

**“La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes”**

**Marisa Herrera**

---

La autora es Profesora 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.

---

# “LA DEMOCRATIZACIÓN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA. DESAFÍOS DE LA RELACIÓN PADRES E HIJOS DESDE EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”<sup>1· 2</sup>

*“Pensemos en tres chicos y una flauta. Ana dice que a ella deberían darle la flauta porque es la única que sabe tocarla. Bob dice que la flauta se le debe dar a él dado que es tan pobre que no tiene juguetes. Carla dice que la flauta es suya porque es fruto de su trabajo. ¿Cómo decidimos entre estos tres reclamos?”*

**(Amartya Sen, “La idea de la justicia”)**

## **I. ¿QUÉ ES DE LA IDEA DE JUSTICIA EN LAS RELACIONES ENTRE PADRES E HIJOS HOY?**

Hace tiempo que desde una mirada crítica, se propone revisar el régimen jurídico de la mal llamada “patria potestad” a la luz del principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes que propone la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>3</sup>, de raigambre o jerarquía constitucional en el derecho argentino tras la reforma de 1994 (conforme artículo 75 inciso 22)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> El equipo de redacción de la Revista señala que se ha mantenido el formato original de la conferencia a fin de reflejar lo más fielmente su espíritu.

<sup>2</sup> Una primera versión de este trabajo se encuentra publicada en la Revista Justicia y Derechos del Niño, nro 11, UNICEF, Santiago, p. 107 y ss.

<sup>3</sup> CDN o Convención a secas, indistintamente.

<sup>4</sup> Entre tantos otros compulsar, Domínguez, Gil; Famá, Andrés; Herrera, María Victoria y Herrera, Marisa, Derecho Constitucional de Derecho, Buenos Aires, Ediar, 2006, tomo I; Minyersky, Nelly y Herrera, Marisa, “Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061” en García Méndez, Emilio (compilador), Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, Fundación Sur- Editores del Puerto, 2006, pp. 43 y ss; Herrera, Marisa, “Autonomía, capacidad y participación en el ejercicio de derechos personalísimos

Sucede que en el derecho argentino, toda interpretación infraconstitucional debe ser analizada desde el llamado “bloque de la constitucionalidad federal”. En este sentido, cabe sostener que no hay nada por fuera de este núcleo básico y supremo normativo, sino, por el contrario, que todas las leyes – entre ellas el Código Civil – deben estar a tono con los postulados de Derechos Humanos que emergen de ese plexo normativo.

Tratándose del vínculo parental, merecen destacarse además de la reiterada Convención, la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup> 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<sup>6</sup>. Incluso, se debe apelar a documentos jurídicos que integran

---

de niños, niñas y adolescentes a un lustro de la ley 26.061” en Flah, Lily; del Árbol, Mabel y Fodor, Sandra (coordinadores), obra colectiva en homenaje a la Profesora Nelly Minyersky, Buenos Aires, Editorial Errepar, en prensa, 2010; Favot, María L., “Capacidad progresiva del menor y su incidencia en el régimen de capacidad civil”, APC 2010-1-1 en Abeledo Perrot on line: Citar Lexis N° 0003/70057987-1; Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, El derecho de familia desde la Constitución, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2010, entre otros.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 nro 16, 17 y 18). Agregándose

el llamado “soft law”<sup>7</sup> 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 internacional “de vigilancia” como el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el mandamiento establecido en su artículo 44<sup>8</sup>.

---

en el también reconocido caso “Giroldi” 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’ (artículo 75 inc. 22, parr. 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, Giroldi, Horacio D. y otro, LL, 1995-D, 462, considerando 11°).

<sup>7</sup> 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 artículo 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 etario, tal como surge de la doctrina jurisprudencial desarrollada en los últimos años (conf. Morlachetti, 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).

<sup>8</sup> 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 (Oser-

Desde este panorama como telón de fondo, pretendemos responder en este trabajo varios interrogantes que, en definitiva, tienen por objeto colocar en crisis (como sinónimo de cambio) la relación padres e hijos desde el punto de vista jurídico en el derecho de familia contemporáneo. Precisamente, este contexto normativo que es tan abrumador y contundente, como es la doctrina internacional de los derechos humanos, se muestra 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.

De ello surgen algunas interrogantes:

¿Qué es, qué encierra o qué implica el principio de capacidad o autonomía progresiva?

¿Qué relación tiene con la noción de los niños como sujetos de derecho y con el eje rector en materia de derechos de la infancia como lo es el ya conocido “interés superior del niño”?

¿Qué es del vínculo entre padres e hijos desde el punto de vista jurídico desde un principio incontrastable en todo Estado Constitucional de Derecho como lo es la “democratización de las relaciones familiares”?

¿Se habría visto modificado el contenido de los derechos y deberes de los padres para con sus hijos –denominado todavía “patria potestad” en algunos países, como en Argentina, de conformidad con el artículo 264 del Código Civil– al ser releído, de manera obligatoria, de conformidad con la superioridad normativa aludida que ostenta la Convención? ¿En qué sentido o aspectos?

