

XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 2011
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES UNIVERSIDAD NACIONAL DE TUCUMÁN

Comisión de Parte General: "Ley 26.579: Incidencia sobre las reglas generales de capacidad"

La reforma del Código Civil y el postulado de la capacidad progresiva del niño

ZELAYA, Mario A. *

RESUMEN DEL CONTENIDO: La ley 26.579 no desconoce el principio de *capacidad progresiva* de los niños para el ejercicio de los derechos, consagrado en una norma de jerarquía superior. En efecto, de acuerdo al modelo que ya surgía del Código Civil, la reciente reforma ha continuado con el de edades fijas como uno de los sistemas posibles mediante el que se permite gradualmente que el niño vaya adquiriendo mayor capacidad de obrar tanto en el ámbito patrimonial como en el extrapatrimonial conforme la evolución de sus facultades. De este modo, la legislación de fondo no contradice los postulados de la Convención de los Derechos del Niño ni de la ley 26.061, y despeja la posibilidad de planteos de inconstitucionalidad a la par que refuerza la seguridad jurídica. No obstante ello, proponemos la creación de nuevas categorías basadas en edades diferenciales para el ejercicio autónomo de mayor cantidad de derechos por parte de los niños.

ÍNDICE DE SUBTÍTULOS:

- I- El postulado de la capacidad progresiva del niño
- II- El régimen de la capacidad del menor de edad en el Código Civil antes de la ley 26.579
- III- La progresividad de la capacidad del menor de edad en el Código Civil a partir de la ley 26.579
- IV- Constitucionalidad del régimen actual
- V- Conclusiones (ponencia)

I- El postulado de la capacidad progresiva del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, en adelante CDN,¹ se encuentra vigente en el país desde el 4 de enero de 1991 y luego fue incorporada al texto de la Constitución Federal en la última reforma de 1994 de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75, inc. 22.²

* Profesor Adjunto de Derecho Privado Parte General, Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (con sede en Bahía Blanca).

¹ Adoptada y abierta a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, fue considerada y aprobada por el Senado Nacional en la Sesión del 26 de septiembre de 1990, y por la Cámara de Diputados de la Nación en la Sesión del 27 de septiembre de 1990, sancionándose en consecuencia la ley 23.849 (promulgada de

Siendo el tratado de derechos humanos con mayor cantidad de adhesiones, y recibidas en el tiempo más corto, no cabe demorarse en exponer los beneficios de su aparición. Basta resaltar que con la finalidad de brindar una mayor y especial protección a las personas en desarrollo a través del otorgamiento expreso de nuevos derechos, recoge la Convención el principio de la *protección integral* que concibe al niño como sujeto de derechos, a diferencia del postulado de la *situación irregular* que lo trata como objeto de amparo o protección, basándose en una presunción irrefragable de inmadurez.

Con la fuerza normativa que le otorga su incorporación al bloque de constitucionalidad, la CDN permite entender la capacidad —el atributo más importante de las personas— a partir de datos biológicos, psicológicos y sociales que responden a su natural evolución, consagrando como principio rector el de la *capacidad progresiva* (también llamado autonomía progresiva), que concibe a la capacidad del niño como un camino hacia la adultez en el que se le asegura en forma gradual el ejercicio por sí mismo de mayor cantidad de derechos, conforme la evolución de sus facultades.

La adopción de este principio, al que la Convención hace referencia en varios artículos,³ no implica desechar la noción clásica de incapacidad de hecho que responde a la

hecho el 16/10/90, B.O. 22/10/90) que aprobó su ratificación, la que se llevó a cabo el 4 de diciembre de 1990.

