

Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad

María Victoria Pellegrini*

1. Introducción

A esta altura del desarrollo doctrinal en las cuestiones relacionadas con los niños, resulta un tanto tedioso insistir en el fuertísimo impacto que provocó en la legislación interna la suscripción de una serie de tratados y declaraciones de derechos humanos. Es evidente que ha generado la necesidad de una profunda revisión de la totalidad de las clásicas instituciones del derecho de familia, dando lugar a la actual concepción del derecho constitucional de familia. También la clásica noción de capacidad/incapacidad para contratar de las personas menores de edad merece tal revisión, cuestión que intentaré abordar en esta oportunidad.

El reconocimiento de la adquisición gradual de las aptitudes y cualidades madurativas de las personas menores de edad se ha instalado como principio rector determinante para asegurar el ejercicio de los derechos en forma directa a su titular; principio denominado “autonomía progresiva”¹.

Resulta cada vez menos discutida la preeminencia de este criterio de autonomía progresiva cuando se trata del ejercicio de derechos fundamentales, de estricto corte personal, como por ejemplo aquellos relacionados al propio cuerpo, los derechos sexuales de los adolescentes², su libertad de pensamiento o ideas religiosas, su identidad sexual, etc.³ Pero ¿qué sucede cuando se trata del ejercicio de aquellos derechos de contenido patrimonial?⁴

Analizaré entonces la incidencia del reconocimiento de la autonomía progresiva de los jóvenes en la esfera del ejercicio de derechos de contenido patrimonial, abordando la relación entre autonomía progresiva y capacidad, los diseños legislativos posibles, aquel emergente del Código Civil argentino e intentando señalar sus posibles incongruencias.

* Abogada especialista en Derecho de Familia. Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) mvpelle@uns.edu.ar

¹ Varios artículos de la Convención de los Derechos del Niño se refieren a este principio: art. 5: “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”; art. 12: “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”, art. 14.2 “Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”, art. 28.1: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente....”

² Es evidente la incidencia del concepto bioético de competencia en este tipo de cuestiones relacionadas a los adolescentes, ya desde la sentencia Gillick dictada en el año 1985 en el Reino Unido.

³ Para un desarrollo minucioso de la cuestión ver GIL DOMINGUEZ Andrés, HERRERA Marisa y FAMÁ María Victoria “Derecho constitucional de Familia”, Tomo I, Ed. Ediar, Bs.As., 2006, pag. 519.

⁴ Tal como expresamente ha sido señalado: “Si bien no desconocemos que en estos últimos diez años se observan avances en la normativa que reglamenta la participación y defensa de los derechos extrapatrimoniales del menor en las relaciones familiares, creemos que hay una inobservancia grave respecto de las normas que regulan los derechos económicos de los hijos y el sistema de administración de los bienes que los contiene de manera genérica, especialmente el instituto del usufructo paterno-materno”, LLOVERAS Nora- SALOMON Marcelo en “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el derecho humanitario” JA 2007-IV-1118. Asimismo, la distinción es resaltada en la obra citada de GIL DOMINGUEZ-HERRERA-FAMÁ: “...Por el contrario, en casi todos los actos de su vida, y cualquiera fuera su edad, los niños y/o adolescentes menores de 21 años deberán actuar a través de sus representantes, salvo en los supuestos específicamente contemplados por la ley. Esto que parece en cierto modo razonable en los aspectos patrimoniales que hacen a la administración y usufructo de sus bienes, no resulta satisfactorio en la esfera de los derechos fundamentales”, pág. 553/4. En el mismo sentido MINYERSKY Nelly y HERRERA Marisa, “Documento de trabajo sobre la nueva ley de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (ley 26.061)”: “Se trata de estudiar si el régimen actual en materia de capacidad civil es –y en qué medida– armonizable o compatible con la CDN y la ley 26.061. Para ello, entendemos necesario llevar adelante, de manera previa, un “test de capacidad”, por lo cual debiera preguntarse si determinada situación involucra el ejercicio de un derecho personal (para el cual no hay una edad preñada) o el ejercicio de un derecho patrimonial (para el cual la normativa de fondo dispone alcanzar una determinada edad). Por otra parte, esta elucubración se condice con quienes afirman que el régimen de incapacidad de las personas menores de edad contemplado en el Código Civil, ha sido consecuencia de extender al ámbito de las relaciones personales, conceptos y/o categorías como “la incapacidad de actuar” o esquemas como el de la representación que nacieron para satisfacer exigencias de naturaleza patrimonial”.

2. Aproximaciones al concepto de autonomía progresiva.

Los niños son personas en desarrollo, colocados por tanto en una especial situación. Por un lado, son sujetos de derechos y consecuentemente titulares de los mismos derechos reconocidos a todos los individuos. Simultáneamente, y justamente por encontrarse en pleno desarrollo de sus facultades, su vulnerabilidad es superior que aquella de las personas adultas y por ello son merecedores de mayor protección.⁵

Pero la intensidad de dicha protección puede ser tal que obstaculice o directamente anule la posibilidad de asumir paulatinamente el pleno goce y disfrute de los propios derechos. Es así que el concepto de autonomía progresiva aparece como un parámetro de equilibrio *“entre el reconocimiento de los niños como protagonistas activos de su propia vida, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y de que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez y menor edad. Este concepto constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta”*⁶.