Retomando la idea de responsabilidad internacional del Estado aludida, es interesante poner en tela de juicio el rol de uno de los tres poderes del Estado: el Poder Legislativo y su relevante rol de acortar la brecha existente entre normativas de diferente jerarquía, siendo, precisamente, las de rango infraconstitucional (en el derecho argentino, el Código Civil) las más hábiles y contundentes para introducir

---

vaciones 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°).

cambios en las prácticas legales y sociales en el derecho de familia, en este caso, en el vínculo entre padres e hijos.

Hay conflictos donde su resolución depende de varios factores como, por ejemplo –y sin abandonar 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 ante situaciones de familias con escasos recursos socioeconómicos y la consecuente vulneración social, por citar algunas. En estos casos, no es el Poder Legislativo el que cometería la falta, ya que sendas normativas prevén la obligación del Poder Ejecutivo para la implementación de diversas acciones positivas tendientes a dar respuesta a estas situaciones de vulnerabilidad social. Pero hay otros supuestos donde el Legislativo sí tendría un impacto y responsabilidad directa en la introducción de cambios culturales y sociales. Un claro ejemplo es la preferencia materna en la también mal llamada “tenencia” de los hijos tras la ruptura de la relación de pareja que prevé el artículo 206 del Código Civil para los niños menores de 5 años, y sin especificación o limitación etaria alguna en el cuidado personal para el derecho chileno en el artículo 225 de su legislación civil. ¿Acaso normativas de este tenor no contribuyen a reafirmar roles, estereotipos e imaginarios tradicionales en total disonancia con el principio de igualdad entre hombres y mujeres plasmado de manera elocuente en el artículo 16 de la Convención contra todas las formas de Discriminación contra la Mujer, más conocida por sus siglas en inglés de CEDAW?

Una voz proveniente del derecho chileno señala que, no por casualidad, se asume “*que la doctrina jurídica fundante del Estado Democrático de Derecho es el pluralismo jurídico*”; destaca que “*no obstante todas las reformas que han mejorado la situación de las mujeres, permanece inmodificado, en lo sustantivo, el dispositivo ideológico del patriarcado por lo menos en lo que respecta a su enclave más potente en términos simbólicos: la asignación de roles en base a la distinción público/privado*”. Dentro de este contexto, resalta que tras la ruptura de la unión, la esfera patrimonial sobre la relación padres e hijos que en el derecho chileno se desarrolla bajo la figura de la “patria potestad” está reservada al padre (artículo 244 del Código Civil) y en cambio, el ámbito personal relativo al cuidado, a la madre, a través de la mencionada “preferencia”. Sobre este punto, asevera que “*no cabe menos que tomar conciencia que tal proceder legislativo es una opción en favor de una determinada ideología (la de las diferenciaciones de género elevadas a la categoría de naturales: ‘nadie mejor que las mujeres para cuidar a los hijos y nadie mejor que los hombres para administrar los bienes’), que históricamente se ha traducido en la subyugación de las mujeres*”. Y agrega: “*Este proceder, a su vez, trae aparejadas otras nefastas consecuencias, como por ejemplo, que en relación con algunas materias el acento esté puesto en la supuesta mejor aptitud*

*natural de las mujeres para desempeñar ciertos roles y de los hombres para asumir otros; y no en el interés superior del niño, niña o adolescente, principio rector del derecho de familia contemporáneo”<sup>9</sup>.*

Más allá de la declaración de inconstitucional que podría llevar adelante un juez en Argentina por aplicación del control de constitucionalidad difuso, habilitado incluso para que lo haga de oficio, o por vía interpretativa por el juez también en Chile, tal como lo propone Paulina Veloso, lo cierto es que el legislador juega un papel de suma importancia para introducir una modificación radical para estar a tono con el principio de igualdad si deroga la preferencia en análisis. Esta misma línea que revaloriza el rol del Legislador es la que se defiende en este trabajo relacionado con el concepto y contenido de la “patria potestad” desde un principio básico de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, como lo es el de su capacidad o autonomía progresiva. La cual sería compartida por el mencionado autor chileno, Gabriel Hernández, cuando afirma que *“si bien muchos países presentan un tipo de ordenamiento constitucional que, declarativamente, supone la configuración de un Estado democrático de derecho, son muchos también los que no han logrado llevar a la práctica satisfactoriamente los principios inspiradores de tal forma estatal (...) Atendida esta incoherencia es que el trabajo de los operadores del derecho (principalmente legisladores y jueces) debe tender decididamente a hacer operativos tales principios (...) Un Estado que de democrático de derecho sólo tiene su normativa constitucional –y no también sus leyes y resoluciones judiciales– se encuentra más lejos que cerca de la plena realización de dicha forma estatal”<sup>10</sup>.*

En esta línea, fácilmente se comprende la responsabilidad que recae sobre el Poder Legislativo en promocionar cambios concretos para una efectiva democratización de las relaciones familiares y, dentro de éstas, los vínculos entre padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños y adolescentes que se desprende directamente del eje rector en la materia como lo es el interés superior del niño<sup>11</sup>. Es en este campo donde se pretende indagar acerca del grado

