

ENSAYO PARA PENSAR UNA RELACIÓN COMPLEJA: SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPACIDAD CIVIL Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

MARISA HERRERA*

*“La realidad es demasiado rica y sus contornos demasiado complejos
para que una sola lámpara los pueda iluminar por completo”
Ilya Prigogine***

I. La tensión entre el “ser” y el “deber ser” a modo de introducción

Como punto de partida y también de llegada en toda construcción teórico-normativa que involucra derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es imperativo tener como guía, eje o cimientos los sendos instrumentos internacionales de derechos humanos que, de manera directa o indirecta, se ocupan y preocupan por regular la condición jurídica de la infancia y adolescencia.

De manera particular, esta actitud presenta una mayor presión en aquellos países donde estas herramientas normativas cuentan con un fuerte valor jurídico en razón de su jerarquía constitucional, tal como acontece en la Argentina tras la última reforma del año 1994, que le otorga supremacía a la Convención sobre los Derechos del Niño¹ en el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna. Más aún, la doctrina constitucional contemporánea entiende que la tradicional pirámide jurídica de Kelsen, en cuyo vértice se aloja la Constitución, comparte el “trono normativo” con otras herramientas legales bajo el concepto de un “bloque de la constitucionalidad federal”,² convirtiendo a dicha figura geométrica en un trapecio y,

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo, Argentina. Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Consultora de UNICEF Oficina de Argentina.

** Citado por BENENTE, M., “La rebelión de los paréntesis. Lo que ha quedado fuera del caso Boggiano”, *Lecciones y Ensayos*, Nº 84, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, p. 253. Ilya Prigogine es físico y químico de origen ruso, premio Nobel de Química en el año 1977.

¹ CDN o la Convención, indistintamente.

² Sobre este punto puede consultarse, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I-A, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2000; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional* n° 4, Ediar, Buenos Aires, 2001 y MANLI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

por ende, no sólo prima en el orden jurídico interno la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que aquella jerarquiza —sea de manera originaria o derivada—, sino también las opiniones consultivas y sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo tanto, y a los fines de evitar caer en argumentos falaces, si se comienza cualquier tipo de análisis de carácter normativo que involucre derechos humanos por las normas infraconstitucionales, cabe reiterar y así reforzar aquellas voces irrefutables que indican que todo estudio en materia de infancia y adolescencia debe, de manera inexorable, tomar como fundamento las disposiciones —incluso los silencios— que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos especiales, básicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ y las todavía escasas sentencias emanadas de este órgano judicial regional en materia de derecho civil, so pena de incurrir el Estado Argentino en responsabilidad internacional tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias oportunidades.⁴ Incluso, se debe apelar a los instrumentos que integran el llamado “soft law”⁵ que permiten complementar y profundizar la regulación de mayor valor normativo. En este sentido, caben destacar las Observaciones Generales de las Naciones Unidas o las observaciones particulares (a cada Estado signatario de la CDN) por un organismo

³ Cabe destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de resalto en la misma Opinión Consultiva 17 que “El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. En ese sentido, la Comisión reconoce que la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otros instrumentos internacionales, constituyen un corpus iuris internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 19, de la misma Convención”, agregando: “Asimismo, aquellos instrumentos —entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”— desarrollan la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”, siendo éste uno de los tantos canales de “ampliación” del “corpus iuris” en materia de derechos de niños y adolescentes. Para profundizar sobre este documento regional recomiendo el trabajo de Mary Beloff sobre “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” en BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 79 y ss.

⁴ Por citar algunos precedentes “paradigmáticos”, en fecha 07/07/1992 el Máximo Tribunal del país en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” señaló que “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento” y “Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno” (CSJN, 07/07/1992, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros., LL, 1992-C, 543, considerandos N°s 16, 17 y 18). Agregándose en el también reconocido caso “Girolidi” del 07/04/1995 que “la jerarquía constitucional de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22, par. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (...)” (CSJN, 07/04/1995, Girolidi, Horacio D. y otro, LL, 1995-D, 462, considerando 11°).

⁵ La comunidad internacional concreta su voluntad en documentos no convencionales como ser reglas mínimas, principios básicos, directrices, recomendaciones o códigos de conducta que, sin generar por sí solos responsabilidad internacional para el Estado en caso de incumplimiento, interpretan tratados o explicitan el contenido de los derechos protegidos en instrumentos internacionales, plasmando principios internacionales de derechos humanos, los cuales bajo ciertas circunstancias se transforman en derecho consuetudinario y, por lo tanto, en derecho vigente. Como es sabido, en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes son varios los instrumentos de este tenor como ser, entre otros, las “Reglas de Beijing”, las Directrices de RIAD, como así también las Observaciones Generales de Naciones Unidas y las Observaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 42 y siguientes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos estos documentos han ocupado un lugar de relevancia al momento de dirimir conflictos relacionados con este grupo etéreo, tal como surge de la doctrina jurisprudencial desarrollada en los últimos años (conf. MORLACETTI, A., “Derecho internacional de los Derechos Humanos y mecanismos para su protección”, documento/material bibliográfico del Ciclo de Capacitación Regional de Actualización Normativa y Jurisprudencial sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia para operadores del sistema de justicia en el marco del convenio firmado entre el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y UNICEF, realizado durante el segundo cuatrimestre del 2008).

internacional “de vigilancia” como el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con la manda establecida en su art. 44.⁶

En este contexto normativo tan abrumador como contundente, la doctrina internacional de los derechos humanos se muestra como un excelente “punto de inflexión” para impulsar y auspiciar una perspectiva crítica sobre las soluciones o respuestas normativas que brindan los ordenamientos jurídicos nacionales al regular las distintas materias relativas a la infancia y adolescencia.

En esta oportunidad, tenemos por objeto focalizar en un entrecruzamiento vital y postergado en la amplia mayoría de las legislaciones del globo, nos referimos al régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal desde el crisol del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes por imperativo supralegal (la CDN) e infraconstitucional (la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).⁷

Retomando la idea de responsabilidad internacional del Estado aludida, es interesante advertir cómo esta cuestión se encontraría más comprometida en el tema en estudio, recayendo el peso del incumplimiento de manera clara en uno de los tres poderes estatales: el Poder Legislativo, dada su esencial misión de acortar la brecha existente entre normativas de diferente jerarquía siendo, precisamente, las de rango infraconstitucional las más hábiles y contundentes para introducir cambios en las prácticas legales y sociales en la materia que se trate.

Nos explicamos. Hay conflictos donde su resolución depende de varios factores como, por ejemplo, y sin salirse de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el tema de la satisfacción o restitución de derechos sociales vulnerados, el rol de las políticas públicas de infancia y el reiterado fortalecimiento familiar al que alude en varias ocasiones la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Aquí, no sólo es difícil medir el grado de cumplimiento de este tipo de obligaciones estatales asumidas, sino también las habilidades y razonabilidad del diseño e implementación de estas acciones positivas que involucren en distinto grado a los tres poderes estatales. En

⁶ En un precedente más reciente, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 02/12/2008, donde se cuestionó en el marco de un proceso de hábeas corpus colectivo la privación de la libertad de personas menores de 16 años por cometer delitos en el ámbito de la Justicia Nacional de Menores de la Capital Federal, y se colocó en debate la constitucionalidad del régimen penal de la minoridad prevista en la Ley 22.278 que permite la disposición tutelar de dichas personas menores de edad no punibles, el magistrado Petracchi en su voto puso de resalto lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño a la Argentina en su última observación de octubre del año 2002, como ser que “el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6-2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56). Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, inter alia, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c)” (considerando 6°).

⁷ Sancionada en fecha 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005, la cual se encuentra complementada con los decretos reglamentarios 415/2006 y 416/2006, constituyéndose en el primer núcleo normativo a nivel nacional dedicado a fijar los principios básicos para la defensa, protección y satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Argentina.

cambio, habría ciertas “tareas pendientes” en materia de efectivización de los derechos de niños y adolescentes, que comprometen en mayor medida a uno de los tres poderes del Estado (en este caso el Poder Legislativo) donde las soluciones normativas para su cumplimiento serían más palpables o, al menos, presentarían ciertos matices no tan complejos y, por ende, el incumplimiento se tornaría más elocuente. Entendemos que dentro de este último ámbito estaría el tema que nos convoca en esta oportunidad: conocer el grado de situación, tensión y compromiso en el que se halla el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes a la luz de la obligada doctrina internacional de los derechos humanos. De este modo, esta mayor sensibilidad ante la posible responsabilidad estatal en el plano internacional sería uno de los tantos argumentos de “presión” para resaltar la importancia y urgencia de la mirada crítica y reformista de tinte legal que se propone en este ensayo.

Este intento por evitar un claro supuesto de responsabilidad estatal internacional centrada en la necesidad de un cambio legislativo en el sistema jurídico de la capacidad civil y sus efectos concretos en la satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como la libertad, la autonomía y la participación, entre otros, se funda en el recordado y reiterado art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 relativo a *“El derecho interno y la observancia de los tratados”* donde se asevera en su primera parte que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. En todo caso, uno debería preguntarse sobre el grado de responsabilidad o, en otras palabras, entre qué parámetros o en qué términos debería encontrarse una regulación actualizada en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes que responda al principio de autonomía progresiva para evitar caer en un supuesto de responsabilidad internacional.

En este sentido, el debate o nudo problemático giraría en torno a cuáles serían los principios y conceptos de mínima y máxima que podrían formar parte de un nuevo marco normativo. Estos serán los pilares que sostienen e impulsan el presente ensayo.

Para este fin, no sólo se llevará adelante un sano ejercicio de “compatibilidad” entre las normas del Código Civil argentino actual con el reiterado principio de autonomía progresiva, sino se intentará ir más allá al proponer algunas líneas reguladoras hábiles para repensar los conceptos clásicos de “capacidad civil” y “representación legal” desde este principio típico o propio de la doctrina internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Se trata de “observar la ley” desde una posición normativista, sin por ello dejar de tener en cuenta en todo momento la dimensión ideológica que está detrás. Como se ha expresado: *“Una primera observación, bastante obvia, es que las normas son manifestaciones ideológicas en el sentido de que encarnan justamente modos de concebir y valorar las áreas de la realidad social que, se supone, aquéllas están destinadas a regular. En un sentido bastante amplio, en todo conjunto normativo que supere un cierto umbral significativo pueden ‘leerse’ marcas de una determinada concepción política, social,*

económica, etc”, agregándose que “*La explicitación del contenido o de la orientación ideológica de un conjunto normativo está directamente relacionada con el análisis de los principios que lo informan*”.⁸ Por lo cual, partir del derecho internacional de los derechos humanos no ha sido una decisión casual.

Por otra parte, y tomando las palabras que esgrimió en alguna oportunidad Mary Beloff cuando se pregunta: “*¿Ha servido la CDN para desarrollar acción política deseable en términos de ampliación de la ciudadanía de niños y niñas argentinos?*”, respondiendo que “*de forma liminar y precisamente por esa confianza (¿ingenua?) en la fuerza normativa, para producir efectos concretos en el mundo real*”,⁹ podríamos preguntarnos entonces si en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes también la confianza en una modificación legislativa sería ingenua y si, por el contrario, en este campo temático más estricto, una propuesta de cambio normativo tendría consecuencias más precisas y tangibles en el mundo real. De ser así, valdría doble el esfuerzo para alcanzar una reforma legal.

¿Será posible en el ámbito temático en análisis salir de esta “confianza ingenua” en la ley? ¿Es el ámbito del derecho civil clásico, donde se aloja el régimen jurídico de la capacidad civil, uno de los más propensos para salir de esta cierta y franca disyuntiva a la cual alude Beloff? He aquí un primer interrogante sin una respuesta concreta en lo inmediato, ya que ésta sólo se podrá lograr mediante una seria y compleja reforma legal.¹⁰

Tal como lo ha expresado de manera precisa el reconocido filósofo, sociólogo y psicoanalista esloveno Slavoj Žižek en su obra sobre “Visión de Paralaje”, al definir, precisamente, el concepto de paralaje como “*El desplazamiento de un objeto (su deslizamiento de posición sobre un contexto) causado por un cambio en la posición de observación que brinda una nueva línea de visión*”, no se duda que la doctrina internacional de los derechos humanos nos ha colocado en otro lugar desde dónde observar, cómo observar y qué observar, implicando una “nueva forma de visión”. En este marco centrado en la idea de movimiento, se intentará profundizar acerca de qué es una “nueva visión” sobre la capacidad civil de niños, niñas y adolescentes; cuestión que además, y desde una perspectiva integral como la que impone la CDN, tiene sus repercusiones directas en otras áreas del mismo campo del saber como el derecho procesal.¹¹ ¿Acaso un ordenamiento que pretenda ser coherente

⁸ COURTS, C., “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho” en COURTS, C. (compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la Investigación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 355 y 356.