El concepto de la autonomía progresiva permite que a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental.

Y la característica de progresividad en la adquisición de competencia para el ejercicio de los derechos se relaciona directamente con dos cuestiones: i) la madurez y el consecuente desarrollo de sus facultades y ii) la naturaleza del derecho a ejercer.

En el proceso de madurez inciden factores de tipo biológico, psicológico y social, pues varía conforme la edad, el nivel de estímulos y el marco social y cultural en el cual se desarrolla cada niño. Así, no todos los niños dejan de serlo del mismo modo y a la misma edad, resultando sumamente complejo el concepto de evolución progresiva de las facultades. O, dicho de otro modo, con qué parámetros se determina en qué “escalón” de la evolución de las facultades se encuentra.⁷

Tradicionalmente, se ha supuesto que los niños son dependientes en forma natural debido a factores biológicos o psicológicos, caracterizándose por su irracionalidad e incompetencia, su pertenencia a un mundo ajeno por completo a aquel destinado a los adultos, sin reparar en el impacto de otros factores ajenos al proceso biológico, como la pertenencia familiar, la cultura, el poder o el contexto social y económico en el cual se desarrollan. Desde este tipo de concepciones, el niño es colocado en un proceso de “adiestramiento” hasta convertirse en un adulto, presumiendo su incompetencia para la toma de decisiones, ocultando hasta qué punto es

⁵ *“Aunque cada sociedad aplica definiciones distintas, en todas ellas existen concepciones de la “infancia” que llevan a los adultos a ver a los niños a través de la lente de un conjunto de suposiciones preestablecidas, que determinan de antemano cómo se los ha de tratar y cuáles han de ser las competencias que se los creará capaces de alcanzar. La tendencia predominante consiste en juzgar las competencias de los niños comparándolas con los criterios válidos para los adultos, lo cual conduce a destacar sus carencias, en vez de valorar lo que los niños pueden ofrecer, precisamente, en su calidad de niños. Estas suposiciones pueden funcionar como filtro inhibitorio, obstaculizando la capacidad o la voluntad de los adultos de ver o apreciar lo que hacen los niños y reduciendo las oportunidades que les brindan de adquirir competencias. La consiguiente invisibilidad (y negación) de las capacidades del niño contribuye luego a reforzar las suposiciones originales. A pesar de la presunta incapacidad que se atribuye a la niñez, son numerosos los niños y niñas del mundo entero que, al mismo tiempo, se ven obligados a cargar con responsabilidades excesivas, que van mucho más allá de sus facultades, lo que pone en peligro su seguridad y desarrollo. Se les exige que tomen parte en actividades peligrosas pero, debido a su condición de niños, se les niega la autonomía que les permitiría negociar cualquier tipo de control respecto a tales experiencias. Por lo tanto, se los vuelve doblemente vulnerables.*

Los niños no pueden, o no deberían, ser clasificados según un esquema de suposiciones generales que o exageran o subestiman su desarrollo. Es obvio, por ejemplo, que los niños más pequeños no tienen las mismas facultades que los niños más grandes o los adultos. La adquisición del lenguaje se produce a una velocidad sorprendente en los primeros años de vida. Por otra parte, la falta de conocimientos y experiencia otorga al niño el derecho a recibir una protección más escrupulosa de la que se brinda normalmente a la mayor parte de los adultos. Los niños tienen derecho a que se respeten sus capacidades, cualquiera sea su edad. No hacerlo significa negarles el respeto y la dignidad que merecen como individuos. De manera parecida, las suposiciones generales respecto a los grupos étnicos, las mujeres, los discapacitados o las personas ancianas son degradantes e irrespetuosas y siempre han servido para perpetuar prácticas discriminatorias” LANSDOWN Gerison, “La evolución de las facultades del niño” Innocenti Insight, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF, 2005, versión electrónica: www.unicef-irc.org, pág. 14.

⁶ LANSDOWN Gerison, op. cit. pág. 19.

⁷ Sobre cómo evaluar las facultades del niño, ver LANSDOWN, op. cit. pág. 77 y ss.

efectivamente capaz, tiene facultad de autogestión y asume de hecho responsabilidades respecto a su propia vida.⁸

Sin embargo, y a pesar de las dificultades en su determinación, la CDN decididamente reconoce que “*si los niños son sujetos en desarrollo se les debe asignar una autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de sus propias facultades*”.⁹

En definitiva, podríamos resumir con un enunciado tipo fórmula: a mayor evolución en las facultades, mayor competencia, menor necesidad de dirección y orientación por parte de los adultos y un incremento en la capacidad de asumir responsabilidades.