<sup>9</sup> Hernández P., Gabriel, “Ética y Derecho de Familia en el Estado Democrático de Derecho”, en Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, Universidad de Chile, N° 2/2008, Santiago, pp. 53 - 54. Esta mirada crítica también es puesta de resalto en la doctrina chilena por Lathrop, quien al revalorizar el principio de coparentalidad o corresponsabilidad, necesariamente coloca en tela de juicio la constitucionalidad de la preferencia materna. Es innegable que ambas cuestiones se encuentran íntimamente conectadas, observándose que la segunda (la preferencia) sería incompatible con el primero, el sistema de corresponsabilidad (ver Lathrop, Fabiola, “La corresponsabilidad parental” en Pizarro, Carlos (coordinador), Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué 2008, Santiago, Abeledo Perrot, 2008, pp. 207 y ss).

<sup>10</sup> Hernández, Gabriel, op. cit. pp. 42 y 43.

<sup>11</sup> Este desprendimiento se puede observar del texto que reza el artículo 3 de la ley de protección

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 –básicamente en el derecho argentino– a la luz de la obligada doctrina internacional de los derechos humanos. Aquí 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<sup>12</sup>.

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 ir un poco más allá al intentar 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, por lo cual, partir del derecho internacional de los derechos humanos no ha sido una decisión casual<sup>13</sup>.

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*”. Así, no

---

integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes argentina (ley 26.061) al expresar: “*A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar:*

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) *El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada 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;*
- e) *El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;*
- f) *Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia (...).”*

<sup>12</sup> Cabe recordar el artículo 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*”.

<sup>13</sup> COURTIS, C., “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho” en COURTIS, C. (compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la Investigación Jurídica*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 355 - 356.

hay duda alguna de que la doctrina internacional de los derechos humanos nos ha colocado en otro lugar desde donde observar, además de cómo observar y qué observar, implicando una “nueva forma de visión”. Es en este marco centrado en la idea de movimiento, donde se intentará profundizar acerca de qué es una “nueva visión” sobre la capacidad civil de niñas, niños y adolescentes y su incidencia en las relaciones de padres e hijos.

En suma, los retos se enfrentan, no se eluden; máxime cuando están en juego derechos humanos de niños y adolescentes en Estados democráticos. Esta es la idea que en definitiva, motoriza este ensayo.

## II. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL COMO 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 adolescentes<sup>14</sup> cuenta con un reconocimiento expreso por parte de la comunidad normativa internacional<sup>15</sup>. Como era de presumir, la herramienta jurídica que la recepta e incentiva es la aludida Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo de carácter internacional especial que más adhesiones y en el menor tiempo ha logrado.

De manera precisa, 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*”<sup>16</sup>; que “*es una etapa*

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Para un mayor desarrollo del tema, compulsar GIL DOMÍNGUEZ, A.- FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, t. I, pp. 520 y ss.

<sup>16</sup> CILLERO BRUÑOL, 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, 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*

*fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos*<sup>17</sup>; 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 América Latina*”<sup>18</sup>; que significa “*un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico –y muy especialmente- cultural*”<sup>19</sup>; 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*”<sup>20</sup> 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<sup>21</sup>. Afirmaciones, todas ellas, que no obstaculizan la mirada más realista y paradójica acerca de que esta herramienta legal de carácter internacional está signada –al menos hasta ahora– por un “*bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y –eventualmente– simbólico*”<sup>22</sup>.

Uno de los pilares que propone la Convención y que ha significado una gran “*subversión*” para alcanzar una concepción jurídica de la infancia contemporánea

---

*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 sus 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).

<sup>17</sup> BARATTA, A., “*Democracia y Derechos del Niño*”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, Santiago de Chile, 2007, p. 17.

<sup>18</sup> CILLERO 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.

<sup>19</sup> BELOFF, M., “*Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos de los niños en situación irregular*” en BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit. p. 4. Una versión anterior ha sido publicada en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, Santiago de Chile, 1999, pp. 8 y ss.

<sup>20</sup> Siguiendo a Alessandro Baratta, quien, dentro de la interacción entre Infancia y Democracia, coloca en un lugar de relevancia a la tríada conformada por libertad, participación y representación (BARATTA, A., “*Infancia y Democracia*” en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá, Temis-Depalma, 1998, pp. 31 y ss.

<sup>21</sup> CILLERO 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), Paraná, Delta Editora, 1999, p. 24.

<sup>22</sup> BELOFF, M., “*Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*”, op. cit.

acorde con la complejidad que prima en la realidad social actual, 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.

Precisamente, la propia Convención en sus primeros párrafos de 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”*.

Ya en su texto, y en total consonancia con la columna vertebral de la doctrina internacional de los derechos humanos como lo es la revalorización de la persona, en materia de niños y adolescentes se trata del reconocimiento de su carácter de sujetos de derechos, con inquietudes y problemáticas propias en varias de sus disposiciones, donde se observa de manera precisa la importancia de su desarrollo madurativo y, consigo, la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan los niños y adolescentes.