⁹ Beloff, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño” en Kemelmajer de Carlucci, A. (directora) y Herrera, M. (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman*, tomo II, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santa Fe, 2009, p. 132.

¹⁰ A su vez, esta creencia reformista nos llevaría a otra disyuntiva. Si es necesaria una reforma integral de la legislación civil de fondo o si sería viable introducir propuestas parciales a determinados títulos, capítulos y articulados. En la actualidad, nadie duda sobre la necesidad y urgencia de una modificación general e integral del Código Civil, pero ello no obsta a que sería un avance concreto lograr algunas modificaciones particulares. Algo al respecto se podrá vislumbrar cuando se aborde más adelante la cuestión de la mayoría de edad en el derecho argentino.

¹¹ Esta cuestión relativa al impacto del principio de autonomía progresiva en el derecho procesal civil, debería ser analizada —entre otras tantas normativas— a la luz de las diferentes disposiciones al respecto que reciben las llamadas “100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales ha adherido la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada Nº 5/2009 del 24/02/2009 y que se encuentran en <http://www.csjn.gov.ar/documentos/verdoc.jsp> Visitada en fecha: 18/06/2009.

y armónico no debería interesarse por la interacción entre el derecho civil y el derecho procesal civil? De este modo, la “nueva visión” que propone el principio de autonomía progresiva genera, indefectiblemente, un “efecto dominó”, lo cual no sólo muestra las diferentes fuerzas que están comprometidas, sino también la seriedad y rigurosidad a la cual debería someterse la normativa civil.

Los retos se enfrentan, no se eluden; máxime cuando están en juego derechos humanos de niños y adolescentes. Esta es la idea que motoriza este trabajo.

II. El principio de autonomía progresiva en la normativa internacional. Un principio fundante para la reconceptualización del régimen jurídico de la capacidad civil de niños, niñas y adolescentes

El principio de capacidad o autonomía de niños, niñas y adolescentes¹² cuenta con un reconocimiento expreso por parte de la comunidad normativa internacional.¹³ Como era de presumir, la herramienta jurídica que la recepta e intenta —en la medida de sus posibilidades— de lograr una regulación mínima o marco, es la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo de carácter internacional especial que más adhesiones y en el menor tiempo ha logrado. Es interesante destacar cómo una gran cantidad de países —la mayoría del globo—, con culturas e idiosincrasias tan diferentes, se comprometieron a nivel internacional en respetar y efectivizar los derechos de niños y adolescentes reconocidos en esta herramienta jurídica consustanciada con una parte o grupo etario de la sociedad: la infancia y la adolescencia.

De manera harto sintética, se ha sostenido que “*La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia*”;¹⁴ que “*es una etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos*”;¹⁵ que “*se ha constituido en un poderoso instrumento para reformar las políticas públicas y jurídicas destinadas a mejorar la situación de la infancia y la adolescencia en*

¹² Sería interesante en otra oportunidad entrelazar el vasto desarrollo teórico habido en torno a la idea de autonomía personal y sistema democrático y su impacto en el campo de los derechos de infancia y adolescencia. Para este básico estudio, se recomienda compulsar la obra *El imperio de la ley. Una visión actual* de Francisco L. Laporta, donde se explica el imperio de la ley tomándose como punto de partida la idea de autonomía personal.

¹³ Para un mayor desarrollo del tema compulsar GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs. As., 2006, t. I, p. 520 y ss.

¹⁴ CILLERO BRUÑO, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, p. 126. Y se agrega: “*Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites a la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de su derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general a adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos*” (p. 127).

¹⁵ BARATTA, A., “Democracia y Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, p. 17.

América Latina”,¹⁶ que esta normativa “*implica en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y —muy especialmente— cultural*”,¹⁷ que se deja atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y así, “objeto” de protección y representación/sustitución por parte de los adultos —familia y Estado—, que focalizan en los aspectos negativos, en las ideas de carencias o lo que les falta para ser adultos, para ser considerados en su especificidad, según sus atributos, centrándose en el desarrollo gradual y la idea de “ciudadanía”¹⁸ que tanto el Estado, la sociedad como la familia deben respetar, entendiéndose así a la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.¹⁹ Afirmaciones, todas ellas, que no obstaculizan la mirada más realista y en perspectiva centrada en ciertas paradojas que ha traído consigo esta herramienta legal de carácter internacional signada por un “*bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y —eventualmente— simbólico*”.²⁰

Uno de los ejes o pilares que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha significado una gran “subversión” para alcanzar una concepción jurídica de la infancia contemporánea y acorde con la realidad social actual, es el que se refiere a la idea de los niños como sujetos de derechos y, en consonancia con ello, regular y profundizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a participar con diferentes intensidades en distintos ámbitos, en total consonancia con el modelo estatal que bien lo ha sintetizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un precedente del 20/09/2005 donde se coloca de resalto que “(*...*) desde 1853 (*...*) nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado Constitucional de Derecho”,²¹ lo cual implica, de manera harto sintética, un Estado fundado en las ideas de pluralismo, tolerancia y participación.²²

La CDN en sus primeros párrafos, es decir, desde su Preámbulo, impone como obligación general “*que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad*”.

¹⁶ CALLERO BRUÑOL, M., “Los derechos del niño: de la Proclamación a la protección efectiva”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires, 2001, p. 49.

¹⁷ BELOFF, M., “Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular” en BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, ob. cit. p. 4. Una versión anterior ha sido publicada en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, p. 8 y ss.

¹⁸ Siguiendo a Alessandro Baratta quien dentro de la interacción entre infancia y democracia, coloca en un lugar de relevancia a la triada conformada por libertad, participación y representación (BARATTA, A., “Infancia y Democracia” en GARCÍA MENDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogotá, 1998, p. 31 y ss.

¹⁹ CALLERO BRUÑOL, M., “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, D’ ANTONIO, D. H. (director), Delta Editora, Paraná, 1999, p. 24.

²⁰ BELOFF, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina”, ob. cit.

²¹ Considerando 14 del voto de los magistrados Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti (CSJN, 20/09/2005, “Casal, Matías E. y otro”, LL, 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello y González Campaña, Germán, “Reformulación de la casación penal”).

²² Conf. GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMA, M. V y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, tomo I, ob. cit. p. 28.

Ya en su texto, y coherente con el nudo central que propone la Convención y en sí, la doctrina internacional de los derechos humanos de revalorizar la persona —en este caso los niños y adolescentes, mediante el reconocimiento de ser sujetos de derechos con inquietudes y problemáticas propias—, recepta en varias de sus disposiciones la importancia de reconocer el desarrollo, evolución y progresividad de su madurez y, consigo, la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan los niños y adolescentes.

En primer lugar, cabe mencionar el art. 5 al disponer 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”*. Si bien este articulado se centra en la importancia de la familia en la crianza y cuidado de los hijos, focalizándose en el concepto de “responsabilidad” y no el de “autoridad” o “potestad” como se sigue utilizando en varias normativas civiles de fondo,²³ también se establece un límite a esta “responsabilidad familiar”, al remarcarse que ella lo será *“en consonancia con la evaluación de las facultades”* de los hijos. Esta manda supralegal implica, desde el vamos, dos consideraciones u obligaciones a ser cumplidas: 1) que los deberes —funciones de los padres u otros adultos responsables de los niños— no son —como todos los derechos— absolutos, y que el límite está fijado en la mayor autonomía de los segundos y 2) que si bien este articulado está destinado, en primer lugar, al núcleo familiar o primario de referencia de los niños, no es el único, sino que se debe extender a todo adulto en sentido amplio, es decir, al Estado (Estado-Juez; Estado-Legislator y Estado-Administrador); en otras palabras, que es un límite a la “tiranía de la familia” pero también a la “tiranía del Estado”.²⁴ En la misma sintonía, el art. 18 de la Convención en su primer apartado, recepta *“el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”*.²⁵

Otro de los dispositivos claves en relación a la autonomía se refiere al entrecruzamiento obligado con el derecho de participación de niños y adolescentes, reforzándose así la columna vertebral de la Convención: la idea de los niños, niñas y adolescentes como “sujetos de derecho”. Nos referimos al conocido art. 12 donde se afirma que *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madu-*

²³ Varias normativas de la región mantienen el término “patria potestad” que alude al ancestral “poder” del hombre-padre sobre la mujer y los hijos como ser el Código Civil argentino cuyo Título III del Libro Primero se denomina “De la patria potestad” o los códigos de familia de Costa Rica, Cuba, Panamá o El Salvador por citar otros.

²⁴ Estas son sólo algunas ideas que serán retomadas —de manera obligada por cierto— cuando algo se deba decir en torno al pasaje de los conceptos de “patria potestad”, a la “responsabilidad parental” y la consecuente reconceptualización del rol de los padres en un Estado democrático de Derecho.

²⁵ El resaltado nos pertenece.

rez del niño”, agregándose en el segundo apartado que “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Cierran este núcleo normativo básico en materia de reconocimiento de la autonomía de niños, niñas y adolescentes, las regulaciones específicas sobre varios derechos humanos que, sin lugar a dudas, hacen o responden al elemento de “emancipación” que está detrás, como lo son los arts. 13, 14, 15 y 16 relativos a la libertad de expresión; la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho de libre asociación y de región pacífica y el derecho a la intimidad, respectivamente.

Situados en el ámbito interamericano, una normativa clave en la materia es la mencionada Opinión Consultiva N^o 17 cuyo párrafo 100 admite que “(...) Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”. Agregándose en el apartado 102 que “En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

Por lo tanto, desde una manda superior o suprallegal como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño y las demás herramientas normativas que la secundan, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que el principio de autonomía y consecuente participación de niños y adolescentes en los actos, conflictos e intereses que los involucran, generan planteos jurídicos trascendentales no sólo en lo atinente al derecho de fondo, básicamente en lo que respecta a la capacidad civil y representación legal, sino también en el aspecto procedimental en lo atinente a la capacidad procesal de niños y adolescentes. Si bien en esta oportunidad nos circunscribimos al análisis de la primera cuestión, no se puede perder de vista so pena de incurrirse en una mirada parcializada, incompleta e incluso errada, la estrechísima relación habida entre fondo y forma, es decir, entre el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes con el consecuente ejercicio por sí mismo de derechos humanos, y su correlato o incidencia con la participación en todo proceso —administrativo o judicial— donde se diriman dichos derechos. En otras palabras, se denuncia dentro del derecho civil la necesidad de observar y armonizar la interacción entre capacidad jurídica y capacidad

procesal. ¿Acaso la participación no sería una garantía del debido proceso civil²⁶ fundado en el principio de autonomía progresiva?²⁷

Pero pareciera que esta idea de autonomía llevada al plano de la operatividad en el derecho civil, en particular, de introducir modificaciones radicales en el régimen jurídico sobre la capacidad civil, no sería una postura unánime ni libre de resistencias. En este sentido, se ha afirmado que “*Con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se produce una alteración en torno a la consideración del niño que no puede pasar desapercibida. Esa alteración ha sido causada por la introducción de los derechos de autonomía en el catálogo de los derechos reconocidos a los niños. Estos derechos pueden tener la virtualidad de dejar vacía de contenido una Convención que por otra parte ha profundizado muy bien en el desarrollo y garantía de los derechos de cuidado y protección*”, agregándose que “*desde un punto de vista crítico no faltan autores que señalan con claridad cuáles son los peligros que amenazan a los niños y a la sociedad misma desde la nueva perspectiva trazada por la Convención. Partiendo de un concepto de niño a mi juicio más adecuado a la realidad, han puesto de relieve cómo esos derechos de autonomía reconocidos a los niños desvirtúan los derechos de protección como sus genuinos derechos, además de entrañar un grave peligro para la comunidad, para la familia y en definitiva para el propio niño*”.²⁸

Es esta línea de pensamiento, la que está detrás de posturas tradicionales, arraigadas a los sistemas clásicos en materia de capacidad civil de las personas menores de edad centradas en el binomio incapacidad/capacidad, donde la primera es la regla y la segunda la excepción, fundado en que la incapacidad como principio general constituye un “elemento protectorio”.²⁹

Cómo salir de este estancamiento y facilismo legal en el tema para estar en consonancia con el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes como una manda y responsabilidad estatal, es el objetivo último de este ensayo que involucra, en definitiva, derechos humanos fundamentales, básicos y esenciales como ser: el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad y, principalmente, el derecho al desarrollo de la personalidad.

