*

La fundamentación del código al libro IV Parte General, título I Persona humana, capítulo 3 Derechos y actos personalísimos, alude a la bioética revalorizando el principio bioético básico de la autonomía de la voluntad exteriorizada en el consentimiento libremente revocable; pero se aparta de la bioética cuando habilita al adolescente a prestar consentimiento para prácticas sobre su propio cuerpo sin la intervención de sus progenitores y aún en contra de la voluntad de éstos, desconociendo que para la bioética, los menores de edad revisten el carácter de sujetos vulnerables.

El código, que ha tomado como referencia en muchos aspectos del articulado, la *Children Act* de 1989, antecedente que es silenciado en la fundamentación del mismo, ha plasmado tanto continuidad de encuadres como también divergencias. Tal es la regla que declara competente para tomar decisiones sobre su propio cuerpo al niño que alcanzó los

dieciséis años. Si no alcanzó esa edad se debe analizar si es *Gillick competent*<sup>27</sup> dice aquel instrumento. Esa regla no es suficiente, sino que se deben tener en cuenta otros aspectos. El consentimiento del paciente menor no excluye el paterno. El médico necesita los dos consentimientos: el del paciente menor y el de los padres.<sup>28</sup> No obstante si el paciente menor rechaza el tratamiento, la autorización puede ser dada por los representantes legales.

El derecho del menor a consultar al médico sin la presencia del adulto sigue siendo objeto de discusión en el ámbito médico. Sin embargo hay un cierto consenso en admitir que los menores que alcanzaron los catorce años – en sintonía con lo que establecieron las leyes romanas- son competentes para hacer consultas a los médicos, revalorizando su personalidad; no obstante el profesional médico no puede indicar una terapia sin el acuerdo de la autoridad paterna. En suma el código se aparta de todos sus antecedentes en cuanto al límite de edad para consentir sin la intervención de los representantes legales, los padres.

La medicina que cada vez está más influenciada por el progreso tecnológico depende en gran medida de la experimentación en sujetos sanos, pero siempre conciliándola con los imperativos éticos y de utilidad. La prohibición total sobre tales sujetos estancaría el progreso científico en desmedro de toda la comunidad humana. Pero para llevarla adelante en resguardo de los menores sujetos de investigación, se debe exigir determinados requerimientos tales como el valor científico de la experimentación, evaluado por un comité de bioética, la obtención del consentimiento informado expresado con libertad y el análisis de la relación riesgo-beneficio.

La cuestión que sigue siendo objeto de debate es, si no obstante el cumplimiento de requerimientos básicos para realizar tales prácticas, debe aceptarse la experimentación en sujetos sanos menores de edad, que no tienen competencia real para consentir. El consentimiento por otro o consentimiento por representación o consentimiento sustituido no

---

<sup>27</sup> “Un menor es *Gillick competent* si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender, e inteligencia para expresar su voluntad, respecto al tratamiento propuesto. Si no es *Gillick competent* o no alcanzó la edad de dieciséis años el consentimiento debe ser dado por quien tenga « responsabilidades paternas »”. Se considera que tiene responsabilidades paternas quien tiene los derechos, deberes, poderes o autoridad que la ley da al padre sobre los bienes de los hijos. COMPULSAR PLOMER, A., *Parental consent and children’s medical treatment*, en *Family Law* 26 (1996), p. 739” (Cf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., «El derecho del niño a su propio cuerpo», en *Bioética y Derecho*, BERGEL, Salvador y MINYERSKY, Nelly coordinadores, Santa Fe 2003, pp. 117-118).

<sup>28</sup> DOWNIE, A., «The doctor and the teenager. Questions of consent», en *Family Law* 27 (1997), p. 499.



puede ser dado por el representante<sup>29</sup>, pues el mandatario debe actuar siempre en beneficio del menor<sup>30</sup> (hasta que cumpla los dieciocho años) beneficio del que se carece de certeza en las investigaciones médicas. Adviértase que los grandes abusos en materia de investigación se han cometido siempre contra personas incapaces de consentir (menores, dementes, prisioneros, etc.) De lo que se trata no es negarles a estos incapaces lo que se les otorga a los capaces, sino de ponerlos a salvo de prácticas que han sido generalmente abusivas. Es la idea central que se adoptara desde el Código de Nuremberg<sup>31</sup> de 1947 en cuanto a que el consentimiento voluntario del ser humano es absolutamente esencial, por lo que la persona involucrada debe tener plena capacidad legal para dar el consentimiento.