El artículo base es el 5, donde se dispone 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<sup>23</sup>; también se establece un límite a esta “responsabilidad familiar”, al remarcarse que ella lo será *“en consonancia con la evolución de las facultades”* de los hijos. Este mandamiento supralegal implica, como mínimo, 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,

<sup>23</sup> 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.

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 – Legislador y Estado – Administrador); en otras palabras, que es un límite a la “tiranía de la familia” pero también a la “tiranía del Estado”<sup>24</sup>. En la misma sintonía, el artículo 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*”<sup>25</sup>.

Otra de las disposiciones claves en relación a la autonomía y su repercusión en la relación entre padres e hijos, 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 artículo 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 madurez del niño*”, agregándose en el segundo apartado que “*Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional*”.

Cierra 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 reunión pacífica y el derecho a la intimidad, respectivamente.

Situados en el ámbito interamericano, no se debe perder de vista la Opinión Consultiva N° 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*

<sup>24</sup> Estos 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.

<sup>25</sup> El resaltado nos pertenece.

*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 un mandamiento superior, 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 incluso en el aspecto procedimental en lo atinente a la capacidad procesal de niños y adolescentes. ¿Acaso la participación de niños y adolescentes de conformidad con su desarrollo madurativo, no sería una garantía del debido proceso civil fundado en el principio de autonomía progresiva? Por razones de espacio, esta última cuestión no será abordada en esta oportunidad, pero sí al menos señalada para ver la complejidad del tema como la interacción sistémica que involucra<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Para profundizar sobre el principio de capacidad o autonomía progresiva y su entrecruzamiento con el derecho procesal civil, compulsar entre otros, Famá, 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, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 179 y ss.; Kemelmajer de Carlucci, A., "El derecho constitucional del menor a ser oído" en Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional, N° 7, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1994, pp. 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 adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México", Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 3, Buenos Aires, 2001, pp. 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, Buenos Aires, Editores Del Puerto - Fundación Sur, 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 n° 35, Buenos Aires, LexisNexis, 2007); Pérez Manrique, R., Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 9, 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, N° 4, 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; Gozáini, O. A., "La representación procesal de los menores", LL, 2009-B-709; Famá, María Victoria, "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia", SJA 1/7/2009 y Abeledo Perrot on line (Citar Lexis N° 0003/014560); Fernández, Silvia, "El proceso

Es sabido que las regulaciones civiles tradicionales (la amplia mayoría), estructuran su sistema jurídico en materia de capacidad civil de las personas menores de edad desde el binomio incapacidad/capacidad, donde el primero es la regla y el segundo la excepción, fundado en que la incapacidad como principio general constituye un “elemento protectorio”<sup>27</sup>.

¿La idea de desarrollo madurativo ínsito en el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños y adolescentes tendría algún espacio dentro de un sistema rígido fundado en la edad como requisito pétreo y *sine qua non* para asignar o rechazar el ejercicio de derechos por sus propios protagonistas? Cómo salir de este estancamiento y facilismo legal vigente para estar en consonancia con el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes como un mandamiento y responsabilidad estatal, constituye un desafío nada sencillo.

### 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 se encuentran en directa vinculación con el concepto de capacidad/incapacidad.

La legislación civil argentina en lo que respecta a la parte general relativa a la capacidad no ha sufrido grandes modificaciones desde su sanción en 1871, salvo en lo referente a la edad legal en la cual se adquiere la plena capacidad civil. El Código Civil originario lo establecía a los 22 años, en la importante reforma en el año 1968 se disminuyó a los 21 y de manera más reciente, tras la sanción de la ley 26.579 del 2009, a los 18 años. En cambio, sí ha habido modificaciones sustanciales en lo atinente a la mal llamada “patria potestad”, cuya reforma y normativa vigente data del año 1985 al sancionarse la ley 23.264.

---

justo constitucional de niños y adolescentes. Reformulación de las nociones de defensa jurídica, representación legal y asistencia de los menores de edad a partir de las leyes de protección integral de derechos de infancia: hacia la tutela judicial efectiva de sus derechos; Revista Actualidad de la Provincia de Buenos Aires, 2009, N° 3, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 262 y ss, entre tantos otros.

<sup>27</sup> D’Antonio, D. H., Actividad Jurídica de los Menores de Edad, tercera edición actualizada, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 19.

¿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 (conf. artículo 3 ya citada y los arts. 24<sup>28</sup> y 27<sup>29</sup> del mismo cuerpo normativo).

¿Cómo armonizar la legislación civil de fondo y también la procesal, claro está a la luz de las normas de rango superior citadas que pertenecen a la Convención, como así también a disposiciones de la misma jerarquía normativa pero sancionadas posteriormente que el Código Civil? ¿Acaso no se debe aplicar 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

<sup>28</sup> Este artículo regula el derecho a ser oído estableciendo que éste implica:

“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”.

<sup>29</sup> Este articulado 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”.

derecho<sup>30</sup> 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 quienes 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.

Como se puede observar, lo que debería someterse a revisión y que en este ensayo se coloca sobre el escenario para un futuro y necesario debate serio, 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. artículo 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 avocarnos a la capacidad/incapacidad de hecho.