Pero este aumento en la capacidad de decisión difiere conforme a la naturaleza del derecho a ejercer, pues la competencia en la toma de decisiones está relacionada directamente con qué tipo de derecho se está pretendiendo ejercer y cuáles serán las consecuencias de su ejercicio. Aquellos de tipo personal involucran el diseño del plan de vida individual y encuentran su anclaje y fundamento en la autonomía individual. Y los de contenido patrimonial, además de involucrar a otros valores de importancia social, como la seguridad jurídica en el tráfico comercial –y por ende a terceros–, requieren otro tipo de conocimientos y experiencias que permitan evaluar los posibles riesgos o abusos por parte de los adultos.

Por lo tanto, ambas variables deben ser consideradas al analizar de qué modo resulta conveniente organizar jurídicamente la cuestión, teniendo como norte los postulados de la CDN.

3. Modelos legislativos posibles¹⁰

La pregunta, entonces, sería: ¿cuál es el marco jurídico más eficaz para respetar el derecho del niño a participar en la toma de decisiones en función de la evolución de sus facultades, que logre en forma simultánea, brindarle una protección apropiada? ¿Deberían tomarse en cuenta los mismos criterios para el diseño de tal marco jurídico tratándose del ejercicio de derechos de contenido personal que patrimonial?

Conforme se viene desarrollando, la respuesta negativa se impone en esta segunda pregunta. Pero vayamos por orden.

Varios modelos pueden diseñarse para dar respuesta legislativa a la cuestión, y, como en todo, cada uno de ellos presenta ventajas y desventajas.

a. Fijación de límites de edad prescriptivos para el ejercicio de los derechos:

Se establecen normativamente las edades en las cuales se reconoce al niño el ejercicio en forma directa de sus derechos. En cierta medida, tal es el modelo seguido por la propia CDN (en el art. 1 reconoce la calidad de niño hasta los 18 años de edad)¹¹.

Las ventajas de este modelo son evidentes: permiten un conocimiento uniforme y fácil de entender sobre cuándo se pueden ejercer ciertos derechos legítimamente; y todos aquellos sujetos pertenecientes a igual estamento etario gozan de los mismos derechos.

Las desventajas también son evidentes: la inflexibilidad provoca uniformidad que impide considerar las facultades reales de los niños, que difieren en cada caso; los límites de edad impuestos por diferentes leyes o para diferentes actos pueden presentar incongruencias; se reafirma el criterio de la falta de competencia del niño, fomentando su subestimación y excluyéndolos de la toma de sus propias decisiones.

⁸ LANSDOWN Gerison, op. cit. pág. 26

⁹ “*Si los niños son los titulares de sus derechos, la ley debe reconocerles mecanismos efectivos para ejercerlos: otorgarles libertad y protegerlos de todo obstáculo que perturbe el ejercicio legítimo de sus derechos. Pero quizás aquí aparezca el problema: no todos los niños tienen las mismas capacidades ni transcurren por la misma edad en su evolución hacia la madurez. Es decir, los niños son sujetos en desarrollo...*” BACIGALUPO de GIRARD, María en “Una primera aproximación al análisis de la ley 26.061” JA 2006-I-942.

¹⁰ LANSDOWN Gerison, op. cit. pág. 71

¹¹ La mayoría de los artículos remite a la legislación local interna la forma de garantizar los derechos reconocidos en la CDN, permitiendo por tanto el criterio legislativo propio de cada Estado Parte, algunos ordenan que los Estados Partes fijen edades mínimas (para trabajar, art. 32.2.a, imputabilidad de responsabilidad penal, art. 40.3.a) y otro dispone para todos los Estados Partes la misma edad mínima: la de 15 años para participar directamente en conflictos armados (art. 38.2).

b. Eliminación de todo límite etario:

Opuesto al anterior, requiere una evaluación individual de cada niño a fin de determinar su capacidad para la toma de decisión que implique el derecho a ejercer¹². Para ello, dos caminos son posibles: que el propio niño sea quien deba demostrar su propia competencia (por ejemplo antes de obtener una licencia de conducir automóviles, independientemente de su edad, deba demostrar su capacidad para conducir automóviles en forma prudente y responsable). O imponer la presunción de su competencia y que sean los adultos que pretenden restringir al niño el ejercicio del derecho quienes demuestren su incapacidad.

Las ventajas de este modelo: posibilita que cada niño ejerza sus derechos de acuerdo a su nivel individual de competencia; promueve una relación más respetuosa entre adultos y niños; permite evaluar las capacidades de los niños al momento con criterios de vigencia actual en lugar de legislaciones petrificadas en el tiempo; elimina las posibles incongruencias que pudieran registrarse en los cuerpos normativos.

Las desventajas, son muchas: requiere de un despliegue administrativo costoso para la evaluación de cada niño respecto a cada cuestión jurídica, con el nivel de habilidades necesarias para juzgar tal capacidad; provoca posibles diferencias entre los niños de un mismo grupo etario; se desconoce el carácter tuitivo de la imposición de límites fijos de edad contra abusos o excesos de los adultos; promueve la litigiosidad, pues todas las decisiones están expuestas a debate; genera una altísima incertidumbre en el conjunto social. En definitiva, una absoluta falta de sentido práctico y una mayor exposición de los niños a los abusos por parte de los adultos¹³

c. Límites de edad fijos con la posibilidad de demostrar competencia a una edad inferior

Mediante este modelo se establecen límites de edad fijos que al alcanzarlos automáticamente se reconoce el ejercicio legítimo del derecho, pero admite que pueda ser ejercido con anterioridad a tal límite si demuestra poseer las capacidades necesarias para ello.