²⁶ A modo de disparador, sería interesante en un necesario y postergado entrecruzamiento interdisciplinario entre el derecho penal y el derecho civil, que se indague y analice qué desarrollos teóricos habidos en el campo del debido proceso penal podrían ser hábiles para profundizar sobre esta garantía en el campo civil.

²⁷ Para profundizar sobre el principio de capacidad o autonomía progresiva y su entrecruzamiento con el derecho procesal civil compulsar, entre otros, FAMA, M. V. y HERRERA, M., “Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina” en KIELMANOVICH, J. y BENAVIDES, D. (compiladores), *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 179 y ss.; KIELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho constitucional del menor a ser oído” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional*, Nº 7, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, p. 157 y ss.; PINTO, G., “La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuados en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, p. 127 y ss.; MIZRAHI, M. L., “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores Del Puerto, Bs. As., 2006, p. 82 y “Los derechos del niño y la Ley 26.061”, LL, 2006-A-858; MORENO, G. D., “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* nº 35, LexisNexis, Bs. As., 2007; PÉREZ MANRIQUE, R., *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 9, UNICEF, Buenos Aires, 2007, p. 251 y ss y del mismo autor, “La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 4, UNICEF, Buenos Aires, 2002, p. 203 y ss.; KIELMANOVICH, J., “Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)”, LL, 2005-F-987; GOZANI, O. A., “La representación procesal de los menores”, LL, 2009-B-709; entre tantos otros.

²⁸ GARRIBÓ PEYRÓ, A. P., *Los derechos de los niños: Una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 268.

²⁹ D'ANTONIO, D. H., *Actividad Jurídica de los Menores de Edad*, tercera edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 19.

III. Algunos conceptos tradicionales. Algunas diferencias contemporáneas

Ingresando al plexo legal infraconstitucional argentino, y a diferencia de otros países de la región que han dictado sus propios “códigos” que regulan de manera específica los derechos de niños y adolescentes, la cuestión de la capacidad civil de las personas menores de edad, como así también la relación jurídica entre padres e hijos de directa vinculación con el concepto de capacidad/incapacidad, se encuentran normados por el Código Civil del año 1871, cuya reforma más o menos integral se produjo en el año 1968 tras la sanción de la Ley 17.711.

Desde aquel momento, y hasta la actualidad, la legislación civil en lo que respecta a la parte general relativa a la capacidad no ha sufrido modificaciones, sí en lo atinente a la mal llamada “patria potestad”, cuya reforma y normativa vigente data del año 1985 al sancionarse la Ley 23.264.

¿Qué ha sucedido desde entonces y por fuera del Código Civil? Además de la aludida y obligada operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño y la mayor presencia, aceptación y fuerza normativa de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos —tanto los “rígidos” o “hard law” como los “blandos” o “soft law”—, en el año 2005 se sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que, en total consonancia con la CDN, recepta, profundiza y refuerza el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, y de manera elocuente, el art. 3 en el difícil y complejo intento por definir qué se entiende por “interés superior del niño”, enumera algunas variables o consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para materializar este principio indeterminado como ser: *“a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...)”*.

En consonancia con esta regla general, el art. 24 referido al derecho a ser oído, establece el de *“a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés”* y *“b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”*, derecho que como se dispone en la última parte de este articulado *“se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”*. Este articulado se complementa con el art. 27 donde se profundiza acerca de una vertiente del derecho a ser oído, aquél que se vincula con el aspecto procedimental, o como se expresa en la ley, a las *“garantías mínimas de procedimiento”* al disponerse que *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo*

que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Con idéntica técnica legislativa que la CDN, la Ley 26.061 también regula derechos específicos o especiales que materializan el reconocimiento jurídico de la autonomía personal de niños y adolescentes como ser: el derecho a la libertad (art. 19), el derecho a la dignidad —y dentro de éste, el respeto por la vida privada e intimidad familiar— (art. 22) y el derecho a la libre expresión (art. 23).

¿Cómo armonizar la legislación civil de fondo —y también la procesal, claro está— a la luz de esta normativa del mismo rango o valor jurídico pero con una particularidad: ser posterior a aquélla, por lo cual sería de aplicación el conocido adagio “lex posterior derogat priori”? ¿Es posible llevar adelante tan sensible actividad de “compatibilidad” cuando se trata de normativas con fundamentos, concepciones y visiones tan diferentes?

Para poder responder estos y otros interrogantes que serán planteados a lo largo de este ensayo es necesario ir a las fuentes, es decir, retomar algunos conceptos clásicos del derecho civil como el de capacidad en sus dos vertientes, jurídica o de derecho³⁰ y de hecho, ejercicio o goce, como así el de representación legal vinculada de manera estrecha con la idea de incapacidad, o más punzante aún, siendo una de las tantas ficciones jurídicas tendientes a suplir la carencia de capacidad de hecho o ejercicio de niños, niñas y adolescentes.

El sistema de capacidad civil plantea en su estructura una relación de inclusión-exclusión. Nuevamente nos explicamos. La ley determina —básicamente fundada en razones fácticas que no dejan de ser concepciones o consideraciones subjetivas de la época— a quiénes se les veda —a priori y en abstracto— ejercer determinados derechos, siendo uno de los grupos sociales a quienes se les impide realizar por sí actos jurídicos, salvo excepciones, las personas menores de edad.

³⁰ Cabe recordar que la capacidad de derecho, dentro de la clásica clasificación en absoluta y relativa, jamás puede ser absoluta porque “importaría con ese alcance una destitución para el sujeto del carácter de persona, al resultarse prohibido ser titular de cualesquiera relaciones jurídicas”, sólo es pasible de ser catalogada de relativa y circunscripta a determinados actos como ser la incapacidad de contratar con ciertas personas (por ejemplo, padres e hijos); o sobre determinados bienes (adquirir bienes por parte del albacea de los bienes involucrados en el testamento) o el de celebrar ciertos actos como la celebración del matrimonio entre determinados parientes, etc. (LLAMBIAS, J., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, decimocuarta edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 397 y 414 y ss).

Como se puede observar, lo que está en crisis y en revisión, y que en este ensayo se coloca en tela de juicio, no es la capacidad civil en toda su extensión sino, en particular, la capacidad de hecho, goce o ejercicio. Sucede que desde siempre la legislación civil permitió, incluso a las personas por nacer, la posibilidad de ser titulares de derechos bajo la condición resolutoria del nacimiento con vida (conf. art. 70). Por lo tanto, si a las personas por nacer se les reconoce la titularidad de derechos, con más razón a las personas ya nacidas, cualquiera sea la edad. Es por ello que aquí nos cautiva abocarnos a la capacidad/incapacidad de hecho.

Con relación a la capacidad de obrar, el art. 55 del Código Civil después de la reforma de la Ley 17.711, sienta como principio rector que *“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”*.³¹ Al respecto, es interesante puntualizar que la redacción del Código Civil originario era a la inversa, la regla giraba en torno a la capacidad y la incapacidad su excepción. Esta es la postura que sigue el derecho español tras la sanción de su Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de Protección del Menor al disponer en el art. 2. 2.º que *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*. Postura que defiende en la doctrina, entre otros, Cecilia Grosman cuando expresa de manera elocuente que *“la operatividad de la CDN, sumado a la sanción de la ley nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, exige la modificación de las normas del Código Civil referidas a los menores de edad, eliminándose la calificación de ‘incapaces’ que contienen los arts. 54, 55 y 56 y conscs. del Cód. Civ.”*, agregando que la condición de los niños y adolescentes *“es de capacidad, pero de una capacidad progresiva”*.³²

En cambio, se mantiene del Código Civil originario —de allí lo visionario que fue en su momento su redactor, Vélez Sarsfield— la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos. Por lo cual, y ya desde fines del siglo XVIII, se advertía la gradualidad en el desarrollo madurativo de niños y adolescentes al habilitar la ley el ejercicio de ciertos derechos a las personas que aún no habían cumplido la mayoría de edad³³ que al sancionarse el Código Civil, estaba fijada en los 22 años y que tras la reforma del año 1968 se bajó a los 21 años; postura que es mantenida en la legislación civil de fondo hasta la actualidad y que algunos inconvenientes interpretativos ha traído, tal como veremos en breve.

Por lo tanto, la capacidad/incapacidad de obrar presenta una doble clasificación. La primera categoría es la de “incapaces de hecho absolutos” que involucra a las personas por nacer hasta que no hayan cumplido los 14 años de edad (denominados también “menores impú-

³¹ El destacado nos pertenece.

³² GROSMAN, C. P., “El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia” en Da Rocha, Joaquín (coordinador), *La balanza de la justicia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 130.

³³ Ya en el originario Código Civil argentino se permitía que una persona a partir de los 10 años de edad tomara por sí la posesión de una cosa (art. 2392) o se establecía la edad de 12 años para la mujer y de 14 para el varón para contraer matrimonio —franja que fueron modificadas de manera ascendente en diversas reformas legislativas y que recientemente se acaban de equiparar a la edad de los 18 años tras la sanción de la Ley 26.449 del 03/12/2008—, o la posibilidad de reconocer un hijo desde los catorce años de edad—con todos los derechos y deberes que devienen de este acto jurídico familiar— previsto en el art. 286, por citar algunos ejemplos añejos.

beres” tal como lo expresa el art. 54 del Código Civil, categoría que también se encuentra integrada por las personas por nacer, los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito). Dentro de la segunda categoría, los “incapaces de hecho relativos” se encuentran los llamados “menores púberes” o “menores adultos”, aquellos que van desde los 14 años cumplidos hasta que alcancen la mayoría de edad —21 años— o se emancipen por matrimonio (conf. art. 133 del Código Civil).³⁴

A su vez, esta última categoría se relaciona con el concepto de “discernimiento” al que alude el art. 921 del Código Civil cuando afirma que *“Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años (...)”*, precisamente, la división entre “menores púberes” e “impúberes” estaría dada por la idea de discernimiento que también es tomada por el principio de autonomía progresiva. ¿En ambos contextos el término discernimiento presenta las mismas connotaciones?

En la teoría del acto jurídico o negocio jurídico, el discernimiento es uno de los elementos internos de la voluntad (art. 897), el cual se lo define como *“la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”*.³⁵ En el intento de la doctrina de distinguirlo del concepto de capacidad, se asevera que *“El discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora”*, aclarándose que *“Se puede tener discernimiento sin capacidad, como el demente declarado en intervalo lúcido (...) La inversa es, asimismo, válida, como el sujeto capaz que sufre la pérdida accidental de la razón”*.³⁶

En este estado del desarrollo, deberíamos esgrimir algunos interrogantes. ¿Habría que mantener un régimen jurídico general sobre la capacidad civil —y su contracara, la incapacidad— para todas las personas que la ley considera que merecen protección como también los “insanos” e “inhabilitados” o cada uno de ellos debería tener un régimen especial? ¿Se debería reconceptualizar el concepto de “discernimiento” o salirse de él? ¿En qué términos o mediante la utilización de qué otras variables además del tradicional elemento de la edad? ¿Qué papel jugaría la edad en estos vientos de cambios? Todas estas cuestiones serán retomadas más adelante, al sintetizar algunas voces doctrinarias que bregan por introducir cierta “flexibilidad” al régimen jurídico de la capacidad civil de niños y adolescentes por imperativo o fuerza del principio de autonomía progresiva, con diferente grado de aceptación o desarrollo según el tipo de derechos que se traten.

Completando el catálogo de conceptos clásicos que involucra el sistema de capacidad civil, cabe aludir al de representación legal que, precisamente, es la institución que tiene

³⁴ “Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos, los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos” (art. 127 del Código Civil).