## 6. CONCLUSIÓN

En este breve análisis abordamos el tratamiento de la capacidad de los menores partiendo en las fuentes romanas, desde la época arcaica hasta la *lex Plaetoriae de circumscriptione adolescentium*, para proyectarla luego a la capacidad como atributo de la personalidad en el derecho civil argentino, no obstante que, el paralelismo es sólo a los efectos de identificar continuidad de encuadres como también divergencias. Ello así porque

<sup>29</sup>“ El art. 58 inc. f) exige contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico —no se admite entonces, el consentimiento por representación— de la persona que participa en la investigación, [...]. A su vez, la revocabilidad del consentimiento refuerza los derechos de los sujetos intervinientes, al autorizarlos a retirarse de la investigación en cualquier momento del ensayo”. (Cf. Comentario Eleonora Lamm al art. 58 en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 1ªed. CABA 2015 p. 143: Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica. Rescatado de [www.saij.gob.ar](http://www.saij.gob.ar))

<sup>30</sup> “El C.C. y C. regula expresamente el consentimiento por representación. Tanto la ley 26.529 y el decreto 1089/1212, como el C. C. y C. precisan en qué supuestos es posible sustituir la decisión del paciente. [...]. Según el decreto 1089/2012 tienen que ser sustituidos: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad. Respecto a las personas menores de edad, se aplica el art. 26 C.C. y C. como regla, para los niños, prestarán consentimiento los padres o tutores, excepto que sean los actos para los cuales consideramos que tienen autonomía, conforme el principio de capacidad o autonomía progresiva. (Cf. Comentario Eleonora Lamm op. cit. pp. 146-147).

<sup>31</sup> Al respecto ESTRADA, S. «La presencia de los preceptos de Ulpiano en el código de Nüremberg», en *Revista General de Derecho Romano, RGDR 1-21, Iustel*, España (2013), pp. 1-21.



los romanos no elaboraron una noción de capacidad ni distinguieron la capacidad jurídica y la de obrar, como lo trató la moderna doctrina, y por ende hay una profunda diferencia entre nuestros conceptos y los de los romanos, reflejados en el derecho. Pero la manera en que en el período clásico y justiniano se regularon los actos jurídicos en razón de la edad, alguno de los cuales están presentes en las líneas de los pasajes citados, implicó similar regulación respecto a la capacidad, que la contenida en los ordenamientos modernos.

En Roma siguiendo la marcha de la propia naturaleza biológica, se había establecido una escala de edades y se había escalonado la capacidad y los medios de protección por grados sucesivos.

Como podemos ver, la regulación jurídica de la capacidad recoge el fruto de la elaboración de muchos siglos a lo largo del camino que conduce a la superación de exclusiones y al reconocimiento de nuevos derechos. Por mencionar los más relevantes; se ha dejado atrás la institución de la esclavitud, la falta de derechos de la mujer, la negación de los derechos del extranjero.

En la regulación del actual código civil y comercial si bien se ha dado mayor relevancia a los derechos personalísimos, se ha exacerbado la autonomía de la voluntad del menor al punto tal de prescindir de la representación de los padres en prácticas relativas al propio cuerpo del niño. El tan declamado interés superior del niño se convirtió en mera expresión, pues lejos de poner al menor a salvo de prácticas que pueden resultar abusivas, se lo expuso, reduciendo la edad para consentir a un límite que no tiene antecedentes ni en las fuentes romanas, ni en el derecho comparado, ni en ninguna ley anterior, ni aún en la posterior ley de donación de órganos. En nuestra opinión, hay en éste claras desarmonías sistemáticas desde el punto de vista funcional, que llevaron a los redactores a creer que a netas diferencias estructurales podían corresponder armonías funcionales.

Los romanos si bien pusieron el acento en la carrera política, en el valor guerrero o en el culto doméstico para su desempeño a partir de la pubertad, también regularon su ejercicio en el ámbito de los derechos patrimoniales. No obstante que en los comienzos hicieron depender la pubertad del desarrollo físico de cada individuo, siendo este parámetro poco preciso e individual, la jurisprudencia intentó fijar aquella época de una manera más exacta. Su visión los llevó a advertir que la inexperiencia y falta de firmeza para los negocios



patrimoniales en el menor de catorce años traía consigo muchos inconvenientes y un rechazo generalizado a contratar con ellos. La evolución recoge el fruto de una larga elaboración iniciada con la *lex Plaetoriae* que culminó con la instauración obligatoria de la figura de la curatela del menor púber dándole protección hasta los veinticinco años, en que se fijó la edad para alcanzar la plena aptitud jurídica, lo que ya en tiempos de Justiniano estaba fuera de toda controversia.

Hoy aunque en escenarios y con actores diferentes, aquella evolución que culminó sabiamente, conserva vigencia respecto de los menores como sujetos de derecho por la necesaria orientación y resguardo por parte de los adultos, que requieren para el ejercicio responsable de sus derechos.