Con relación a la capacidad de obrar, el artículo 55 del Código Civil después de la reforma de la ley 17.711, sienta como principio rector que “*Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar*”<sup>31</sup>. 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.

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

<sup>30</sup> 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 posible 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. (Llambías, J., Tratado de Derecho Civil, tomo I, decimocuarta edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1992, p. 397, y pp. 414 y ss).

<sup>31</sup> El destacado nos pertenece.

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 edad<sup>32</sup>; 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.

Así, 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 impúberes” tal como lo expresa el artículo 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. artículo 133 del Código Civil)<sup>33</sup>.

A su vez, esta última categoría se relaciona con el concepto de “discernimiento” al que alude el artículo 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 dado por la idea de discernimiento que también es tomado 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 (artículo 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*”<sup>34</sup>. 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*

<sup>32</sup> 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 (artículo 2392) o se establecía la edad de 12 años para la mujer y de 14 para el varón para contraer matrimonio —frangas 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 artículo 286, por citar algunos ejemplos añejos.

<sup>33</sup> “Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos los que fueron de esta edad hasta los veintinueve años cumplidos” (artículo 127 del Código Civil).

<sup>34</sup> Cifuentes, S., *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986, p. 36.

*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”*<sup>35</sup>.

En este estado del desarrollo, deberíamos esgrimir algunos interrogantes como ser:

¿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 deberían 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 a la noción de representación legal que, precisamente, es la institución que tiene 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. 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*”<sup>36</sup>. Esta institución es una de las tantas ficciones jurídicas a la cual apela el Derecho, la cual tiene por objeto suplir la mencionada incapacidad de hecho para no ver violado 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 protagonista o principal destinatario del acto que se trate por ser una persona menor de edad.

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

---

<sup>35</sup> Ídem, p. 37.

<sup>36</sup> Llambías, J., op. cit. p. 422.

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 la 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 y de manera intermedia se alojaría otra figura como la mencionada asistencia, de gran desarrollo en el derecho comparado europeo y con menor intensidad en el derecho latinoamericano. Veamos un ejemplo, 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 español<sup>37</sup> al disponer en su artículo 157 del Código Civil que *“El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres”*<sup>38</sup>.

He aquí unas primeras conclusiones. El principio de autonomía progresiva es un mandamiento suprallegal y como tal, está destinado –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 madurez, desarrollo intelectual, comprensión y

<sup>37</sup> 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 artículo 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 estos y su representación en los actos civiles se regirá 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 artículo 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”.

<sup>38</sup> 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 Rodríguez, R., La representación legal de los hijos menores, Madrid, Universidad Carlos III, 1999, p. 38).

discernimiento que campean dentro de aquel principio de derechos humanos con ribetes propios cuando se trata de infancia y adolescencia, para lo cual habrían 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, la de representación legal.

En otras palabras, se trata de que el Derecho recepte una verdad incontrovertible: 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 sustituyen cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos. Sucede que en estos casos no habría un fundamento razonable que avale tal permuta, por ende, la norma infraconstitucional no podría impedir algo que un marco normativo de rango superior promueve. De seguirse en la tesitura rígida que defiende la legislación civil, podría incurrirse en un supuesto de injerencia estatal ilícita, avalando la ley en contra de lo que dispone la Convención, 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 y principales desafíos que se propone en 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.

#### **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 3 nociones:

- 1) El de “evolución”, tal como lo propicia la Convención 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 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) Aquél 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<sup>39</sup>.

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 válida. Es cierto que este sistema es el que mejor responde a la seguridad jurídica, encontrándose bien alejado de la temida

---

<sup>39</sup> Conf. “Las evoluciones de las facultades de niños y adolescentes”, ya citado.

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*”<sup>40</sup>.

¿Acaso la edad podría ser un requisito de relevancia para conocer el desarrollo madurativo o discernimiento de una persona menor de edad, pero no el único?

¿Podría sostenerse un régimen jurídico en materia de capacidad civil donde la edad no sea un elemento rígido sino flexible o meramente indicativo? Estos son algunos de los tantos interrogantes que se podrían derivar de modelos normativos intermedios y diferentes al sistema clásico centrado en la edad como variable *sine qua non* para permitir o prohibir el ejercicio de derechos.

¿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 tanto 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 adoptar 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

---

<sup>40</sup> 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*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2005, p. 232.

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.

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 extrapatrimonial 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 tipo 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 artículo 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 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 la consecuente democratización del vínculo entre padres e hijos al tenerse en cuenta el desarrollo madurativo de estos últimos de conformidad con su condición de verdaderos “sujetos de derecho”.