² Prescribe en su art. 1 que *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo, que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”*, sin dejar en claro desde qué momento una persona es niño. Sin embargo, mediante la ley 23.849, que aprobó la ratificación de la CDN, se realizaron tres declaraciones interpretativas que operan como reservas según lo dispone el art. 2.1. “d” de la ley 19895 que ratifica la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, una de las cuales dice que “debe interpretarse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años” (art. 2). El alcance establecido se adecua a la previsión contenida en el art. 1 de la CDN, pero según las *condiciones de su vigencia* tal como establece el art. 75, inciso 22 de la Constitución, es decir con las declaraciones interpretativas y/o reservas efectuadas por nuestro país al aprobar el instrumento internacional.

³ Art. 5 (respecto a la autoridad de los padres): *“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. 7: (respecto a la identidad) *“...en la medida de lo posible...”*; art. 12.1 (respecto al derecho a ser oído): *“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 (respecto a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) *“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 (respecto al derecho a la educación): *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente...”* y art. 31.1 (respecto al derecho al descanso y a la recreación): *“...propias de su edad...”*.- Aclara Marisa Herrera que si bien el art. 5 está destinado, en primer lugar, al núcleo familiar o primario de referencia de los niños, no es el único, sino que se debe extender a todo adulto en sentido amplio, es decir, al Estado (Estado-Juez; Estado-Legislator y Estado-Administrador); en otras palabras, que es un límite a la “tiranía de la familia” pero también a la “tiranía del Estado” (HERRERA, Marisa, "Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen

vulnerabilidad natural de los niños, sino adaptarla al reconocimiento de la adquisición gradual de aptitudes conforme su maduración dependiendo del tipo de derecho que pretenda ser ejercido: a mayor autonomía, menor protección jurídica.

La CDN es una norma en condiciones de inmediata operatividad, que actúa como directiva expresa en toda cuestión que pueda afectar al niño y que enerva la aplicación de toda otra regla que colisione con aquélla⁴. Incluso en consonancia con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁵, el *principio de efectividad* que consagra la CDN en su art. 4⁶, que consiste en la obligación por parte de los Estados signatarios de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole —como por ejemplo las resoluciones judiciales— para dar certeza a los derechos que surgen del instrumento internacional, obliga a sus autoridades a crear las estructuras al efecto.

Es así que la ratificación de la CDN debía llevar consigo una reforma en los sistemas jurídicos de los países signatarios porque a partir de entonces, y al igual que con todo tratado que una Nación suscribe con otra, quedan obligados internacionalmente a que sus órganos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contempla, a fin de no comprometer su responsabilidad internacional.⁷

Recién a los quince años desde la vigencia local de la CDN y a los fines de remediar dicho incumplimiento al compromiso internacional⁸, se dicta la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”⁹, cuyo art. 2 dispone que la CDN “*es de aplicación obligatoria en todo acto, decisión, o medida administrativa, judicial o de*

jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, Revista Justicia y Derechos del Niño, n° 11, Santiago, Chile, UNICEF, 2009, p. 107 y ss.).

⁴ Así se resolvió en SCBA, Ac. 84.856, 16/2/2003, AC. 78.728, 2/5/2002.

⁵ Art. 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados: Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

⁶ El artículo 4 de la CDN establece que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”

⁷ C.S. Fallos 319:2411, 3148 y 323:4130: “Portal de Belén Asociación Civil sin fines de lucro c/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo, 5/3/2002, E.D. 197-13; SCBA, Ac. 78446, 27/10/2001.

⁸ A partir de la ratificación de la CDN fueron dictadas distintas leyes destinadas a la aplicación interna de algún aspecto puntual del Tratado. Nos referimos a la ley 25.457 de conformación de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, la ley 25.616 que aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados y la ley 25.929 de Protección del Embarazo y del Recién Nacido. Incluso con posterioridad a la ley 26.061 se dictaron las leyes 26.150 destinada a crear el Programa Nacional de Educación Sexual Integral y la ley 26.290 de Capacitación de las Fuerzas de Seguridad en Materia de Derechos Humanos.