³⁵ CURIENTES, S., *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 36.

³⁶ *Idem*, p. 37.

por objeto suplir la “incapacidad” de ejercicio de ciertas personas como los niños y adolescentes cuya representación —léase sustitución— está en cabeza en forma primordial de los progenitores. Así, la representación legal es “la designación de una persona para que sustituya al “incapaz” en el ejercicio de los derechos de éste, y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido”.³⁷ Como se adelantó, esta institución es una ficción jurídica que tiene por objeto suplir la mencionada incapacidad de hecho y no violar así el principio de igualdad, permitiéndose que los padres ejerzan ciertos actos “como si” fueran sus hijos, siendo éstos perfectamente válidos a pesar de la completa ausencia del niño o adolescente. Por otra parte, y tal como surge de la definición misma, el límite a la representación está puesto en la ley. En este marco, cabría preguntarse cuál debería ser esta división o limitación legal entre los actos que ameritan ser celebrados por los representantes legales y cuáles quedarían fuera de este halo para ser ejercidos de manera directa por niños y adolescentes desde una visión contemporánea, es decir, por aplicación del principio de autonomía progresiva.

Es en este contexto donde se debería profundizar en la posible recepción e integración de otra figura jurídica menos tajante o sustitutiva como lo es el de asistencia. En este sentido, no sólo habría dos categorías totalmente antagónicas, por un lado, la plena capacidad y consecuente despliegue máximo de ejercicio por parte de los propios interesados; y por el otro, la de incapacidad y correspondiente actuación a través del representante legal, sino también en el medio se alojaría el instituto de la asistencia, de gran desarrollo en el derecho comparado. Veamos, en los supuestos de padres menores de edad no emancipados, varias legislaciones suelen apelar a la figura de la asistencia paterna, es decir, la intervención de los abuelos del niño —padres de los progenitores que no alcanzaron la plena capacidad civil. En esta tendencia legislativa se enrola el derecho español³⁸ al disponer en su art. 157 del Código Civil que “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres”.³⁹

He aquí unas primeras reflexiones. El principio de autonomía progresiva es una manda supralegal y, como tal, está destinada —entre otros tantos aportes— a deconstruir y reconstruir el régimen legal en materia de capacidad de niños y adolescentes. Esto implica, de manera inexorable, flexibilizar el sistema, permitiendo la penetración de las ideas de

³⁷ LLAMBIAS, J., ob. cit. p. 422.

³⁸ Otras normativas son más elocuentes aún en el reconocimiento de un mayor espacio jurídico a los padres menores de edad no emancipados en el ejercicio de la responsabilidad sobre sus hijos. Veamos, el art. 263 del Código Civil venezolano expresa que “El padre o la madre menor de edad ejerce la patria potestad sobre sus hijos pero la administración de los bienes de éstos y su representación en los actos civiles se registrará por lo dispuesto en el artículo (...)”. Como se puede apreciar, la asistencia paterna de la madre o padre menor de edad no emancipado se circunscribe a las cuestiones patrimoniales, quedando en cabeza de los padres menores de edad el ejercicio de todo lo relativo a los actos extramatrimoniales. Por su parte, el art. 55 del Código de Familia de Costa Rica va aún más allá al disponer como principio general que “La madre aun cuando fuere menor ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

³⁹ Continuando con el derecho español, en este marco se ha afirmado que “si el menor goza de capacidad de obrar, aunque limitada, el fundamento de la representación legal del menor está en completar esa limitación de capacidad de obrar del menor en la actividad jurídica pues el menor, no carece de capacidad (...) Así, la representación legal del menor es un instrumento por el que se suple o sustituye jurídicamente al hijo en los actos que ni puede realizar por sí mismo, en los demás, de acuerdo con las tendencias de mayor autonomía de actuación en la legislación española y comparada, el menor goza de una capacidad general de obrar que se identifica con su capacidad natural” (ARANDA RODRIGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 38).

madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento que campean dentro de aquel principio de derechos humanos con ribetes propios cuando se trata de infancia y adolescencia, para lo cual habría algunas otras instituciones acordes con estas ideas. Y de manera paralela, la obligación de revisar conceptos tradicionales y bien arraigados en el derecho civil con la finalidad de salir del rígido binomio integrado por las nociones de capacidad/incapacidad y consigo, el de representación legal.

En otras palabras, se trata de que el Derecho recepte una verdad incontrastable: las evoluciones de las facultades de los niños y adolescentes distinguiéndose el tipo de acto que se trate, para lo cual se debería diseñar un sistema que recepte la siguiente relación inversamente proporcional: a mayor madurez o aptitud de comprensión por parte de niños y adolescentes, menor sería la representación, reemplazo o sustitución por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyan cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos. Sucede que en estos casos no habría un fundamento fáctico que avalara tal permuta, por lo cual, la norma infraconstitucional no podría impedir algo que un marco normativo de rango superior promueve. De seguirse en esta tesitura que defiende la legislación civil, podría incurrirse en un supuesto de injerencia estatal ilícita, avalando la ley en contra de la CDN la intromisión de los representantes legales en actos que involucran de manera directa a los niños y adolescentes, sujetos plenos de derechos.

Uno de los tantos interrogantes centrales de este ensayo gira en torno a cuáles serían los cimientos sobre los que debería construirse un nuevo régimen jurídico de la capacidad civil de niños y adolescentes auspiciado por el principio de autonomía progresiva. Esto es lo que intentaremos desentrañar, o al menos, brindar ciertas herramientas necesarias para un análisis que se observa complejo pero no imposible. Como bien se ha expresado, *“la distinción entre la concepción de los niños como individuos dependientes que requieren protección y como individuos independientes que aspiran a la autonomía, tal vez sea el tema más difícil y controvertido en el ámbito de los derechos del niño”*.⁴⁰

IV. Diferentes sistemas normativos en materia de capacidad

En un trabajo centrado en la evolución de las facultades de niños y adolescentes auspiciado por el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF situado en Florencia, Italia, se señala que un enfoque basado en las facultades de niños y adolescentes involucra tres nociones: 1) el de “evolución”, tal como lo propicia la CDN al focalizar en las ideas de desarrollo, competencia y gradualidad; 2) el de “participación”, sosteniéndose que sólo se transfiere el ejercicio de los derechos de niños y adolescentes en la medida

⁴⁰ Lansdown, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, p. 32. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>, fecha de visita: 18/06/2009.

en que éstos no tengan madurez y 3) el de “protección”, que se refiere al grado de protagonismo por parte de la familia y el Estado que debería disminuir en la medida en que haya una mayor autonomía.

Tras indicar estos tres elementos, se brinda un panorama general sobre diferentes sistemas normativos posibles en materia de capacidad civil de niños y adolescentes. Ellos son los siguientes: a) aquellos que se fundan en estipulaciones fijas según edades determinadas; b) aquel que establece normas flexibles donde se eliminan los límites de edad, sustrayéndolos a una evaluación individual y previa para determinar la competencia de los niños y adolescentes en cada caso; c) un modelo que establezca límites de edad pero que permita cierta flexibilización, es decir, abierto a la demostración del discernimiento o madurez y d) un régimen cuya ley diferencie según los derechos involucrados, siendo la edad un elemento limitativo en aquellos derechos que presenten peligro de ser desatendidos o violados por los adultos e introduciendo la presunción (“iuris tantum”) de madurez aludida para los demás derechos.⁴¹

Como se puede observar, dos de ellos —los dos primeros— serían extremos y los dos restantes se ubicarían en una posición intermedia. Como se puede conjeturar, los dos extremos merecen ciertos reparos.

El primero de los sistemas enunciados, el de las edades fijas, es, con algunas variantes o cierta flexibilidad hacia su interior, el modelo que se adopta en la gran mayoría de los países. Este sería el sistema tradicional fundado en las edades como un elemento determinante y “iure et de iure” que indica, a priori y en abstracto, quiénes están habilitados y quiénes impedidos de que un niño o adolescente lleve adelante un acto de manera válido. Es cierto que este sistema es el que mejor responde a la seguridad jurídica, encontrándose bien alejado de la temida discrecionalidad pero también, como lo hemos señalado, es el que más distancia observa del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes. Es por ello que este modelo normativo despierta —con acierto— críticas dada su extrema rigidez, afirmándose que “*La misma doctrina de los derechos humanos lo subraya con evidencia: la edad no tiene que ser un factor de diferenciación o, peor aún, de discriminación*”.⁴²

Veamos la siguiente situación. Si una persona de 18 años de edad presenta suficiente madurez y comprende determinado acto al igual que una persona de 19, 20 o 21, ya que no habría dentro de estas distintas franjas etarias cambios sustanciales en lo relativo al desarrollo cognitivo —requisito sustancial según el principio de autonomía progresiva—, la ley estaría incurriendo en un tratamiento discriminatorio si le permite a algunos realizar de manera personal un acto, vedándose a otros. En este caso, habría una restricción infundada e irrazonable de un derecho humano como lo es el derecho a participar de niños y adolescentes.

⁴¹ Conf. “Las evoluciones de las facultades de niños y adolescentes” ya citado.

⁴² PALAZZANI, L., “Menores, Bioética y Derecho: autonomía y responsabilidad en la toma de decisiones en relación a tratamientos sanitarios en el derecho italiano” en RUIZ-GALLARDÓN, I. y GARCÍA DE PABLOS, A. (editores), *Los menores ante el Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2005, p. 232.

Este ejemplo genera el siguiente interrogante en términos de derechos humanos: ¿Cuándo una distinción basada en la edad constituye un acto discriminatorio o, por el contrario, sólo implica un trato desigual fundado en el mayor o menor grado de desarrollo madurativo que está detrás de la edad? En este sentido, si la edad, tal como lo propone el mencionado art. 3 de la Ley 26.061, constituye uno de los tantos elementos que permite conocer el grado de madurez de una persona pero no el único ni el excluyente, claramente, un sistema jurídico que sólo se base en éste debería tener algún argumento de peso para sacrificar el principio de autonomía progresiva. Esto es lo que acontece, como veremos, cuando están en juego derechos patrimoniales por los cuales se ven afectados o comprometidos intereses de terceros.

¿Cómo sortear la disyuntiva que se esconde detrás del sistema fundado en la edad como elemento pétreo signado por la puja entre seguridad jurídica vs autonomía? Entendemos que este es un conflicto irresoluble que presenta el régimen jurídico tradicional en materia de capacidad civil y representación legal, incluso en aquellos países donde han intentado brindar una mayor flexibilidad sin salirse de este sistema como el caso de Austria. Este ordenamiento jurídico adopta un sistema fundado en la edad pero amplía el catálogo de categorías. Además de fijar la mayoría de edad a los 18 años de edad, divide en tres las franjas etarias: de 0 a 7, de 7 a 14 y de 14 a 18. Si bien esta sería una técnica legislativa que modifica en algo el sistema de capacidad civil y representación legal dejando una rendija por donde colarse el reiterado principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, no sale del esquema tradicional de edades prefijadas, por lo cual consideramos que continúa siendo un modelo que no aprovecha al máximo las potencialidades de dicho principio.

En la vereda contraria yace el sistema normativo más flexible que podría diseñarse y que, desde una primera lectura, podría parecer el más acorde con la idea de autonomía progresiva al posibilitar en cada caso dar cuenta y respetar el desarrollo madurativo de la persona. Pero este sistema observa varias críticas. En primer término, obliga a tener que adoptarse un procedimiento previo para que alguien (un adulto) determine en cada caso el grado de madurez del niño o adolescente y lo habilite o imposibilite a ejercer por sí el derecho que se trate. De este modo, no sólo se debe caer en un proceso previo que “burocratiza” el ejercicio de un derecho, sino que además la decisión queda sujeta a la discrecional del juzgador de turno.