## **V. CAPACIDAD, COMPETENCIA, DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y RESPONSABILIDAD PARENTAL. UN ENTRAMADO TEMÁTICO DE INTERÉS PARA EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA**

En el campo donde más desarrollo ha tenido el 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 a un 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<sup>41</sup>. Como lo

---

<sup>41</sup> Máxime en el marco de un ordenamiento legal como el argentino que es el décimo país que extiende la institución del matrimonio a las personas del mismo sexo (ley 26.618 sancionada en el 2010). Amplio es el material bibliográfico habido acerca de las diversas formas de familia o la noción de familia en el siglo XXI; entre tantos otros recomendamos compulsar: Gil Domínguez, A.; Famá, M. V. y Herrera, M., *Derecho Constitucional de Familia*, op. cit.; Herrera, M. y Spaventa, V., “Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia”, *Revista Academia* n° 7, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Rubinzal Culzoni, 2007, pp. 123 y ss; Lloveras, N. y Salomón, M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2009; Grosman, C. P. (directora), *Los derechos del niño en la familia*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 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, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 7 y ss.

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”*<sup>42</sup>.

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 caben 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 la 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 y, en una palabra, educarlos, usualmente ligada a los padres o tutores, constituirá un importante elemento de evaluación de los que desempeñasen ese papel”*<sup>43</sup>.

Más aún, es dentro de la responsabilidad parental donde hace eclosión la

<sup>42</sup> 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”, Barcelona, editorial Anthropos, 2007, pp. 94 y ss.

<sup>43</sup> Vianna, A., El mal que se adivina. Policía y minoridad en Río de Janeiro, 1910-1920, Buenos Aires, Ad Hoc, 2007, pp. 186 - 187.

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 le cabe a los padres en el marco de su “responsabilidad parental” ante situaciones fácticas donde los hijos cuentan con madurez suficiente y estarían en condiciones para ejercer ese derecho?

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 como lo es el de “competencia” o “mayoría anticipada”. Precisamente, esta noción se ha gestado y desarrollado en el ámbito de la bioética y dentro de ésta, refiriéndose a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, tomándose como hito jurisprudencial el famoso caso Gillik<sup>44</sup> 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”*<sup>45</sup>.

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. El hito jurisprudencial ha sido 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<sup>46</sup>. En esta oportunidad, un organismo no gubernamental promovió una demanda

<sup>44</sup> Para profundizar sobre este tema, ver Gil Domínguez, A. Famá, M. V. y Herrera, M., Derecho Constitucional de Familia, op. cit. cuyo capítulo V se dedica al tema de la “Responsabilidad parental y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes”, pp. 520 y ss.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B- 413.

tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de sendos articulados 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 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 noción de capacidad circunscripta al campo de los actos jurídicos (artículo 944 del Código Civil), del grado de comprensión que se necesita cuando se trata de hechos jurídicos (artículo 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” (artículo 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (arts. 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”<sup>47</sup>.

En particular con 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*

---

<sup>47</sup> 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).

*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” se encuentra auspiciado precisamente, por el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, y juntos, reconceptualizan el contenido de la mal llamada “patria potestad”. Este sería uno de los tantos elementos que permite observar la diferencia en sustancia de la noción de “patria potestad” de la de “responsabilidad parental”. En la primera y de manera tradicional, se entiende que la relación entre padres e hijos gira en torno a los derechos de los padres sobre los hijos y en gran mayoría de los derechos que titularizan los hijos, entre ellos, sus derechos sexuales y reproductivos. Por el contrario, hablar de “responsabilidad parental”, dicha responsabilidad se extiende sólo o en atención al grado de madurez y discernimiento de los hijos. En esta lógica, es claro que el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sólo involucra a los padres en la medida en que se observa como positivo que éstos acompañen, informen, conversen con sus hijos sobre estos derechos; y por ende, se está totalmente alejado de la idea de que los derechos sexuales y reproductivos deben seguir bajo la “potestas” de los padres de manera autoritaria y vertical. Esta afirmación encuentra su basamento normativo en el mencionado artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

*¿Todos los operadores del derecho y de la salud adhieren a esta línea interpretativa?  
¿Cómo evitar la judicialización de este tipo de conflictos ya que, como se sabe, el acceso a la justicia no se desarrolla con la misma intensidad y calidad para todas las personas a pesar de lo que pregonen tantísimos instrumentos internacionales de derechos humanos? Con leyes infraconstitucionales con una determinada técnica legislativa que, efectivamente, recepen el principio de autonomía o capacidad progresiva. Un ejemplo preciso es el adoptado por el Decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires que modifica 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 silencia o resta relevancia a la edad. La norma valora otros elementos, básicamente, la actitud activa del interesado, o sea, la exteriorización o manifestación de voluntad por parte del niño o adolescente relativos al cuidado de su propio cuerpo, como ser petición 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, quedan habilitados 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 de carácter infraconstitucional 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 caso de este mismo tenor se presentaría en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes del adoptado. Veamos, el artículo 328 del Código Civil argentino 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”*.

Tras la sanción de la ley 26.579, cabe recordar que las personas menores de edad alcanzan la plena capacidad civil a los 18 años de edad. Por lo cual, la previsión en análisis habría dejado de ser uno de los supuestos de mayoría anticipada que establecía el régimen jurídico argentino. En otras palabras, en la actualidad, el ejercicio del derecho a conocer los orígenes se otorga a las personas mayores de edad.