⁹ Ley 26.061, promulgada de hecho el 21 de octubre de 2005 y reglamentada por el decreto 415/2006 de fecha 17/4/2006; esta ley ha sido seguida por distintos ordenamientos locales que han adherido a su normativa incluso reproduciendo su texto.

cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad."¹⁰

La norma sigue a la CDN en cuanto a la denominación como "niño" de las personas menores de 18 años y respecto a la edad para considerar como tal a una persona (art. 2). Además introduce el término "adolescentes" para diferenciar etapas de la niñez, designación que no guarda correlato en ningún otro texto normativo y sobre la que ni siquiera la propia ley ha delimitado qué edades comprende.¹¹

Como era de esperar por tratarse de una ley de aplicación de la CDN, la nueva norma es coherente con el trato del niño como sujeto de derecho y con la incorporación a su texto del postulado de la *capacidad (o autonomía) progresiva*, al otorgarle aptitudes graduales de acuerdo a la evolución de sus facultades, que le permitan ejercer por sí mismo los derechos que se le reconocen, teniendo en cuenta –en la configuración de su interés superior– "*su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales*" (arts. 3 inc. d, 19 inciso "a" y 24 inciso "b"), pero contando a la par con la protección propia de su edad.

Ahora bien, siendo tantos los países que adoptaron la CDN¹², no puede pensarse que todos ellos deban consagrar en su legislación interna el principio de *capacidad progresiva* del niño conforme a un único modelo. Aunque el análisis de cada uno de ellos excede los límites impuestos a este trabajo, cabe al menos enumerarlos con la única finalidad de conocer su existencia: a) podría optarse por la eliminación de todo límite de edad en el segmento de personas menores de 18 años;¹³ b) podría decidirse por la determinación

¹⁰ La declaración de obligatoriedad de la CDN por parte de la ley 26.061 carece de relevancia jurídica por tratarse aquella de una norma de jerarquía superior.

¹¹ Se ha afirmado que la ley 26.061 no respetó una terminología congruente con las normas en vigencia (BELLUSCIO, Augusto C., "Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la ley 26.061", LL 2006-B-701), que se asemeja más a una declaración de principios que a una norma que impone deberes de conducta y sanciones específicas por su incumplimiento (CROVI, Luis D., Nuevo régimen de capacidad de los menores, Lexis N° 0003/014930, SJA 14/4/2010) y que la incorporación de ideas como "capacidad de discernimiento" y "grado de madurez" (art. 3 inc. "c") son verdaderos caballos de troya en el régimen de la incapacidad y quien cuente con tales atributos no podría ser considerado apto para celebrar los actos reservados a los mayores de 18 años (RIVERA, Julio César, "Reformas al derecho de las personas físicas", conferencia dictada en el V Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 23/9/2009 y en las 4tas. Jornadas de Derecho Privado del Sudeste Bonaerense – Homenaje al Dr. Julio César Rivera – La persona. Defensa patrimonial y personal, Necochea, 21/11/2009). En cuanto a los comentarios favorables remitimos a la lectura de los trabajos de BACIGALUPO DE GIRARD, María, "Una primera aproximación al análisis de la ley 26.061", JA 2006-I-942, y de GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, "Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada, anotada y concordada", Ed. Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 37.

¹² A la fecha, los únicos países que no la han ratificado son Estados Unidos y Somalia.

¹³ Este sistema podría parecer el más acorde con la idea de autonomía progresiva al posibilitar en cada caso tener en cuenta el grado de evolución madurativo de una persona; pero ciñe la decisión a un proceso en el que un mayor de edad determine sin el niño es hábil para ejercer por sí mismo el derecho en cuestión. Esto provoca el encarecimiento del sistema y dejar librada la decisión a la discrecionalidad del juez que toque en suerte.