Al respecto, se ha afirmado en alguna oportunidad que *“El derecho a la emancipación parcial no debería limitarse a satisfacer, de acuerdo a un análisis caso por caso, a algún cuerpo de personas prudentes que consideran a ese niño particular lo ‘suficientemente maduro’ como para elegir o que la particular elección del niño es ‘correcta’.* Introducir tal proceso subjetivo en la decisión podría no emancipar al niño, sino más bien transferir al Estado el control parental y la responsabilidad de determinar cuándo consultar y cumplir con la elección del niño. Exigir criterios relativamente objetivos para establecer están-

dares de emancipación no significa adoptar una visión simplista de los niños, sino más bien reconocer cuán variados y complejos son todos ellos y cuán inadecuados son los tribunales para juzgar la capacidad de decisión de los niños".⁴³ Cabe destacar que este autor se refiere a la necesidad de adoptar ciertos "estándares objetivos" en plural, por lo cual de estarse por un sistema más acotado éste debería cumplir con ciertos parámetros mínimos que permitan una cierta amplitud, en consonancia con la idea de democracia. A contrario sensu, se estaría proponiendo salir del sistema autoritario centrado en la edad como requisito único.

Es así como debería profundizarse en las dos posturas intermedias que giran en tono a dos consideraciones fundamentales: 1) la edad como un elemento objetivo a ser tenido en cuenta para evaluar la madurez de una persona pero no el único o, al menos, el definitivo sin la posibilidad de ser revisado o contrastado; es decir, se observa a la edad como un requisito presuntivo o movable y no rígido o pétreo y 2) la necesidad de diferenciar el tipo de acto que se trate, básicamente, si se trata de actos personalísimos o de carácter extra-patrimonial o, por el contrario, de actos patrimoniales donde se encontrarían involucrados intereses de terceros. Ambas cuestiones, de manera entrelazada, serán abordadas más adelante a los fines de ampliar el sintetizado panorama de regulaciones posibles para sortear la mencionada disyuntiva protagonizada por el enfrentamiento entre seguridad jurídica y autonomía que, en definitiva, se presenta como otro supuesto más que se suma al eterno conflicto entre orden público y autonomía de la voluntad.

De manera innegable, las posturas intermedias proponen un trabajo más artesanal en el diseño normativo al tener que distinguirse tipos o naturaleza de actos y, de manera paralela, establecer diferentes edades como elementos meramente indicativos, e incluso aceptar que en ciertos supuestos se podría prescindir de este elemento. Pero entendemos que sólo de este modo se podrá alcanzar un sistema equilibrado y, en definitiva, respetuoso del mejor interés del niño.

Como cierre de este apartado, cabe aclarar que defender sistemas jurídicos intermedios no es óbice para observar las virtudes de ciertas consideraciones o reglas generales y amplias como las que se aprecian en algunos ordenamientos jurídicos comparados. Así, en el derecho alemán el art. 1626.2 del BGB relativo a la llamada por ellos "responsabilidad parental" establece que *"Los padres observarán en el ejercicio del cuidado la creciente capacidad y necesidades del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos"*. Y el derecho holandés cuando en el primer articulado con el cual se abre el capítulo relativo a la "autoridad parental" como le dicen, expresa que *"la autoridad parental frente a los menores de más edad disminuye en la medida en que su personalidad*

⁴³ Se trata de Joseph Goldstein al intentar dar respuesta al siguiente interrogante: *"¿bajo qué circunstancias específicas debería el derecho presumir que los niños son tan competentes como los adultos para tomar por sí mismos riesgos respecto de todos o algunos fines de atención médica?"* (GOLDSTEIN, J., "Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres" en BELOFF, M. (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Yale Law School —Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo-Gedisa, Barcelona, 2000, p. 214).

y su capacidad de tomar sus propias decisiones se han desarrollado”. Más allá de las normativas en materia de capacidad civil y representación legal específicas que se puedan adoptar, reglas generales de este tenor estarían en total consonancia con los postulados que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y que giran en torno a la idea de los niños y adolescentes como verdaderos “sujetos de derecho”.

Antes de pasar a analizar los dos sistemas jurídicos catalogados en este ensayo de “intermedios”, es necesario abordar un tema pendiente y central en materia de capacidad civil y representación legal en el derecho argentino: a qué edad se adquiere la plena capacidad civil.

V. Una cuestión legislativa de impacto directo: la mayoría de edad

Desde una mirada de “arriba hacia abajo”, es decir, comenzando por el plexo normativo internacional, es dable recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1 entiende por “niño” a todo ser humano hasta la edad de 18 años.⁴⁴

Por su parte, en el plano nacional se cuenta con normativas contradictorias. Tal como se adelantó, el Código Civil originario fijaba la mayoría de edad a los 22 años, la cual fue disminuida a los 21 tras la reforma del año 1968 por la Ley 17.711. Es así que el art. 126 del Código Civil vigente reza: “*Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años*”, reafirmado en el art. 128 al expresar que “*Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores*”, destacándose que se han presentado varios proyectos de ley tendientes a bajar la mayoría de edad a los 18 años de edad.⁴⁵

En cambio, la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes nada dice de manera expresa sobre qué se entiende por niño y/o adolescente, pero se puede aseverar que sigue la orientación que propone la CDN por la postura que se adopta en algunas de sus normativas. Por ejemplo, en el art. 74 que modifica el llamado proceso por “protección de persona”, se destaca que éste quedará circunscripto para las personas a partir de los 18 años, quedando derogado para aquellas que tengan menos de esa edad. De este modo, se adopta una diferencia bien tajante, de 0 a 18 y de 18 en adelante en igual sentido que la Convención.

⁴⁴ Si bien la Ley 23.849 sancionada en el año 1990 mediante la cual se ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño introduce una reserva a este primer articulado, ello lo es con relación al momento del inicio del concepto de “niño” y no a su culminación. Al respecto, el art. 2 de la Ley 23.849 expresa en su parte pertinente que “(...) Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño”, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

⁴⁵ Hay un proyecto de ley que tiene media sanción de la Cámara de Senadores presentado por el senador Giustiniani (0995-S-2008) que baja la mayoría de edad a los 18 años, modifica la clasificación interna de “menores” impúberes y púberes, los primeros de 0 a 14 años y los segundos de 14 a 18 años. Como excepción, se extiende la obligación alimentaria hasta los 21 años de edad. Al respecto, se agrega como segundo párrafo del art. 265 del Código Civil el siguiente texto: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Esta obligación se prolonga hasta que los hijos alcancen la edad de veinticinco años en el caso que la prosecución de los estudios o preparación profesional les impida a los mismos proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente”.

En este entramado jurídico contradictorio entre la CDN y la Ley 26.061 por un lado, y el Código Civil por el otro, se han esgrimido tres posturas doctrinarias sobre esta cuestión que se pasan a sintetizar:

La primera postura defiende la inconstitucionalidad del art. 126 del Código Civil que fija la mayoría de edad a los 21 años. Uno de los autores que sigue esta orientación es Néstor Solari quien sostiene que *“Por razones constitucionales la mayoría de edad debe entenderse pactada a la edad de 18 años en virtud de la Convención. El texto no deja abierta la posibilidad de extender la incapacidad del sujeto más allá de los 18 años, en entendimiento que la incapacidad como categoría jurídica debe ser interpretada restrictivamente. (...) Se llegaría al absurdo de que las personas cuya edad se encuentran entre los 18 y 21 años, al no ser niños, tampoco tendrían los derechos y garantías que gozan los mayores de edad”*.⁴⁶ De manera elocuente, Solari muestra la importancia de armonizar la ley civil con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061, advirtiendo que las personas de entre 18 y 21 años estarían en una situación de mayor vulnerabilidad, ya que carecerían de todos los derechos de los adultos porque todavía no lo serían en virtud a lo normado por el Código Civil, pero tampoco serían acreedores del plus de protección que le otorga la Convención y legislaciones afines, por lo cual integrarían una tercera categoría ubicada en una peor situación que las dos mencionadas. El interrogante que cabría hacerse es si con la postura de la derogación tácita, efectivamente estaría brindándose una mayor protección a las personas que se encuentran en la franja en crisis. La respuesta negativa se impone. ¿Acaso un escribano permitiría que un joven de 19 venda un bien sin la intervención de sus representantes legales por efecto de una derogación no expresa?

La segunda postura, opuesta a la anterior, es defendida por Gustavo Moreno, quien sostiene que la ley argentina establece un régimen de incapacidad y representación para las personas menores de edad regulado en el Código Civil que no habría sido reformado por la Ley 26.061. Y que la Ley 26.061 cuando quiso modificar alguna previsión del Código Civil lo hizo de manera expresa como aconteció sólo con el art. 310 del Código Civil, no así con el aludido art. 126 relativo a la edad en la cual se alcanza la mayoría de edad. Quienes conocen los “entretelones” de la sanción de la Ley 26.061, pueden afirmar sin hesitación alguna que los legisladores jamás llevaron adelante un test de compatibilidad/incompatibilidad previo entre la normativa nacional en materia de protección integral de derechos y la legislación civil de fondo, por lo tanto, mal se puede aseverar que en lo único que se quiso reformar el Código Civil fue en lo relativo al art. 310.⁴⁷

La tercera postura que vendría a ser intermedia, y que es la que aquí se defiende, entiende que en atención a un principio general del derecho como lo es la seguridad jurídica —y que también hace su aporte a la concretización del interés superior del niño—, no habría

⁴⁶ SOLARI, N. E., “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”, LL, 2006-C, 1179.

⁴⁷ Reza el art. 73 de la Ley 26.061 que se modifica el art. 310 del Código Civil en los siguientes términos: “Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad”.

una derogación tácita o una disminución automática de la plena capacidad civil a la edad de 18 años. Si bien, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley 26.061 extienden su ámbito de aplicación subjetivo a personas hasta los 18 años de edad, es viable ampliar su aplicación a aquellas que no han alcanzado los 21 años en virtud del principio pro homine, es decir, disponer de aquellas previsiones más favorable para la vigencia de los derechos. En consecuencia, es posible extender las previsiones de ambas normativas a la franja etaria en análisis hasta que una ley reforme de manera expresa la legislación civil en lo atinente a la edad para alcanzar la plena capacidad civil y, de este modo, estar en consonancia con la CDN y a tono con la gran mayoría de los países del globo.

Completando los argumentos en contra de la postura que promueve la inconstitucionalidad o derogación tácita del art. 126 del Código Civil, cabe observar que esta actitud traería consigo la desaparición o derogación tácita de ciertas figuras del derecho civil como la emancipación por habilitación de edad, la facultad de las personas de 18 años de edad a celebrar contrato de trabajo en actividad honesta, o estar en juicio como demandado criminalmente, o la edad núbil para contraer matrimonio habrían quedado sin sustancia, ya que de nada vale una regulación o permisión especial si a esa edad se adquiere la mayoría de edad sin reforma legal alguna. ¿Es posible que tantas instituciones del derecho civil pasen a la historia sin una decisión concreta por parte del Poder Legislativo? ¿Acaso la derogación tácita no facilitaría la “judicialización” de ciertos conflictos en atención a la fuerte discrecionalidad que traería aparejada? Todas estas particularidades no hacen más que robustecer la idea acerca de la necesidad de una reforma integral del Código Civil a la luz del desarrollo del principio de capacidad progresiva, donde la baja de la edad en la cual se adquiere la plena capacidad civil constituye un punto de partida básico, un elemento sustancial.

¿Es posible sostener un régimen de la capacidad civil sujeto sólo a los conceptos indeterminados de discernimiento, madurez y desarrollo cognitivo? ¿Cómo hacer ingresar al plano legal el principio de capacidad progresiva sin desestabilizar el régimen jurídico en la materia que necesita de pautas claras y previsibles? Este es uno de los grandes retos que debemos enfrentar los operadores del derecho consustanciados con los derechos de niños y adolescentes en su esfera civil y que iremos hurgando en los próximos apartados, distinguiéndose determinados derechos.

VI. Capacidad, competencia, derechos personalísimos y responsabilidad parental. Un entramado temático de interés para el principio de autonomía progresiva

En el campo donde más se ha visto la operatividad del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos por parte de niños y adolescentes ha sido en el ámbito de los derechos personalísimos, cuestión que se entrecruza con el contenido y extensión de la llamada “responsabilidad parental”, concepto más afín en términos de derechos humanos que el de “patria potestad”, tal como se ha adelantado.