Las ventajas: brinda suficiente protección a los niños reconociendo simultáneamente la adquisición gradual de competencias; reconoce que dichas competencias están relacionadas directamente con la naturaleza del derecho a ejercer; proporciona parámetros que evita el análisis individual de cada caso particular; reconoce que no todos los niños adquieren simultáneamente las mismas habilidades; garantiza cierta claridad en el sistema al resto de la sociedad.

Las desventajas: al establecer límites fijos es improbable que quien represente legalmente al niño facilite su acceso a la demostración de la adquisición temprana de sus habilidades; su implementación cotidiana requiere de recursos y capacitación costosos; niños de menores recursos se encontrarían en inferioridad de condiciones para demostrar la adquisición de sus habilidades.

d. Modelo mixto que diferencia entre los distintos tipos de derecho a ejercer

Este modelo adopta distintas soluciones conforme a las consecuencias del derecho a ejercer:

- i) si tal ejercicio implica riesgo a sufrir daños graves e inmediatos para el niño u otras personas, corresponde imponer un límite de edad fijo y no negociable (por ejemplo alistamiento en fuerzas armadas, posesión de armas, consumo de alcohol y tabaco o conducción de automóviles)

¹² Refiere LANSDOWN en el trabajo ya indicado (pág. 72) que este modelo es seguido en algunas culturas tradicionales: "En Eritrea, por ejemplo, la ley consuetudinaria de la población *fithi mehari woadotat* prescribe que los varones no alcancen la mayoría de edad al cumplir un cierto número de años, sino cuando la comunidad los considere suficientemente maduros, y esto puede ocurrir en un momento cualquiera entre los 13 y los 20 años. Cuando un muchacho llega a ser "mayor" puede oficiar de testigo, participar en el consejo de la comunidad, pagar los impuestos y procurarse un arma"

¹³ Sólo como ejemplo, ¿en qué consistiría la protección infantil si no se estableciera una edad mínima para la utilización de los niños en los conflictos armados o en el mercado laboral?

- ii) si la ausencia de límites etarios expone al niño a abusos o explotación por parte de los adultos, se debe imponer un límite de edad ajeno a las competencias del niño (explotación sexual o trabajo infantil)
- iii) si dicho ejercicio tiene repercusiones solamente para el niño, con consecuencias inmediatas o a largo plazo, se debe determinar en base a su competencia, dejando de lado todo límite fijo de edad (tratamientos médicos, elección religiosa o política, adopción, derechos sexuales)

Las ventajas: equilibra entre protección ante la vulnerabilidad y el reconocimiento de las capacidades en evolución del niño; incrementa el respeto a las capacidades del niño; permite cierta flexibilidad y respeta las diferencias.

Las desventajas: dificultades para cada niño en la demostración de sus habilidades; la ausencia de límites puede ser utilizada por los responsables del niño para obstaculizar su ejercicio; y, en suma, aquellas desventajas ya reseñadas para los modelos que no establecen límites fijos.

Señalar las ventajas y desventajas de los diferentes modelos legislativos posibles, me imponen detenerme en describir algunas características de todo sistema de reglas y principios, echando mano de concepciones propias del ámbito de la filosofía del derecho (de un modo muy rudimentario, por cierto)¹⁴.

Establecer una regla implica necesariamente haber realizado una generalización probabilística en relación a alguna finalidad que justifica tal generalización. Sin embargo, algunas conductas quedarán abarcadas por la regla aún cuando no se presente en ese supuesto en concreto la razón que justificara su inclusión. Es decir, el fin tutelado por la norma.

Seguramente resultará más claro: *“El predicado fáctico de una regla prescriptiva es comúnmente sólo una generalización probabilística de este tipo. Ya se trate de “no se admiten perros”, “velocidad máxima 55 millas por hora”, “los menores de 21 años no podrán consumir bebidas alcohólicas”, o “no matarás”, el predicado fáctico de una regla es una generalización probabilística respecto de alguna justificación (habitual aunque no necesariamente implícita). En la medida en que algunos perros no causan molestias, que algunas veces conducir a más de 55 millas por hora no es peligroso, que algunos menores de 21 años pueden beber alcohol de manera responsable y que algunas muertes podrían ser moralmente justificables, la generalización del predicado fáctico de la regla es sobreincluyente. Comprende estados de cosas que, en casos particulares, podrían no producir la consecuencia que representa la justificación de la regla, aunque el estado de cosas, en tanto tipo, esté relacionado de manera probabilística con la plausibilidad o incidencia de la justificación. El predicado fáctico de una regla posee una relación probabilística con el objeto de la regla, pero esa relación deja abierta la posibilidad de que en casos particulares la conexión entre la justificación y la consecuencia esté ausente.*¹⁵

Entonces, la aplicación de una regla -como por ejemplo aquellas que establecen límites fijos de edad para reconocer la capacidad de ejercicio de derechos-, podrá provocar en muchos casos

¹⁴ Rudimentario por propias limitaciones, agradeciendo al Prof. Andrés Bouzat sus pacientes y claras explicaciones sobre algunas cuestiones del particular mundo de la filosofía del derecho.