precisa de estratos por edades permitiendo al niño demostrar en cada caso la aptitud para el ejercicio del derecho; c) podría pensarse en un modelo que otorgue o no aptitud dependiendo de la incidencia para el niño o para terceros del derecho que el primero pretenda ejercer (patrimonial o extrapatrimonial); d) y por fin, podría incluso considerarse conceder gradualmente mayores aptitudes a los niños a partir de la fijación de estratos rígidos por edad.¹⁴

II- El régimen de la capacidad del menor de edad en el Código Civil antes de la ley 26.579

En materia de capacidad, desde la ley 17.711 y hasta el dictado de la ley 26.579, nuestro Código Civil establecía una segmentación a los 21 años de las personas para alcanzar la mayoría de edad y adquirir la plena capacidad a partir de entonces.

Asimismo, realizaba una distinción basada en una pauta objetiva entre las personas con menos de 14 años y las personas mayores de esa edad pero menores de 21 años (art. 127), estableciendo la incapacidad absoluta de los primeros a quienes denominaba “impúberes” y, desde la ley 17.711,¹⁵ la incapacidad relativa de los segundos para ejercer por sí mismos los derechos de su titularidad, a quienes llamaba “adultos”. Sin embargo, en ambos casos y sin distinción alguna, podían hacerlo a través de la representación de sus padres o tutores cuya voluntad sustituía la del representado (arts. 54 inc. 2, 55 y art. 127 C.C., texto según la ley 17.711).

Si bien la generalidad de la doctrina¹⁶ propicia desechar esta diferenciación entre menores adultos e impúberes (aún hoy vigente, como veremos) por no corresponder con la atribución de facultades por edades del propio Código ya que no hay disposiciones que se hagan eco en el plano patrimonial¹⁷ y sólo hay una en el extrapatrimonial¹⁸, no puede

¹⁴ En cuanto a las ventajas y desventajas de cada modelo, remitimos a los trabajos de PELLEGRINI, María Victoria, “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, Nro. 42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 97 y de HERRERA, Marisa, “Ensayo para pensar una relación compleja: sobre el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes desde el principio de autonomía progresiva en el derecho argentino”, Revista Justicia y Derechos del Niño, n° 11, Santiago, Chile, UNICEF, 2009, p. 107 y ss..

¹⁵ Antes de la vigencia de la ley 17.711 los menores adultos eran capaces como principio general, pero incapaces “respecto de ciertos actos o el modo de ejercerlos” (art. 55 inc. 1°).

¹⁶ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1980, t. I, p. 420; J. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 200; RIVERA Julio César, *Instituciones de Derecho Civil Parte General*, Tomo I, 4ta edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2007, p. 445, por citar tres ejemplos.

¹⁷ Los arts. 2228 y 2259 C.C. referidos respectivamente al depósito necesario y al comodato son los únicos que pueden dar lugar a consagrar la distinción entre menores impúberes y adultos, pero en realidad el otorgamiento de estas facultades a los menores de más de 14 años se basa en el discernimiento para los actos lícitos que se adquiere a esa edad (art. 921 C.C.).

negarse que el distingo responde a la idea que a medida que el niño madura física e intelectualmente adquiriendo más edad, aumenta su aptitud para ejercer por sí mismo una mayor cantidad de derechos.

Es así que el legislador autorizó a las personas con menos de 18 años, conforme su evolución física e intelectual y pese a la incapacidad de hecho que les endilgaba, a realizar sin autorización alguna determinados actos acordes con ese desarrollo, sin considerar la edad de 14 años. A modo de ejemplos, la ley civil permitía que el menor impúber pueda tomar por sí la posesión a partir de los diez años (art. 2392 C.C.), autorizaba a los incapaces –sin distinción alguna- a actuar como mandatarios de otros respecto de terceros (art. 1897 C.C.), a recibir donaciones de sus padres a cualquier edad (art. 1805 C.C.); a ejercer por cuenta propia una profesión cuando hubieran obtenido título habilitante, y a administrar y disponer libremente los bienes que adquirirían con el producto de esa actividad (art. 128 C.C., texto según ley 17.711).¹⁹