Esta transformación no se circunscribe al cambio terminológico, va mucho más allá. Propone un análisis actual y revisionista sobre el vínculo padres e hijos en consonancia con una perspectiva democrática de familia, donde se respeten los derechos humanos de cada uno de los integrantes dentro de la familia sin caer en la falsa disyuntiva entre persona (en este caso, niños y adolescentes) vs familia (los padres o adultos responsables). En otros términos, se trata de una interacción obligada entre familia, infancia y democracia, donde la primera, en buena hora, es puesta en “crisis” como sinónimo de cambio y apertura, no como crítica por intentar “desestabilizar” a la familia nuclear, matrimonial y heterosexual.⁴⁸ Como lo hemos sostenido y seguimos defendiendo, *“En tiempos en los que querían hacernos creer que las utopías habían llegado a su fin, el paradigma de la familia plural nos presenta un programa audaz donde la heterosexualidad, la conyugalidad, el verticalismo, el autoritarismo, la biparentalidad se disipan dando lugar a los proyectos de vida que basados en sentimientos de cooperación, solidaridad y afecto cobran legítimamente forma a través de la familia”*.⁴⁹

Esta cuestión es medular en el derecho de familia contemporáneo y es aquí donde se inscribe una nueva relación jurídica entre padres e hijos, fundada en la idea de “responsabilidad” y no de “autoridad”. Ello no significa que dentro de la idea de responsabilidad se dejen afuera los conceptos de límites y mando en atención a los distintos roles que le cabe a cada uno, principalmente el de cuidado, crianza, educación y protección por parte de los adultos.

La reconceptualización de la relación paterno filial es un tema vasto y de una enorme riqueza imposible de ser abordada en el presente ensayo, pero sí fácil se observa que modificaciones en este sentido tienen una repercusión directa en el tratamiento jurídico del sistema de capacidad civil y representación legal ya que, precisamente, los representantes “naturales” y quienes sustituyen la voluntad de los hijos son los progenitores. Como bien se ha advertido en una excelente obra donde se aborda la relación entre policía y minoridad en Río de Janeiro entre los años 1910 y 1920 y que también vale para la relación paterno filial en análisis: *“Poner en juego la discusión respecto de los límites de la autonomía que caracterizaría a la minoridad obliga, por tanto, a que se problematice la autoridad como uno de los elementos de demarcación de las fronteras entre mayores y menores. Es decir, ¿a quién cabe el poder de decidir y/o controlar la conducta de aquellos considerados dependientes? El tema de la responsabilidad retoma, entonces, su importancia a través de una doble entrada: no sólo la responsabilidad parcial atribuida a los menores les demarca una esfera de acción infinitamente más restringida que la de los mayores, sino que también la responsabilidad de controlarlos*

⁴⁸ Ver entre tanta bibliografía, GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMA, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit.; HERRERA, M. y SPAVENTA, V., “Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia”, *Revista Academia* n° 7, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 123 y ss; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009; Grosman, C. P. (directora), *Los derechos del niño en la familia*, segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II*, N° 10, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 7 y ss.

⁴⁹ Conf. HERRERA, M. y SPAVENTA, V., “Vigilar y castigar... El derecho de corrección de los padres” en BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I. (coordinadores), *Revista Desafío(s)*, número sobre “Jóvenes y adultos: el difícil vínculo social”, editorial Anthropos, Barcelona, 2007, p. 94 y ss.

y, en una palabra, educarlos, usualmente legada a los padres o tutores, constituirá en un importante elemento de evaluación de los que desempeñasen ese papel”.⁵⁰

Más aún, es dentro de la responsabilidad parental donde hace eclosión la mencionada relación inversamente proporcional por la cual, a mayor autonomía o ejercicio de derechos por parte de los propios niños o adolescentes en atención a su madurez, menor representación legal y consecuente sustitución de aquéllos. En otras palabras, a mayor participación de los hijos menor protagonismo de los padres, lo que implica, de manera inexorable, un “encogimiento” o “achicamiento” de la responsabilidad parental. Esta aseveración se aprecia con mayor naturalidad en el campo de los derechos personalísimos de niños y adolescentes, principalmente en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos.

¿Se necesita tener plena capacidad civil para que niños y adolescentes ejerzan por sí sus derechos sexuales y reproductivos? ¿Qué rol les cabe a los padres en el marco de su “responsabilidad parental”? La doctrina mayoritaria y ciertas voces jurisprudenciales admiten que en este campo se debilita el concepto de “capacidad” para abrir paso a otra noción más acorde con el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes. Nos referimos al concepto de “competencia” o “mayoría anticipada” que, precisamente, se ha gestado y desarrollado en el campo de la bioética y, dentro de ésta, referida a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, tomándose como hito jurisprudencial el famoso caso Gillik⁵¹ dictado por los tribunales de Gran Bretaña. En palabras de Kemelmajer de Carlucci: “la mayoría médica anticipada se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad”.⁵²

En el derecho argentino también se cuenta con precedentes que han abordado esta supuesta disyuntiva entre responsabilidad parental vs autonomía, es decir, entre padres vs hijos en lo relativo al ejercicio de derechos sexuales y reproductivos por parte de estos últimos. En particular, es interesante traer a colación algunos de los argumentos vertidos en el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 14/10/2003.⁵³ En esta oportunidad un organismo no gubernamental promovió una demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de sendos artículos de la Ley n° 418 de salud sexual y reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires, al entender que se veía afectado el derecho a la vida al permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto como el dispositivo intrauterino y a la protección integral de la familia, alegándose que esta normativa impide y se inmiscuye en la educación de los hijos

⁵⁰ VIANNA, A., *El mal que se adivina. Policía y minoridad en Río de Janeiro, 1910-1920*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 186 y 187.

⁵¹ Para profundizar sobre este tema, ver GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMÁ, M.V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit. cuyo capítulo V se dedica al tema de la “Responsabilidad parental y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes”, p. 520 y ss.

⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho del niño a su propio cuerpo” en BERGEL, S. D. y MINYERSKY, N., *Bioética y Derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 115.

⁵³ TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B-413.

en tanto habilita a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos a menores de edad, sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar.

El Máximo Tribunal local rechazó la acción con varios y sólidos fundamentos, siendo interesante destacar aquél en el que se diferenció la capacidad para los actos jurídicos (art. 944 del Código Civil) de aquella que se necesita para los hechos jurídicos (art. 899 del mismo cuerpo normativo). Al respecto, se sostuvo que *“Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud —desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.— que, por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en “actos jurídicos” (art. 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899)”, concluyéndose que “El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar”.* Por lo tanto, y al igual que en el caso Gillik, se reconoce en el derecho argentino el concepto de “competencia” o “mayoría anticipada”.⁵⁴

En relación a la tensión autonomía vs responsabilidad parental, la magistrada Conde puso de resalto que *“Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”,* agregando que *“Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación (...), llevando a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines”.*

En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de “competencia”, que auspicia el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, es uno de los tantos elementos que permite visualizar cambios en el significado y contenido de la responsabilidad parental, donde, precisamente, la idea de “competencia” vendría a ser un límite a la autoridad paterno-filial, en total consonancia con lo previsto en el aludido art. 5 de la CDN.

⁵⁴ Este concepto de “competencia”, pero definido como *“la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores”,* fue utilizado en un precedente donde se debatía la autorización de unos padres en representación de su hijo de 14 años a la petición pero de 17 a la sentencia, de someterse a una intervención quirúrgica de reasignación del sexo, fallo que con algunas reticencias, fue resuelto a favor (Juz. 1ra. Inst. Civ., Com., Conciliación. y Familia, Villa Dolores, 21/09/2007, “C. J. A. y otra s/solicitan autorización”, LLC 2007 —noviembre—, 1102).

Cómo evitar la judicialización de este tipo de conflictos cuando, como se sabe, el acceso a la justicia no se desarrolla con la misma intensidad y calidad para todos, reafirmando de este modo la violación de derechos humanos de niños y adolescentes por razones socioeconómicas, y a la par, estar acorde con el principio de autonomía progresiva. Ambas inquietudes podrían encontrar su respuesta en la técnica legislativa adoptada por el Decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires que modificó la Ley N° 153 de salud básica local, al rezar el texto actual: *“Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)”*.

Como se puede observar, acá no se establece de manera rígida una edad determinada. Todo lo contrario, se carece o silencia a la edad. La ley le da valor a otros elementos, básicamente, a la actitud activa del interesado, o sea, a la exteriorización o manifestación de voluntad por parte del niño o adolescente a través de ciertos comportamientos relativos al cuidado de su propio cuerpo como ser peticionario de información sobre su derecho a la salud sexual o reproductiva, la provisión de un anticonceptivo o someterse a un testeo de HIV sida. Todos ellos hacen presumir, según la ley, madurez y discernimiento y, por lo tanto, quedar habilitado para ejercer en forma personal los derechos sexuales y reproductivos. Esto no es más que el reconocimiento de una autonomía progresiva, otorgándose valor jurídico a ciertas manifestaciones que emanan de los niños y adolescentes en lo que respecta a sus derechos sexuales y reproductivos. Este es un claro ejemplo normativo donde se recepta la idea de “competencia” fundada en una presunción legal que, a su vez, reposa en el principio de autonomía progresiva.

¿Esta misma postura se podría extender a otros derechos personalísimos? La respuesta afirmativa se impone. Otro ejemplo se puede visualizar en otro derecho de esta naturaleza como lo es el derecho a conocer los orígenes del adoptado. Veamos, el art. 328 del Código Civil tras la reforma introducida al régimen jurídico de la adopción por la Ley 24.779 del año 1997, recepta este derecho en los siguientes términos: *“El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”*.

Como paso previo e ineludible, cabe preguntarse si esta regulación se encuentra en consonancia con el principio de autonomía progresiva al limitar el ejercicio de un derecho personalísimo que hace a la construcción de la identidad de una persona a una edad rígidamente estipulada y además, comparativamente, alta ya que en tantísimos países como hemos adelantado ya se alcanza la plena capacidad civil a esa edad; por

lo cual habilitar al adoptado cuando llega a la mayoría acceder al conocimiento sobre su biografía no es una conquista sino una obligación. Por lo tanto, fácil se advierte la falencia que muestra la redacción del art. 328 de la legislación civil de fondo, además de otras críticas que merece tal como se ha esgrimido en otras oportunidades.⁵⁵ Dicho esto, cabría indagar acerca de cuál sería la postura legislativa más atinada. Aquella que sigue la misma línea que el decreto local mencionado, proponiéndose la siguiente redacción al articulado en estudio: *“El adoptado tendrá derecho a conocer sus orígenes; a tal fin podrá acceder al expediente de adopción y demás información que conste en registros judiciales y/o administrativos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que petitiona este acceso está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, salvo que por razón fundada sea contrario al interés superior del niño”*.

Esta misma mirada revisionista debería trasladarse a una cantidad de derechos personalísimos de niños y adolescentes como ser aquellos relacionados con la libertad religiosa, el derecho a la educación, la decisión de dar un hijo en adopción por parte de padres menores de edad, el reconocimiento de hijos y todos aquellos actos relacionados con la filiación, la reasignación de sexo, disposición de órganos o material anatómico para transfusión de sangre y tratamientos médicos, la modificación del nombre, entre otros. Inclusive, revisar la normativa reciente en materia de edad legal para contraer matrimonio.

Tal como se ha adelantado, la Ley 26.449 publicada en el Boletín Oficial el 15/01/2009 modificó el inc. 5º del art. 166 del Código Civil, elevando y así equiparando la edad para contraer matrimonio del hombre y la mujer a los 18 años de edad. Entre la franja de los 18 a los 21 años se necesita contar con la correspondiente autorización de los padres o representantes legales y, por el contrario, por debajo de los 18 años, es imprescindible contarse con la correspondiente autorización judicial conocida como “dispensa” (art. 167 del Código Civil). En un precedente del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario del 22/05/2009, se cuestiona esta reciente reforma al señalarse que ella *“choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina, incorporada a la Constitución Nacional —art. 75 inc. 22— por la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 5—, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona”* y que también *“se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales —art. 3 inc d) Ley 26.061”*. Se afirma, a tono con este contexto, que una joven de 17 años que se encuentra embarazada y conviviendo con su novio de 24 años desde hace un año, no debería contar con la debida autorización judicial sino, simplemente, con la anuencia de sus progenitores, por lo cual se sostiene que debería

⁵⁵ HERRERA, M., *El derecho a la identidad en la adopción*, tomo II, Editorial Universidad, 2008, Buenos Aires, p. 115 y ss.

ceder el “Estado intervencionista” en atención al reconocimiento jurídico del principio de autonomía progresiva.⁵⁶

Asimismo, cabe destacar que esta perspectiva más integral no circunscripta al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de niños y adolescentes, es la que se adopta en el derecho español al establecer en el art. 162 del Código Civil que si bien “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan los actos relativos al derecho de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo (...)*”. De manera categórica, esta previsión no se detiene en el derecho a la salud, sino que es más extensa, al aludir al derecho de la personalidad de niños y adolescentes, por lo cual la excepción se muestra más laxa.