¹⁵ SCHAUER, Frederick, *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, año 2004, (traducción de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez), pág. 89 a 92. Y sigue: *“El ejemplo de la regla “no se admiten perros” nos permitió ver no sólo que algunos perros pueden no causar interrupciones molestas, sino también que algunas interrupciones molestas pueden ser causadas por agentes distintos de los perros. El predicado fáctico es pues subincluyente tanto como sobreincluyente. Así como el predicado fáctico puede a veces dar indicios de la presencia de la justificación en casos en que ésta se halla ausente, también puede ocasionalmente no dar indicios de la justificación en casos en que ésta se halla presente. En consecuencia, existe subinclusión cuando reconocemos que algunas personas por sobre los 21 años podrían ser incapaces de beber en forma responsable y que los accidentes de tránsito son a menudo consecuencia de condiciones distintas del exceso de velocidad. Muchas reglas son de este tipo, pues incorporan predicados fácticos que no cubren algunos estados de cosas que en casos particulares producirían la consecuencia que representa la justificación de la regla. Por consiguiente, dado que el predicado fáctico de una regla es (actual o potencialmente, como analizaré en la próxima sección) subincluyente o sobreincluyente (o ambas cosas) desde la perspectiva de la justificación de la regla, puede ser que a veces ese predicado fáctico no favorezca la justificación de la regla sino que la obstaculice. Si una regla se aplica incluso cuando su aplicación no sirve a su justificación y si una regla no se aplica incluso cuando su aplicación serviría a esa justificación, ¿es una mala regla? ¿O simplemente la hemos aplicado mal? ¿O es esto sencillamente un rasgo distintivo de las reglas...”*

que el resultado sea justamente aquel pretendido en la justificación de la limitación (la protección a la vulnerabilidad, por ejemplo). Pero habrá otros casos –también podrán ser muchos- en que su aplicación no sea necesaria para alcanzar tal justificación o, incluso, que resulte contraria a la misma, quedado sobre incluidos en la regla.

Para tomar una decisión, se podrían utilizar distintos sistemas: i) que quien debe decidir realice un análisis de las razones que justifiquen su decisión, un balance de razones para cada caso particular, o ii) que deba aplicar una regla, cuyas razones ya fueron analizadas –la balanza ya funcionó- por el legislador. El primero, es un claro ejemplo de aplicación de principios que, en términos abstractos y lógicos, es óptimo ya que en cada caso se resolverá habiendo valorado todas las razones relevantes de ese caso. Sin embargo, quedará expuesto a que quien deba decidir realice en forma adecuada tal balance de razones que justifiquen su decisión: que su “balanza” funcione correctamente. Un sistema basado en reglas si bien en forma abstracta no se presenta como el más óptimo (pues generará casos recalcitrantes, sobre o sub incluidos), en términos reales generará mayor certeza e independencia de las características propias (ideología, valores) de quien deba decidir.

Los sistemas jurídicos presentan reglas y principios. Un claro ejemplo de éstos últimos es aquel del interés superior del niño, que funciona como válvula de reajuste para los casos de sobre inclusión en las reglas. La cuestión aquí es determinar si respecto a la capacidad de contratación de las personas menores de edad, la Convención ha provocado la necesidad infraconstitucional de apartarse del sistema de reglas dispuesto por la legislación interna.

Luego de este somero análisis, corresponde enfocarnos en la legislación interna argentina y determinar a qué tipo de modelo legislativo adscribe.

4. ¿Autonomía progresiva en el Código Civil?

Tomando como eje de análisis el Código Civil –sin adentrar en posibles incongruencias con otros cuerpos normativos- se advierte que establece un modelo en el cual dispone en forma genérica la incapacidad de las personas menores de edad para ejercer sus derechos¹⁶, otorgando su representación a los adultos: sus padres o tutores.

Sin embargo, a medida que los niños van adquiriendo determinadas edades, el elenco de derechos a ejercer se amplía, siguiendo un criterio rígido que fija edades específicas para el reconocimiento del ejercicio de determinados derechos a las personas menores de edad¹⁷