Pero además, en el régimen de la ley 17.711 y poniendo en crisis la regla general sobre la incapacidad relativa de obrar del menor adulto, los entonces menores de edad pero con 18 años cumplidos gozaban de aptitudes cuantitativamente mayores que les permitían ejercer por sí mismos –es decir sin necesidad de autorización- variados actos de gran trascendencia como testar (art. 3614 C.C.),²⁰ pedir la rendición anticipada de cuentas a su tutor cuando hubiera dudas sobre la buena administración de la tutela (art. 459 C.C., texto originario), celebrar contrato de trabajo y, como consecuencia, administrar y disponer libremente a título oneroso o gratuito de los bienes adquiridos con el producto de esa actividad, siempre y cuando acreditaran su origen, a estar por sí en juicios civiles o penales vinculados a tales bienes (art. 128 C.C.)²¹, y a ejercer oficio, profesión o industria u obligarse (art. 275 C.C., texto según ley 23.264).

Por tratarse de un criterio que admitía que el menor pueda ir adquiriendo mayores aptitudes para el ejercicio de sus derechos conforme su desarrollo gradual, no dudamos en considerar que el Código Civil consagró una suerte de principio de capacidad

¹⁸ El art. 286 –texto según ley 23.264- permite a los menores estar en juicio cuando sean demandados criminalmente, como así también el reconocimiento de hijos extramatrimoniales.

¹⁹ Dada su nula relevancia para el derecho, no incluimos expresamente la aptitud para celebrar contratos de menor cuantía –también llamados pequeños contratos- como el transporte diario o la compra de alimentos.

²⁰ El art. 286 –texto según ley 23.264- permite a los menores adultos testar sin requerir autorización de sus padres, razón que llevó a dividir a los doctrinarios entre quienes interpretaban que se encontraban facultadas para testar las personas menores y mayores de 18 años, y quienes negaban esta posibilidad a los menores que no alcanzaban la edad de 18 años por hacer primar la específica disposición del art. 3614.

²¹ En su redacción anterior a la ley 26.390, el art. 32 de la ley de contrato de trabajo 20.744 reconocía la capacidad laboral sin exigencia de autorización paterna a aquellos de 14 años que vivan independientemente de sus padres, como así también les reconocía desde entonces capacidad para estar en juicio y hacerse representar en juicios relacionados a su contrato de trabajo (art. 33 LCT).

progresiva basado en un modelo de edades fijas.²² Es decir que por más que tanto la CDN como su consecuente ley 26.061 hayan sido dictadas siguiendo los lineamientos de un *modelo de autonomía* que tiene al niño como sujeto de derecho, mientras que el Código Civil preserva el *modelo de autoridad* basado en el ejercicio de la patria potestad a partir de la *situación irregular del menor*, podía verse en el sistema del Código Civil respecto a la atribución de capacidad un atisbo del principio de *capacidad progresiva* a través de uno de los sistemas posibles cual es el de fijar límites por edades.

Es cierto que no puede pensarse que el codificador tuvo en mira el principio de *autonomía progresiva* al momento de legislar los institutos de la capacidad, de la representación legal o de la patria potestad, sino que frente a la colisión entre normas de distinta jerarquía que regulan el mismo aspecto del derecho de la infancia a partir de modelos opuestos, la interpretación armonizadora que sustentamos permitía evitar la declaración de inconstitucionalidad de las normas del Código Civil, remedio previsto para supuestos excepcionales.

III- La progresividad de la capacidad del menor de edad en el Código Civil a partir de la ley 26.579

En la última sesión de 2009, la Cámara Alta sancionó la ley 26.579 que modifica el Código Civil y establece la reducción de la mayoría de edad de los 21 años a los 18 años. Con esta ley, se buscó adaptar la legislación nacional a la de los países vecinos y también a los tratados internacionales con jerarquía superior a las leyes incorporados a la Constitución Nacional por su art. 75 inc. 22. Y este logro ha sido reconocido por la generalidad de la doctrina.