En suma, el desarrollo de los derechos personalísimos de niños y adolescentes en lo que respecta, fundamentalmente, a su ejercicio a la luz del principio de autonomía progresiva, no sólo nos conduce a explorar y ahondar sobre otros derechos además de aquellos que hacen al cuidado del propio cuerpo, sino también a salir de la edad como elemento esencial y único protagonista sobre el cual giran los sistemas jurídicos tradicionales en materia de capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes.

VII. ¿Y la capacidad negocial de niños, niñas y adolescentes?

VII. a. De una postura tradicional a una mirada contemporánea

Si todavía falta transitar algunos senderos en materia de derechos personalísimos de niños y adolescentes, más virgen y resistido es el tema en lo concerniente a la capacidad negocial de estas personas.

Sucede que el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y la mayor flexibilidad a la cual se invita en el campo de los derechos personalísimos es mirado con cierto recelo o resquemor cuando se trata de derechos patrimoniales o de máxima, una mirada cautelosa como la que propone Victoria Pellegrini cuando se refiere a la capacidad de contratación de las personas menores de edad expresamente prohibida en el art. 1160 del Código Civil.⁵⁷ Al respecto, se concluye que “*De los modelos legislativos posibles, adscribir a un sistema rígido puede no resultar el más conveniente —propiciando su reforma legislativa— pero no por ello necesariamente inconstitucional. Es más, fijar un límite erario simplifica la cuestión probatoria, ya que alcanzadas las edades fijadas no se requiere ningún tipo de prueba ni discusión jurisdiccional*”, pero

⁵⁶ Trib. Col. Familia, N° 5, Rosario, 22/05/2009, G. V. A. s/ dispensa, expte. 1075/09, inédito.

⁵⁷ Con este articulado se inaugura en el Código Civil el capítulo relativo a “*De los que pueden contratar*”, observando en su primera parte que “*No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido (...)*”.

a pesar de ello, reconoce que *“Evidentemente, el concepto de autonomía progresiva algo tiene para decir respecto a la capacidad de contratación prevista en la legislación interna argentina para las personas menores de edad”*.⁵⁸

De manera sintética, en este apartado se subirán a escena algunas consideraciones que colocan en crisis esa perspectiva hermética que no hace más que reafirmar y mantener el “statu quo”, y a la vez, intentar a modo de apertura sentar algunas bases para repensar cómo, en qué medida y en qué aspectos podría ingresar el reiterado principio de autonomía progresiva al campo negocial de niños y adolescentes.

Uno de los argumentos más fuertes para alistarse en contra del ingreso del principio de autonomía en el campo de los derechos patrimoniales de niños y adolescentes es que en estos casos se encuentran involucrados derechos o intereses de terceros. Sin embargo, y con la mira puesta en el derecho comparado, cabría hacer algunas distinciones y profundizar sobre esta cuestión.

En este contexto, el interrogante que debería hacerse es acerca de la posibilidad o no de lograr una mayor elasticidad del sistema de la capacidad civil en materia patrimonial a través de los conceptos de discernimiento, desarrollo cognitivo y madurez, sin vulnerar o respetándose los derechos de todos los involucrados en el acto. En otras palabras, si habría en este campo un espacio para el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y, en caso afirmativo, indagar en qué sentido o con qué amplitud y mediante qué figuras y/o postura legislativa.

Uno de los elementos que se advierten en el derecho comparado al respecto se centra en la necesidad de distinguir la entidad o compromiso económico en juego.

Veamos: en Alemania se habla de la “capacidad negocial” de los niños, la cual compromete a las personas a partir de los 7 años de edad pero limitada a los llamados “casos de dinero de bolsillo”, es decir, aquellos donde un niño adquiere una mercancía de escaso valor abonada en el mismo acto. Se trata de contratos celebrados por el hijo con dinero proporcionado por los padres o terceros. ¿Cuál sería el fundamento jurídico de la validez de esta transacción de carácter patrimonial? La presunción de aceptación o autorización paterna, es decir, que los niños actuaron con la anuencia de sus progenitores, por lo cual se trataría de un acto mixto donde los niños prestan el consentimiento y los padres asienten pero de modo presunto.

Por su parte, cabe recordar que el derecho francés ya en el año 1970 fue protagonista de una reforma legislativa de suma importancia donde, amén de modificarse el término “patria potestad” por el de “autoridad parental”, se introdujeron cambios sustanciales en el régimen jurídico relativo a la relación paterno-filial. Es dentro de este contexto donde se empezó a acuñar la figura de la “asistencia” paterna, por lo cual, no sólo hay actos

⁵⁸ PELLEGRINI, M. V., “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de las personas menores de edad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 97.

donde los padres representan a los hijos (sustitutivos de la voluntad de los hijos), sino también se prevén situaciones intermedias donde los hijos son protagonistas del acto que se trate pero con la asistencia de los padres. Como se ha adelantado, este concepto de “asistencia” amplía el abanico de posibilidades ante la falta de desarrollo madurativo del niño teniendo en cuenta el tipo de acto de que se trate, considerándose que se necesita una mayor evolución de las facultades en lo relativo a ciertos derechos y menor en otros como en los de carácter personalísimos. En este sentido, la doctrina francesa acuña la idea de una “autonomía con geometría variable”, donde tanto la edad como el criterio de discernimiento constituyen dos pilares de dicho sistema. Con relación a los actos de carácter patrimoniales, se afirma que a los 16 años de edad —es decir, antes de alcanzarse la mayoría de edad que acontece a los 18 años— cesa el derecho de los padres al goce sobre los bienes de los hijos, como así también se permite a los hijos el ejercicio por sí solos de aquellos “actos de la vida corriente”.

Asimismo, cabe destacar el art. 389-3 del Código Civil francés, el cual dispone que “*El administrador legal representará al menor en todos los actos civiles, salvo en los casos en que la ley o la costumbre autorice a los menores a actuar por sí mismos*”. Si bien se adopta como principio general la incapacidad, deja abierta la posibilidad para que el niño o adolescente pueda actuar por sí solo ante ciertos supuestos apelándose de manera amplia a la “costumbre” como una de las fuentes del derecho.

En el derecho español la doctrina hace tiempo viene esgrimiendo una mirada crítica hacia la incapacidad negocial de las personas menores de edad. Sobre este punto, se asevera que “*En un principio, atendiendo a la interpretación literal de los artículos 1261 y 1263 del Código Civil, el menor de edad no tendría capacidad contractual, por lo tanto, los actos por él realizados no tendrían ninguna eficacia jurídica. Ahora bien, no debemos olvidar que esa ineptitud para contratar que en principio propugna el art. 1263 del Código Civil debe ser matizada y puesta en relación con la vida real. Así lo ha entendido la doctrina más autorizada*”. Agregándose que “*Hay que reconocer que los menores van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos, sin que se plantee cuestión en torno a la validez de los contratos celebrados por ellos, contratos de transporte, espectáculos, compra de libros, ropa, etc. Es por ello, por lo que la doctrina se cuestiona la capacidad, individual y autónoma concedida al mismo, tiene mayor reflejo*”.⁵⁹ Tan es así, que el Código Civil español regula de manera específica la situación de personas menores de edad que llevan una vida independiente. Al respecto, el art. 319 reza que “*Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento*”. Si bien es una normativa cerrada al depender la emancipación de la exclusiva y excluyente voluntad de los progenitores, es interesante pensar en figuras como éstas de cara a la realidad. Por ejemplo, se le podría dar una respuesta normativa

⁵⁹ LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*, Dickinson, Madrid, 2001, p. 59.

más acorde a la cantidad de adolescentes que se van a estudiar a otra ciudad, alejándose de la mirada y acompañamiento de sus representantes legales, cuestión que tiene mayor relevancia práctica en ordenamientos jurídicos como el argentino donde la plena capacidad civil se adquiere, tal como se ha expresado, recién a los 21 años de edad.

También es interesante indagar sobre las legislaciones forales españolas. En el tema en estudio, cabe traer a colación la regulación que observa el derecho aragonés. El art. 5 de la Compilación de Aragón establece en su primer inciso que *“El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso de uno de cualquiera de sus padres, del tutor, o de la Junta de parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables”*. Y el inciso tercero agrega que *“El mayor de catorce años que, con el beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”*. Nuevamente se apela a la figura de la “asistencia”, permitiéndose que el rol principal recaiga en el niño o adolescente al ser quien concluye el acto pero es secundado o su voluntad es completada con la de sus progenitores, postura totalmente contraria con la figura de la representación legal que se funda en la idea de sustitución o reemplazo.

Por otra parte, cabe señalar la diferencia entre “beneplácito” y “consentimiento” paterno, siendo el primero sinónimo de aprobación o de “dar por buena una cosa”, mientras que el segundo equivale a permitir. Sobre esta otra categoría novedosa para el derecho civil, se ha sostenido que *“Para la doctrina aragonesa, el legislador fue bastante afortunado al incluir el término de beneplácito, aducen que está más en consonancia con lo que se entiende en Aragón por autoridad parental o familiar, ya que ésta se entiende de una manera más flexible que la patria potestad de Código Civil y además, por estar más acorde con el modo de entenderse la capacidad del menor de catorce años de edad en el Derecho aragonés”*.⁶⁰

Como se puede apreciar, consideraciones como éstas que descansan en el derecho comparado permiten ampliar y renovar el debate auspiciado, sin lugar a dudas, por el principio de autonomía progresiva. ¿Es lo mismo comprar una golosina en el kiosco de la escuela que vender un auto? Si la respuesta es negativa, habría que examinar de qué modo la ley puede receptar esta diferencia que se observa, de manera elocuente, en la práctica. A lo mejor, el ejemplo del derecho alemán y el régimen especial cuando se trata de “dinero de bolsillo” podría ser un buen punto de partida.

Por otra parte, y desde el punto de vista sociológico o sin perder de vista la realidad social, es sabido que el desarrollo tecnológico permite una mayor modernización y facilidad en la adquisición de bienes y servicios. Por ejemplo, en la actualidad una gran cantidad de transacciones económicas se realizan a través de un aparato electrónico,

⁶⁰ Idem, p. 91.

de un cajero automático. ¿Acaso no es posible que un niño o adolescente conozca la clave y utilice la tarjeta de débito de uno de sus padres y procede a retirar dinero de la cuenta bancaria? Este es otro de los tantos avances de la tecnología que no le deberían ser ajenos al derecho y que, a la postre, es hábil para reafirmar la puesta en crisis del principio de la casi total “incapacidad” negocial de las personas menores de edad. He aquí otro interesante entrecruzamiento temático patrocinado por la fuerza de la realidad entre tecnología y autonomía.