Nuevamente a la luz del obligado principio de capacidad o autonomía progresiva, y al igual que acontece con el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en el aludido decreto de la Ciudad de Buenos Aires, cabría preguntarse si el derecho a conocer los orígenes no podría correr igual suerte. Es decir, salirse de la edad como elemento definitorio y abrir la posibilidad a la conducta, interés o inquietud del propio adoptado. En este sentido, una normativa que dijera: *“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 peticona 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*". Podría ser una postura legislativa más acorde con el reiterado principio de autonomía y en definitiva, con los postulados que brega la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta misma mirada revisionista podría 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. Justamente en materia de apellido de los hijos adoptivos, es interesante traer a colación la ley 18.590 que introdujo modificaciones sustanciales al régimen de la adopción en el Uruguay en el año 2009. Esta normativa sustituyó los numerales 9) y 10) del artículo 27 del Código de la Niñez y la Adolescencia, por el siguiente texto: "9) *En los casos de adopción, el hijo sustituirá su primer apellido por el del padre adoptante y el segundo apellido por el de la madre adoptante (...). Si el adoptado fuese adolescente podrá convenir con el o los adoptantes por mantener uno o ambos apellidos de nacimiento (...)*". Para el derecho uruguayo, se entiende por adolescentes las personas que se encuentran en la franja etaria entre los 13 y los 18 años de edad, ergo, cuando se adopta a un joven la ley le permite "convenir" con los adoptantes qué apellido portará, si mantiene o no su apellido de origen que es, precisamente, el que portó y bajo el cual forjó su identidad hasta ese momento. Como se puede apreciar, esta reforma estaría a tono con el principio de autonomía progresiva. ¿No se seguiría, en definitiva, sosteniendo una concepción rígida más acorde con la noción "patria potestad" si se dejara en manos de los adoptantes decidir el apellido de un joven, a quien se le tendría que "notificar" que por mandato de una sentencia y a partir de su inscripción en el registro civil pasaría a llevar otro apellido?

En materia de autonomía progresiva, tratándose de derechos personalísimos, cabe destacar la postura legislativa que sigue el Código Civil español. Así, su artículo 162 expresa: "*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, los derechos personalísimos de niños y adolescentes en lo que

respecta a su ejercicio le deben su gran desarrollo acaecido en los últimos años al reiterado principio de autonomía progresiva. Si bien el punto de inflexión han sido los derechos sexuales y reproductivos, no nos deberíamos detener aquí. Se debe seguir explorando y profundizando sobre otros tantos derechos que hacen al cuidado del propio cuerpo, saliéndose de la idea de la edad como elemento esencial y único protagonista. Es innegable que una revisión de esta magnitud lleva consigo, colocar en crisis los sistemas jurídicos tradicionales en materia de capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes.

## VI. ¿Y LA CAPACIDAD NEGOCIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

### VI. a. De una postura tradicional a una mirada contemporánea

Si todavía falta transitar algunos senderos en el ejercicio de derechos personalísimos por niños y adolescentes, más virgen y resistido es el tema en lo concerniente a su capacidad de goce en el plano negocial. ¿Cuál es el fundamento de este desarrollo diferencial? Uno de las principales diferencias entre los derechos personalísimos y los patrimoniales es que estos últimos comprometen o involucran derechos de terceros, por lo cual el ejercicio de derechos no queda en el ámbito privado de la persona sino que sale de esta esfera.

En este sentido, se observa que el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y su mayor flexibilidad y aceptación en el campo de los derechos personalísimos no es lo que acontece cuando se trata de derechos de contenido económico. Por el contrario, en este campo la noción de autonomía y ejercicio de derechos es mirada con cierto recelo, resquemor o cautela, como lo sostiene Victoria Pellegrini cuando se refiere a la capacidad de contratación de las personas menores de edad. Esta autora, tras recordar que dicha capacidad de contratación se encuentra expresamente prohibida en el artículo 1160 del Código Civil argentino<sup>48</sup>, 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*

---

<sup>48</sup> 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 (...)”.

*límite etario simplifica la cuestión probatoria, ya que alcanzadas las edades fijadas no se requiere ningún tipo de prueba ni discusión jurisdiccional”, pero 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”<sup>49</sup>.*

De manera sintética y a modo de disparador, en este apartado se pondrán de resalto 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 dejar sentadas 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.

Como se adelantó, 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 a los fines de profundizar el tema.

Uno de los elementos que se advierten en esta mirada hacia afuera, 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

---

<sup>49</sup> 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, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 97.

lo cual no sólo hay actos 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, teniéndose en cuenta el tipo de acto que se trate; considerándose que se necesita una mayor evolución de las facultades, mayor en lo relativo a ciertos derechos y menor en otros como en los de carácter personalísimo. 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 patrimonial, 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”.

De este modo, el artículo 389-3 del Código Civil francés 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 artículo 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.*”<sup>50</sup>. Están 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 artículo 319 reza que “*Se reputará para todos los efectos como emancipado*

<sup>50</sup> López San Luis, R., La capacidad contractual del menor, Madrid, Dickinson, 2001, p. 59.