Sin embargo, la nueva norma, a diferencia de la CDN y de la ley 26.061, ha conservado la terminología del Código Civil aludiendo a "menores" y no a "niños", y ha mantenido intacta la distinción entre menores impúberes y adultos²³ a pesar que la categoría de "niño" de la legislación posterior no reconoce este distingo²⁴. Y habiendo suprimido a los menores de 18 a 21 años, ha modificado sustancialmente las aptitudes de las personas de este segmento etario, convirtiéndolos en plenamente capaces, es decir con posibilidad de ejercer por sí mismos cualquiera de los derechos de su titularidad.

En cuanto a las personas con menos de 18 años, es decir los amparados por la CDN, la ley en consideración no les ha ampliado el abanico de aptitudes respecto del régimen anterior, encontrándose autorizados a celebrar en forma directa los siguientes actos

²² Incluso en la emancipación dativa o voluntaria podía verse un atisbo de sistema mixto en el cual se determinaba una categoría por edad para acceder a la habilitación, si los representantes consideraban que el niño había adquirido la aptitud para el ejercicio pleno de sus derechos (art. 131, texto según ley 17.711).

²³ Sólo resultó reducida cronológicamente la categoría de menor adulto como consecuencia natural de la adquisición de la mayoría de edad a partir de los 18 años.

²⁴ Quedó dicho que esta división no refleja la atribución de aptitudes distintas por parte del legislador, mientras que los derechos que reconocen a los niños la CDN y la ley 26.061 pueden ser ejercidos tanto antes como después de los catorce años.

jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales:

- desde los 10 años están habilitados para adquirir la posesión pudiendo usucapir (art. 2392);
- a partir de los 14 años se les permite estar en juicio cuando sean demandados criminalmente, como así también reconocer hijos extramatrimoniales (art. 286) pero sin adquirir la patria potestad que se concede a los abuelos (art. 264 bis);
- a partir de los 16 años pueden pedir la rendición anticipada de cuentas a su tutor cuando hubiera dudas sobre la buena administración de la tutela (art. 459, texto según ley 26.579);
- si han obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, pueden ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización, y pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieren con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos (art. 128 2do. párrafo, texto según ley 26.579). Dejando a salvo esta hipótesis, los menores requieren autorización expresa o tácita de los padres para ejercer oficio, profesión o industria (artículo 275, 2da parte, según ley 26.579);
- no obstante el texto del art. 1160 en cuanto dispone que *“No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido”*, el Código Civil habilita a los menores —sin tope de edad mínima— a ejercer el mandato con representación (art. 1897) con las limitaciones a su responsabilidad previstas en el art. 1898, a recibir donaciones de sus padres (art. 1805) y a contratar suministros indispensables en caso de urgente necesidad *“que no pueda ser atendida por sus padres”* (art. 269). Asimismo, a partir de los 14 años pueden celebrar contratos de depósito necesario en ocasión de peligro o fuerza mayor, y responder por ello, aunque esté autorizado por sus representantes legales para recibirlo, y celebrar contrato de comodato pudiendo oponer la nulidad, salvo actuación dolosa, en cuyo caso debe devolver la cosa como si fuera capaz (arts. 2228 y 2259 C.C.).²⁵

En el plano extrapatrimonial la situación incluso mejora, pues el reconocimiento de la *competencia*²⁶ del niño en la CDN —como una manifestación de la autonomía— parece asegurar la *capacidad progresiva* garantizándole el ejercicio por sí mismo de distintos derechos de esta índole a partir de su participación personal.

²⁵ El art. 27 de la ley 26.061 parecería permitir a los niños contratar su propio patrocinio letrado.