VII. b. Una vez más, revisándose el contenido de la “responsabilidad parental”

Si de responsabilidad parental y autonomía de niños y adolescentes en el campo negocial se trata, surge un nuevo interrogante que gira en torno a la constitucionalidad de la figura del “usufructo paterno”. ¿Es posible la convivencia/coexistencia con los postulados que promueve la CDN de una figura jurídica donde los padres o representantes legales se “adueñan” del producido de los bienes de sus hijos, salvo supuestos de excepción?⁶¹

Esta interesante disyuntiva que proponen y ahondan Lloveras y Salomón, quienes se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del usufructo materno-paterno, al entender que *“el Código Civil, con el diseño legislativo del usufructo paterno-materno, y en especial al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y frutos de los bienes que pertenecen al hijo, vulnera la esencia misma del derecho patrimonial del menor. Por lo tanto, sostenemos la inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno porque desconoce las siguientes pautas emanadas del derecho humanitario contenidas en nuestra Carta Magna”*, entre las que se señalan: a) el ignorar que el hijo menor de edad es sujeto titular de derechos, entre ellos, los de carácter patrimonial, y en particular, el derecho de percibir los frutos y rentas de los bienes que componen su patrimonio y que le permitirían acrecentar su capital; b) el desconocimiento de que por principio es al titular de los bienes a quien le corresponden los frutos y rentas de ellos de conformidad con el derecho de propiedad; c) que se discrimina a los hijos menores de edad en el paisaje general de los derechos reales, al ver disminuido su patrimonio, en tanto no se incorporan los frutos y rentas de sus bienes que les pertenecen, ingresándolos al patrimonio de otros sujetos que no son los titulares de esos bienes —los padres—; d) que conforme al principio por el cual la responsabilidad parental se ejerce en interés y en beneficio del hijo, no podría ejercerse dicha autoridad beneficiándose injustificadamente el padre y la madre con las rentas y frutos que pertenecen al patrimonio de los hijos; e) desde el actual techo ideológico de la Constitucional Nacional no se pueden justificar las razones por las que el legislador sigue

⁶¹ Reza el art. 287 del Código Civil que *“El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes: 1ro. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres; 2do. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; 3ro. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo”*.

sosteniendo el “desapoderamiento” o “vaciamiento” del patrimonio del menor, a título de usufructo legal, y el correlativo ensanchamiento del patrimonio de los padres; f) que el ejercicio de la patria potestad no viene investido de un carácter lucrativo, por lo cual, no habría razones que estén en la tésis de la institución que los padres pueden acrecentar sus patrimonios con el producido de los bienes del hijo.⁶²

Todos estos argumentos descansan, en mayor o menor medida, en el reconocimiento de los hijos como sujetos de derechos, con individualidad y autonomía, separados de la autoridad de los progenitores. Este es un lúcido supuesto donde se vislumbra la incidencia del principio de autonomía en el reconocimiento y satisfacción de derechos patrimoniales de niños, niñas y adolescentes.

VII. c. La figura de la emancipación desde la lupa de la autonomía progresiva

Si de infancia y adolescencia se trata en lo relativo a los derechos o actos de tinte patrimoniales, no se puede perder de vista otra institución clásica del derecho civil. Nos referimos a la figura de la emancipación como *“institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad”*.⁶³

Cabe recordar que en el derecho argentino hay dos tipos de emancipación: 1) emancipación por matrimonio y 2) emancipación por habilitación de edad. Los requisitos para el primero es que el hombre y la mujer tengan la edad hábil para contraer nupcias, es decir, 18 años para ambos sexos y la efectiva celebración del matrimonio. Por su parte, los requisitos de la segunda tipología están regulados en el segundo y tercer párrafos del art. 131 del Código Civil según ley 17.711 que expresan: *“Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado Registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar”*.

Colocándose como eje de análisis el principio de autonomía progresiva, tanto la emancipación por matrimonio como la emancipación por habilitación presentan algunas sutilezas

⁶² LLOVERAS, N. y Salomón, M., “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, JA 2007-IV-1117.

⁶³ LLAMBIAS, J. J., *ob. cit.* p. 457.

que merecen ser destacadas. Una de ellas se observa en el art. 168 del Código Civil cuando se afirma que la persona menor de edad emancipada por habilitación de edad no podrá contraer matrimonio sin el asentimiento de sus padres o de la persona responsable o, en su defecto, del juez, por lo cual el Código Civil continúa estableciendo algunas “incapacidades” aún en el supuesto de emancipación, cuando se le ha reconocido la madurez para celebrar por sí actos patrimoniales y, consigo, entablar relaciones con terceros. ¿Acaso es posible hacer una diferencia tajante entre la madurez para decisiones personales y para actos patrimoniales? En otras palabras, habría que revisar si en la sociedad actual caracterizada por la idea de ser una “aldea globalizada”, una vez que se permite o se habilita al adolescente a entablar e interactuar con otros por razones negociales, esto mismo no conlleva, a la par, a un mayor desenvolvimiento, confianza en sí mismo y crecimiento por la circularidad en las relaciones con terceros que, en definitiva, producen un avance en el desarrollo cognitivo general en la persona.

Por otra parte, también se observan ciertas limitaciones a las personas menores de edad que contrajeron matrimonio. Así, el art. 131 en sus dos primeros párrafos dispone que *“Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134. Si se hubieren casado sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación”*.

¿Cuáles son las limitaciones que impone el art. 134 del Código Civil? Que los *emancipados “no pueden ni con autorización judicial: 1ro. Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2do. Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3ro. Afianzar obligaciones”*, agregándose en el articulado siguiente que éstos *“adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad”*.

Fundado en estas normativas, se ha sostenido que *“la condición del menor emancipado no es idéntica a la del mayor de edad, pues su capacidad general se ve modificada por la incidencia de los arts. 134 y 135 del Código (...) Por el juego de todas estas disposiciones el menor emancipado queda ubicado como persona capaz con restricciones para actos determinados; es capaz por regla general, e incapaz por excepción, respecto de ciertos actos de carácter patrimonial”*.⁶⁴

De este modo, se reafirma lo expresado sobre la mirada restrictiva que gira en torno a la capacidad negocial de niños, niñas y adolescentes que ha quedado plasmada de manera reciente en un precedente dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

⁶⁴ Idem p. 466.

de Junín de fecha 16/10/2008⁶⁵ donde la situación fáctica planteada era la siguiente. Una joven de 18 años que vivía con su abuela y estaba comenzando un emprendimiento laboral (taller de costura), solicita ante la justicia su emancipación dativa o por habilitación de edad, en atención a que su madre había fallecido y no tenía una buena relación con su padre, considerando necesario alcanzar la plena capacidad civil para llevar adelante por sí sola ciertos actos relativos a dicho emprendimiento para su manutención. Tanto en primera como en segunda instancia, se rechaza la petición de emancipación fundada en los siguientes argumentos: 1) que la joven aún se encontraba bajo la patria potestad de su padre (conf. art. 264 inc. 3, Código Civil); 2) que no se daba en la situación ninguna causal de suspensión o privación de la patria potestad regulada en los arts. 307 y 309 del mismo cuerpo normativo; 3) que la norma aplicable al caso, el mencionado art. 131, sería claro al respecto, entendiéndose que la emancipación sólo puede ser acordada por decisión de quien ejerza sobre las personas menores de edad la patria potestad, en este caso el padre y 4) que no existía en el caso prueba de circunstancia excepcionalísima alguna por la cual se debía abandonar el principio general por el cual la emancipación por habilitación de edad debe ser decidida por los padres.

No cabe duda que este tipo de decisiones contrarían el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes —además de otros tantos derechos humanos que titularizan los niños y adolescentes—, amén de colocar en “off side” la mayoría de edad alta que recepta el derecho argentino.

El mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa de mayor fuerza normativa que la legislación civil de fondo, no sólo establece un límite a la responsabilidad paterna, sino que en este supuesto nos conmina a preguntarnos si se deberían observar con la misma estrictez las decisiones de un padre que cuida, cría y educa a su hijo de aquél que se desentiende y no tiene relación alguna como en el caso en análisis.

Asimismo, los jueces en este precedente —siguiendo un trabajo de Chaumet y Meroi sobre “¿Es el derecho un juego de los jueces?”— señalan que en la actualidad las decisiones sobre aspectos centrales de las más variadas ramas jurídicas son justificadas directamente desde principios constitucionales, destacándose que *“se omite así la mediación de una norma (habitualmente la ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del principio constitucional, tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso en concreto”*. Agregándose que *“No en vano se ha afirmado —recordando ejemplos de la jurisprudencia alemana— que ‘casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional, fenómeno que genera que se multiplican los elogios a la protección judicial de los derechos’ y, al propio tiempo, arrecian las críticas a la creación judicial del Derecho”*.

⁶⁵ Capel., Civ. y Com. Junín, 16/10/2008. “DS., A. R s/ emancipación y habilitación y sus revocatorias en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad*, enero 2009, año V, vol. 57, p. 6162.

Esta postura, lamentablemente, sigue siendo moneda corriente en la doctrina jurisprudencial, al entenderse que se debe aplicar la normativa infraconstitucional si ella prevé una determinada solución al conflicto planteado, sin comprender la obligación judicial de analizar en todo momento la tensión entre las normas de diferentes jerarquías, máxime en un ordenamiento jurídico como el argentino donde se adopta un sistema de control de constitucionalidad difuso, importando ello un claro compromiso de los jueces en indagar la ineludible interacción entre normas de diferente jerarquía, ya sea que la respuesta esté o no expresamente prevista en las normas de rango inferior.

Lo dicho no es óbice para hacer la siguiente reflexión que reafirma la importancia de los cambios legales. Es cierto que desde los “principios constitucionales” a los que aluden los magistrados en el fallo, la resolución hubiera sido la contraria so pena de incurrirse en una abierta violación al principio de autonomía progresiva y, consigo, el interés superior del niño. Pero también lo es que una modificación de la legislación civil al respecto que estuviera en total consonancia con dicho principio habría evitado caer en este “problema de interpretación”. ¿Le interesa al Estado —cuya voz se exterioriza a través del Poder Judicial— vedarle a una joven poder desempeñarse con libertad en el plano laboral a través de la figura de la emancipación ante una negativa infundada de su padre? La respuesta negativa se impone.

Seguramente una modificación en el régimen jurídico vigente en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes a la luz del reiterado principio de autonomía progresiva, introduciría cambios radicales en la figura de la emancipación, observándose de este modo un perfil preventivo del derecho que debería ser potencializado.

VIII. Clausura

En este ensayo se ha tenido por objeto colocar sobre el escenario algunas de las tantísimas tensiones que despierta un principio de derechos humanos tan emancipador como temido, como lo es el de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el campo del derecho civil de fondo; y a la vez, dejar algunas huellas trazadas para un camino necesario y paralelo en el ámbito del derecho procesal civil donde se profundice acerca de los diferentes modos de ver efectivizado el derecho a participar en los procesos administrativos y judiciales que los involucra de manera directa, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado art. 27 de la Ley 26.061.

En otras palabras, se trata de analizar de manera crítica y seria el potencial que observa el principio de autonomía de niños, niñas y adolescentes al penetrar en la legislación civil de fondo, sin perderse de vista que esta actividad repercute, de manera ineludible, en la legislación procesal civil.

Aquí se ha apostado a movilizar y actualizar el debate sobre el rol de los niños y adolescentes en el derecho civil contemporáneo, para lo cual el principio de autonomía de

niños, niñas y adolescentes se aprecia como una pieza fundamental, esencial y central que concentra aspectos de otros derechos humanos también “emancipadores” como el derecho a la libertad, el derecho de participación y el derecho al desarrollo de la personalidad de aquéllos.

En suma, y como lo ha expresado el reconocido periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano, los derechos humanos *“Son cosas chiquitas. No acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo, no socializan los medios de producción y de cambio, no expropián las cuevas de Alí Babá. Pero quizá desencadenen la alegría de hacer, y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable”*.

En particular, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en su carácter de ser uno de los principios de derechos humanos expresamente reconocido a un determinado grupo etario que se encuentra en una especial situación de mayor vulnerabilidad, tampoco sacará a éstos de la miseria, de la persistente desigualdad social y la consecuente dificultad para ver satisfechos sendos derechos humanos, pero de mínima, coadyuva a enfrentar estas abiertas violaciones constituyéndose en un disparador hábil para diseñar un “modelo para armar y otro para desarmar” en el campo del derecho civil, tan reacto a los cambios o arraigado al mantenimiento del “statu quo”.

Algo cierto y nada desdeñable nos dicen los derechos humanos: que la realidad es transformable y que las leyes no son otra cosa que actos que llevan adelante los hombres. Por ende, lo que la ley dice hoy, puede decir perfectamente otra cosa mañana. El desafío consiste en desentrañar qué es lo que debería decir para estar en consonancia con voces imperativas provenientes del plexo normativo internacional.

¿Cómo debería ser el sistema jurídico en materia de capacidad civil y representación legal para estar a tono con la idea de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y, en especial, con el principio de autonomía progresiva? Este es uno de los esfuerzos intelectuales actuales más incisivos al que deben enfrentarse los operadores del derecho inquietos por la cuestión jurídica de la infancia y adolescencia en el campo civil.

En este ensayo se intentó sentar las bases para una postergada y compleja discusión que, como en todos los temas centrales que propone la CDN, presenta adeptos y detractores. Una vez más, se trata del choque inexorable entre lo viejo y lo nuevo.

Así de complicados son los verdaderos desafíos. Y no podría ser de otro modo cuando de la satisfacción y efectivización de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes se trata.