¹⁶ En su versión original –previa a la ley 17.711- la regla era la capacidad: “Art. 55: Son incapaces respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos: 1° los menores adultos 2° las mujeres casadas”, regla fuertemente cuestionada por la doctrina de entonces: “Por otra parte, como ya se explicó, la reforma de la ley 17.711, introdujo claridad en el art. 55, por cuanto no resultaba aceptable la idea de que los menores adultos fueran básicamente capaces. En efecto, la totalidad de la doctrina sostenía –tal como posteriormente fue reemplazado por dicha reforma- que el menor adulto es básicamente incapaz y sólo puede realizar los actos que la ley le autoriza expresamente” RIVERA Julio César, “Instituciones de Derecho Civil Parte General”, Tomo I reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As. 1997, pág. 393. En sentido crítico a esta posición: “Pareciera, a mi entender, que a medida que nos alejamos de la fuente, la doctrina fue poniendo más el acento en lo que los menores adultos no pueden hacer, hasta que finalmente, ello dominó todo el panorama de la capacidad y terminó equiparándolos con los impúberes que también pueden otorgar ciertos actos en los casos que las leyes los autorizan. Esa interpretación, se cristalizó en el actual art. 55 del Código Civil” BALDARENAS Jorge, “¿Son los menores...incapaces?” RDF 1997-11-79.

¹⁷ Algunos ejemplos, sin pretender agotar el elenco de capacidades reconocidas y sin limitarme estrictamente al Código Civil: recibir donaciones de sus padres a cualquier edad (arts. 1804, 1805 y 1808); tomar por sí posesión de las cosas a partir de los 10 años (art. 2392); misma edad para responder por actos ilícitos (arts. 921, 1076 y 1114); 14 años para proceder al reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 286); celebración de matrimonio, diferenciando las edades para las niñas (16) y niños (18), con asentimiento paterno y admitiendo la dispensa; 18 años para testar (art. 3614), sin desconocer la interesante discusión doctrinaria emergente ante la autorización a testar a los menores adultos con autorización paterna (art. 286), que ha llevado a sostener que aquellos de 18 años no requieren autorización paterna para hacerlo; para trabajar u obligarse antes de los 18 años con autorización paterna (art. 275) pero la ley de contrato de trabajo reconoce tal capacidad y sin exigencia de autorización paterna a aquellos de 14 años que vivan independientemente de sus padres (art. 32 LCT); como así también reconoce capacidad para estar en juicio y hacerse representar en juicios relacionados a su contrato de trabajo desde los 14 años (art. 33 LCT); cualquier edad para ser oído en procesos administrativos y/o judiciales que los involucren (art. 12 CDN); a contar con su propio patrocinio letrado (art. 27 ley 26.061), cuestión que ha generado interesantísimos debates respecto a la figura del abogado del niño y su carácter de parte (v.g. MORENO Gustavo Daniel “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, RDF 35- 55, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Bs. As. 2006). Intencionalmente, no se detallan aquellos supuestos en los que se les reconoce capacidad de contratar pues se analizarán más adelante.

Así, si bien la plena capacidad se adquiere a los 21 años, distingue entre dos grandes grupos: aquellos menores de 14 años y los mayores de tal edad (art. 127 CC), determinando que a partir de los 14 años cesa la incapacidad absoluta (art. 54 CC). A pesar de la contundencia de estos enunciados, reconoce capacidad para el ejercicio de algunos derechos aún no alcanzada tal edad.¹⁸

Paralelamente, establece que desde los 14 años los actos lícitos son realizados con discernimiento, aunque les reconoce tal carácter a aquellos ilícitos cometidos desde los 10 años (art. 921 CC)¹⁹.

A su vez, otorga la representación para el ejercicio de los derechos a sus padres o tutores (art. 57), sin distinguir aquí entre menores o mayores de 14 años –sin perjuicio de que a medida que se alcanzan las edades especificadas para determinados actos cesa también la representación de los padres en su ejercicio–, y establece también en cabeza de los padres la representación procesal para estar en juicio (art. 274 CC). Para actuar procesalmente en forma directa, exige autorización de ambos padres (art. 264 quater CC), pudiendo ser suplida por autorización judicial. No analizaré aquí la cuestión de la representación, sus diferencias con la asistencia y los mecanismos de acceso a la jurisdicción para el reconocimiento pleno del ejercicio de derechos fundamentales.²⁰

Por otra parte, admite que aún antes de los 21 años se adquiriera una casi plena capacidad, sea mediante la emancipación dativa o por habilitación de edad –para mayores de 18 años²¹–, o por matrimonio (art. 131).

El criterio seguido por el código civil se mantiene anclado en un concepto tradicional de familia patriarcal, subordinando a los niños al “poder” de sus padres, y sostenido por la doctrina civilista clásica en la idea subyacente de la incompetencia de los niños en la toma de decisiones, transformándolos en objeto de protección. Cuestión, ciertamente, que requiere de una profunda revisión ante el contenido ideológico de la CDN.

Sin embargo, la decisión legislativa de fijar límites etarios no resulta, por sí misma, contraria a la CDN, tal como se describiera en el apartado anterior.

Dejando de lado el ejercicio de derechos personalísimos, pues ya he aclarado que en este punto la incidencia de la autonomía progresiva es clara y en avance (superadora de la doctrina civilista clásica)²², respecto al ejercicio de derechos de contenido patrimonial es necesario analizar si la fijación de límites etarios contradice los postulados de la CDN y/o si se presentan incongruencias en el mismo articulado de la legislación civil que ameriten su inconstitucionalidad.