*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 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 artículo 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 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 sus bienes"*. Nuevamente se apela a la figura de la "asistencia", permitiéndose que el rol principal recaiga en el niño o adolescente al ser quienes concluyen el acto pero son secundados 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 del 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"*<sup>51</sup>.

Como se puede apreciar, consideraciones como éstas, auspiciadas desde el derecho comparado, permiten ampliar y renovar el debate que, en definitiva, se

---

<sup>51</sup> Ídem, p. 91.

encuentran más a tono con el principio de autonomía progresiva. ¿Acaso es lo mismo comprar una golosina en el kiosco de la escuela o comprar una rifa para colaborar con el viaje de egresados de los niños que están en el último año de la escuela primaria, que vender un auto? Si la respuesta es negativa, habría que examinar de qué modo la ley puede –incluso debería, a la luz del reiterado principio de autonomía– aceptar esta diferencia que se observa, de manera elocuente, en la realidad. 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 desde donde gestar un cambio legislativo.

Por otra parte, y siempre teniéndose en cuenta los cambios que acontecen en la sociedad, no se discute el vertiginoso desarrollo tecnológico de los últimos años, lo cual ha cambiado sustancialmente los modos de contratación. Hoy a través de una computadora se pueden hacer diferentes y grandes transacciones económicas. El modo de adquirir bienes y servicios se ha modificado sustancialmente. Sólo a modo de ejemplo, es dable tener en cuenta que hoy una gran cantidad de transacciones se realizan a través de un aparato electrónico, de un cajero automático. En este contexto que el derecho no puede ignorar, ¿no sería posible que un niño o adolescente conozca la clave de la tarjeta de débito de uno de sus padres y proceda a retirar dinero de la cuenta bancaria? ¿Qué validez tendría esta transacción realizada por un joven con o sin autorización implícita o tácita por parte de sus padres? Fácil se puede observar que, más allá de que la ley prohíba o adopte una postura rígida al defender la “incapacidad” negocial de las personas menores de edad, lo cierto es que ello no puede evitar la realización de ciertos actos de este tenor. He aquí otro interesante entrecruzamiento temático patrocinado por la fuerza de la realidad entre tecnología y autonomía.

## **VI. b. Una vez más, revisándose el contenido de la “patria potestad” y delineando el 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 decir, el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de los hijos bajo su patria potestad y de percibir para sí (hacer suyos) los frutos y las rentas que tales bienes produzcan. ¿Es posible la permanencia de esta figura en la legislación civil donde los padres o representantes legales se “adueñan” del producido de los bienes de sus hijos, salvo supuestos

de excepción<sup>52</sup> a la luz de los postulados que promueve la Convención sobre los Derechos del Niño?

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 las 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 Constitución Nacional no se puede justificar las razones por las que el legislador sigue sosteniendo el “desapoderamiento” o “vaciamiento” del patrimonio del menor, a título

---

<sup>52</sup> Reza el artículo 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”.

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<sup>53</sup>.

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. CLAUSURA

Hablar de democratización de las relaciones humanas no es tarea sencilla. Más aún cuando se trata de relaciones de familia donde siempre ha campeado –y de manera fuerte– la noción de orden público. Pero más compleja se presenta la cuestión cuando esta democratización involucra a niños y adolescentes. En esta línea, si el ingreso de la autonomía de la voluntad al derecho de familia ha sido un camino dificultoso, más complicado lo sería cuando se trata de niños y adolescentes donde siempre ha primado la idea de incapacidad.

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 sobre 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 artículo 27 de la ley 26.061. Es en este contexto donde se empieza a dar la necesaria discusión en torno a la posibilidad de que los jóvenes puedan contar con su propio abogado o letrado patrocinante cuando estén involucrados derechos que los afecten en forma directa o indirecta en contraposición con intereses o derechos de sus padres o representantes legales.

---

<sup>53</sup> Lloveras, N. y Salomón, M., “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, JA 2007-IV-1117.

No cabe duda que el régimen jurídico en materia de capacidad civil y representación legal a la luz del principio de autonomía progresiva debería sufrir modificaciones sustanciales. En este contexto, son varias y muy complejas las interrogantes que se derivan. Sucede que la democratización de las relaciones entre padres e hijos no es tarea sencilla. Por el contrario, se observa un verdadero desafío para los operadores del derecho realmente comprometidos con los aires “emancipadores” que proponen varios derechos humanos como el derecho a la libertad, el derecho de participación y el derecho al desarrollo de la personalidad de una franja social con características especiales como lo son los niños y adolescentes.

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 tampoco los sacará de la miseria, de la persistente desigualdad social y la consecuente dificultad para ver satisfechos sendos derechos humanos que éstos titularizan, pero al menos, 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 reacio a los cambios al estar 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 debemos enfrentarnos quienes estamos 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 acontece en todos los temas centrales que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, presenta adeptos y detractores. Una vez más, se trata

del choque inexorable entre lo viejo y lo nuevo. No se pretende desechar lo viejo (la noción de incapacidad), sino de hacer una relectura más profunda y compleja de nociones binarias y estancas que no estarían a tono con ciertas verdades indiscutibles: la idea de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y su desarrollo madurativo progresivo.

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