²⁶ Afirma Aída Kemelmajer de Carlucci que la capacidad es una noción empleada principalmente en el ámbito de los contratos, estableciendo en general las leyes, por razones de seguridad jurídica, una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad. La competencia, en cambio, pertenece al ámbito de ejercicio de los derechos personalísimos, requiriendo analizar si el sujeto puede o no entender cabalmente, los alcances de su comprensión, su aptitud para comunicarse, razonar y juzgar conforme a sus valores (*“El derecho del menor a su propio cuerpo”*, en *La persona humana*, Guillermo Antonio Borda (dir), La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 249). La *“competencia”* —concepto proveniente de la bioética que debe entenderse como el discernimiento de una persona para comprender una información recibida respecto del acto médico, sopesar las distintas alternativas previendo sus consecuencias en cuanto a riesgos y beneficios y, en función de ella, adoptar una decisión válida— impone un límite a la patria potestad y concuerda con el principio de autonomía progresiva de los niños.

También los arts. 2, 24 y 27 de la ley 26.061 abren la puerta a los niños para su intervención directa al momento de la toma de decisiones sobre cuestiones que los afectan, ampliando su capacidad procesal y tornando operativa su participación efectiva en el ejercicio de los derechos personalísimos.

Por su parte, la ley 26.529 de "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud" (sancionada el 21 de octubre de 2009 y promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009) establece que en ejercicio de la autonomía de la voluntad de los pacientes, "...*Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...*" (art. 2°, inciso "a").

Por último, la ley 25.673, que establece el Programa Nacional de Salud y Procreación Responsable, autoriza a dar información sobre mecanismos contraceptivos a personas menores de edad sin requerir el consentimiento de los padres.

Dijimos al comienzo que la *capacidad progresiva* depende de la naturaleza del derecho a ejercer; y como ha quedado de manifiesto, el principio se concreta con menos énfasis en el campo de los derechos patrimoniales porque, contrariamente a los derechos extrapatrimoniales, en aquellos se ven involucrados intereses de terceros y valores como la seguridad y la estabilidad jurídica, y se requieren conocimientos especiales para evaluar los riesgos al momento de actuar.

IV- Constitucionalidad del régimen actual

Siguiendo el criterio que fija edades específicas para el reconocimiento de la plena capacidad, la ley confirió a las personas menores de edad la posibilidad de ejercer por sí mismos un elenco mayor de facultades patrimoniales en función de su desarrollo por edad (de todas las personas de ese segmento y no de cada niño) y a modo de excepciones al principio general de la incapacidad que rige a su respecto.

Puede tildarse de *objetivo* a este criterio de edades fijas, adoptado a partir de datos o consideraciones extraídos de la experiencia que habilitan a presumir las aptitudes del niño para celebrar por sí mismo los actos que se le permiten en cada segmento. Pero no debe perderse de vista que la decisión de adoptar estas categorías responde a la discrecionalidad del legislador para interpretar la evolución de la madurez de los niños dentro de una sociedad determinada. Es el legislador entonces quien debe encontrar el modo de asegurarles el respeto del principio de la *capacidad progresiva* por medio de leyes que no sólo tengan como finalidad salvar la responsabilidad del Estado adecuando la legislación interna a los instrumentos internacionales sino que sean eficaces y operativas, cualidades de las que no goza nuestra normativa de protección de los derechos de la niñez.²⁷

²⁷ En cuanto a la falta de operatividad de las leyes sobre la infancia remitimos al trabajo de ZANNONI, Eduardo, "El patronato del Estado y la reciente ley 26.061", en LA LEY, 2005-F, 923. Respecto al mismo

Un sistema basado en edades fijas —que por otra parte es el utilizado en la gran mayoría de los países— otorga precisión a cada categoría brindando seguridad jurídica, simplifica la cuestión probatoria a través de la instalación de presunciones que no admiten prueba en contrario, disminuye la posibilidad de contiendas, reduce la discrecionalidad del juzgador al momento de decidir quién está habilitado o no para ejercer por sí mismo un derecho, y por fin, permite introducir el principio de capacidad progresiva sin que se resienta la necesaria precisión de las normas en este ámbito, brindando un marco jurídico de protección del niño y a la vez respetando el ejercicio de sus derechos conforme la evolución de sus facultades.