5. La capacidad de contratación de las personas menores de edad.

En principio, el art. 1160 C.Civil establece que *“No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido... ni aquellos a quienes les fuese prohibido en las disposiciones relativas a cada uno de los contratos..”*

¹⁸ Ver detalle en nota 17. Ello ha llevado a la doctrina civilista tradicional a restar trascendencia concreta a la distinción entre menores impúberes y adultos (conf. RIVERA Julio César, op.cit. pág. 393)

¹⁹ Conforme a la nota de tal artículo Vélez Sarsfield explica haber seguido los lineamientos del derecho romano clásico, sin dar mayores fundamentos a las razones de su elección de las edades legisladas.

²⁰ Para un análisis completo del tema ver GIL DOMINGUEZ-HERRERA-FAMÁ, op. cit. pág. 555

²¹ Probablemente, la aplicación del principio de autonomía progresiva imponga revisar también esta cuestión: si sólo un menor mayor de 18 años está habilitado a peticionar su emancipación, a pesar del texto del art. 131 del C.Civil.

²² Como por ejemplo, si en aquel caso resuelto en septiembre del 2007 en el que se autoriza la petición de cambio de sexo efectuada por los padres de un adolescente de 17 años: ¿qué hubiera sucedido si en realidad el hijo se presentaba directamente sin la autorización de sus padres? Considero que hubiera correspondido autorizarlo a estar en juicio en virtud del reconocimiento a la autonomía progresiva y a las limitaciones impuestas al ejercicio de la responsabilidad paterna en función de tal autonomía. Es más, de la lectura del fallo, surge que en forma previa se había rechazado la demanda por considerar que tratándose de un derecho personalísimo su ejercicio correspondía en forma directa al hijo y no admitía representación y, en forma errónea a mi entender, dicho ejercicio no podía ser realizado por el hijo por contar en ese entonces con 14 años de edad. “C. J. A. y otra solicitan autorización”, Villa Dolores, Córdoba 21.9.07

La capacidad de contratación es considerada un presupuesto de validez del consentimiento de quien perfecciona el contrato: *“El contratante debe tener la capacidad suficiente, pues de lo contrario su voluntad no será válida para la formación del contrato”*²³

Ya vimos que las personas menores de 21 años son reputadas como incapaces absolutos hasta los 14 años (menores impúberes) y relativos (menores adultos), conforme los arts. 54 y 55 CCivil.

Sin embargo, se encuentran autorizados para realizar diversos contratos en diferentes artículos. Así: contrato de mandato, sin fijación legal de edad mínima (art. 1897)²⁴; contratación de suministros indispensables (art. 269); para otorgar testamento (arts. 286 y 3614, generando discrepancias sobre si sólo los mayores de 18 o también los de 14, éstos con autorización paterna); contratos de depósito y comodato, desde los 14 (arts. 2228 y 2259); donación con autorización paterna o sin ella si se refiere a lo producido por su trabajo (art. 1807 inc. 7); mayores de 14 y menores de 18 años celebrar contrato de trabajo con autorización paterna (art. 275) que se presume si viven independientemente de ellos (art. 32 ley de contrato de trabajo) y a celebrar todos los negocios jurídicos relacionados a su contrato de trabajo²⁵.

¿Y quién ejerce la administración y disposición de lo producido por el trabajo de una persona menor de edad?

Aquello adquirido por la persona menor de edad que trabaja integra su patrimonio, pero recibe un tratamiento legal diferente a otros bienes que también pudieran componer dicho patrimonio, como los recibidos por herencia, legado o donación. Se lo ha denominado peculio profesional²⁶ y está excluido del usufructo paterno²⁷ (art. 287 inc. 1) y puede ser donado por su titular (art. 1807 inc. 7); encontrándose por tanto bajo la administración y disposición del niño-trabajador, sea mayor de 14 y trabaje con autorización paterna (expresa o presunta) o sin ella si es mayor de 18 años²⁸. Además, está expuesto a la agresión de los acreedores originados con motivo del contrato de trabajo (art. 283).

En definitiva, a pesar de aquella declaración enfática sobre la incapacidad de obrar de las personas menores de edad, nos encontramos que el mismo Código Civil reconoce capacidad en diferentes edades, incluso la de administración y disposición de bienes. Debo concluir a esta altura que respecto a los niños la regla es la capacidad y su ausencia la excepción.

Ahora bien, si la legislación decide que una persona que trabaja ya no requiere de la misma protección contra posibles abusos por parte de los adultos que uno que no trabaja ¿cuál es el fundamento para no reconocer que pueda administrar y disponer de otros bienes que integren su patrimonio? Me refiero a aquellos que no provengan de su trabajo. ¿Cuál es el fundamento que justifique que parte de su patrimonio se encuentre bajo la administración y –peor aún- con usufructo legal a favor de sus padres, y parte bajo su propia administración?

Resulta mucho más coherente que a aquellos niños a los que se les reconoce capacidad para administrar y disponer de lo producido por su trabajo les fuera también reconocida capacidad para administrar y disponer de todo su patrimonio –además de las dificultades prácticas de mantener tal distinción-; finalizando necesariamente con el usufructo paterno (y ello no tan solo respecto a los niños que trabajan). Revisar la cuestión bajo el reconocimiento de la adquisición progresiva de habilidades, generando así mayor autonomía, conduce a tal solución.

²³ GASTALDI José María *“Capacidad y legitimación en los contratos”* LL 2007-E-899

²⁴ Ello ha provocado que los doctrinarios se dividieran: sólo a menores adultos (Machado, Segovia, Borda) o también autorizados los impúberes (Llambías), conf. RIVERA Julio César, op.cit p.394.

²⁵ Como, por ejemplo, ingresar al sistema bancario para percibir su salario mediante los servicios prestados por cajeros automáticos, celebrando así contrato con la entidad bancaria. Sobre la incidencia de la tecnología en la capacidad de contratación de las personas menores de edad ver BALLESTEROS BELTRAN Jaime *“El menor de edad frente a la actividad financiera”* ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Cuba, año 2002.

²⁶ RIVERA Julio César, op. cit. pág. 398

²⁷ Otra cuestión cuya constitucionalidad ha sido acertadamente cuestionada en LLOVERAS Nora- SALOMON Marcelo *“La inconstitucionalidad del usufructo paterno-matemo. Una mirada desde el derecho humanitario”* JA 2007-IV-1118 ya citado.

²⁸ Sobre los alcances de esta autorización para administrar y disponer, señala RIVERA Julio César (op. cit. p. 400) una discusión doctrinaria sobre si pudiera adquirir bienes de contado o a plazos: de tipo amplio, comprometiendo ingresos que aún no percibió (Borda, Kemelmajer de Carlucci) y restringida, sólo con los ingresos que ya percibió (Molinario).

Probablemente no sean estos los casos que más abundan en los repertorios jurisprudenciales. Sin embargo es evidente que los jóvenes se relacionan en el supuesto “mundo de los adultos” con mayor soltura y presencia que lo imaginado en un modelo familiar tradicional. Pienso, por ejemplo, en los jóvenes futbolistas profesionales talentosos (y otros no tanto) que celebran contratos algunas veces de importantes sumas de dinero, que están habilitados para administrar y disponer tales ingresos pero considerados incapaces respecto a otros bienes que pudieran integrar su patrimonio. O en la cantidad de jóvenes, fundamentalmente mayores de 18 años, que ingresan al mercado laboral en empleos que requieren menor cualificación.

Y ¿sólo la condición de niño o joven trabajador justifica la ampliación de la capacidad? Que un niño –mayor de 14 años- o un joven comiencen a trabajar se constituye en el hecho que genera la presunción de su madurez o del suficiente desarrollo de sus facultades que justifique la ampliación de su capacidad para contratar. Sin embargo, la consideración de la progresividad en la adquisición de habilidades –cuya consecuencia directa es la menor necesidad de protección-, obliga a reconstruir aquella regla de incapacidad.

En definitiva, conceder sólo la administración y disposición de los bienes adquiridos por los niños y jóvenes que trabajan; y someter el resto de su patrimonio al usufructo paterno-materno, resulta inconstitucional, pues desconoce el funcionamiento pleno de la adquisición progresiva de habilidades en el ejercicio de los derechos al establecer una distinción carente de justificación.

6. Conclusiones:

De los modelos legislativos posibles, adscribir a un sistema que fije cronológicamente las posibilidades de acción autónoma de los niños y jóvenes en la esfera patrimonial puede no resultar el más conveniente, pero no por ello necesariamente inconstitucional. Es más, fijar un límite etario simplifica la cuestión probatoria, ya que alcanzadas las edades fijadas no se requiere ningún tipo de prueba ni discusión jurisdiccional. Ya hemos visto que la propia Convención de los Derechos del Niño fija u ordena fijar edades determinadas para el ejercicio de ciertos derechos.

Sin embargo, la forma de regular la capacidad de contratación de los niños y jóvenes –agravado ello por la adquisición de la mayoría de edad a los 21 años- evidencia incongruencias que atentan contra el principio de la autonomía progresiva y requieren armonización entre la legislación interna y la CDN.

Nuestro sistema jurídico no sólo se compone de reglas –fijas y estáticas- sino que está también atravesado por principios, como el de la autonomía progresiva o el del interés superior del niño, que permiten dar solución a aquellos casos difíciles en los que la aplicación automática de la regla provoque su sobre inclusión, transformándose en innecesaria la justificación teleológica de la regla. En tales casos, resultará imprescindible que el juzgador declare la inconstitucionalidad de aquellas normas que limiten parcialmente la capacidad de administración y disposición de bienes de los niños y jóvenes.

Evidentemente, el concepto de autonomía progresiva mucho tiene para decir respecto a la capacidad de contratación prevista en la legislación interna argentina para las personas menores de edad.

Artículo “*Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad*” Revista de Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Directora Cecilia Grosman nro. 42, pag. 85/97, 2009, Abeledo Perrot, Buenos Aires, abril 2009 ISSN 1851-1201