Es cierto que este sistema de edades rígidas puede no aprovechar la flexibilidad de una aplicación pura del principio de *capacidad progresiva de los niños*, que la edad sólo es uno de los elementos que permiten conocer el grado de madurez de una persona (art. 3 ley 26.061), que en algunos casos puede ser visto como discriminatorio para quienes tengan la misma evolución no obstante tener diferentes edades, e incluso sencillamente que puede no ser el mejor para el intérprete. Pero ninguna de estas razones implica que las normas del Código Civil que estipulan edades fijas para el ejercicio de derechos puedan ser tildadas de inconstitucionales, como lo ha propugnado un sector de la doctrina, especialmente la dedicada al derecho de familia. De igual modo, tampoco merecen esta tacha la distinción por edades entre mayores y niños, o cuando la CDN establece la división en edades fijas en materia del ejercicio de facultades laborales y penales (arts. 32, 2do. a, y 40, 3ero, a, respectivamente), extremos que no han dado lugar a planteos para dejarlos sin efecto.

Aquellos que adhieren a considerar derogado tácitamente el régimen vigente de la capacidad (por no respetar la *capacidad progresiva de los niños*) deben hacerse cargo del problema que representaría sujetar su regulación a principios o conceptos indeterminados como son los de la evolución del desarrollo intelectual, el discernimiento, o la progresividad de la madurez, cuya valoración no podrá desprenderse de la carga ideológica del juzgador. Eso sin contar con el alto costo administrativo judicial que implicaría la puesta en práctica de este sistema.

tema Daniel Hugo D'Antonio ha dicho que aparecen como un cuerpo legal primordialmente dirigido a conformar un marco procesal para asegurar el debido ejercicio de los respectivos derechos (*La Ley 26579 – Mayoría de Edad- y la Capacidad de los Menores*, 1era. edición, 1era. reimpresión, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 41). Es altamente probable que esa falta de efectividad obedezca a que su contenido excede lo jurídico para introducirse en la esfera moral; prueba de ello es que muchos preceptos (por ejemplo en la ley 26.061) han sido redactados como declaraciones de principios, sin sanción alguna ante el incumplimiento.

V- Conclusiones (ponencia)

De lege lata:

Para seguir los pasos de la CDN y de su norma de aplicación nacional 26.061, la ley 26.579 dejó subsistente en el Código Civil uno de los modelos aptos para consagrar el principio de *capacidad progresiva*, según el cual se admite la ampliación gradual de la capacidad de hecho del niño teniendo en cuenta la división por edades como elemento objetivo para evaluar la madurez y el desarrollo de sus aptitudes intelectuales y psicológicas. En consecuencia, la nueva norma no debería ser merecedora de planteos de inconstitucionalidad, pues cumple con la manda de la CDN en cuanto al acogimiento del principio en la ley nacional.

De lege ferenda:

El régimen de la capacidad que continúa vigente luego de la reforma al Código Civil por la ley 26.579 impide la consideración plena de los niños como sujetos de derecho, desde que parte de la condición básica de tenerlos como personas incapaces de hecho con las excepciones especialmente previstas en las normas para actos determinados. De todos modos, y hasta que se lleve a cabo la reformulación integral del régimen de atribución de la capacidad de hecho, proponemos una modificación legislativa que amplíe la cantidad de segmentos etarios en los que los niños puedan gradualmente ejercer por sí mismos un mayor elenco de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales. Ello así, a los fines de reconocer con mayor flexibilidad las capacidades en evolución del niño, pero siempre en resguardo de su propia previsibilidad jurídica y la de los terceros.