DIRECTORAS
CECILIA P. GOSMAN - NORA LLOVERAS
AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - MARISA HERRERA

48
Mayo 2018

DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

ISSN 1851-1201

DOCTRINA

Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad
Por Mary Beloff, Mariano Kterszenbaum y Martiniano Terragni

Actualizaciones sobre la rectificación registral conforme a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes
Por Gabriela Spinelli e Inaki Regueiro de Giacomi

Las infancias trans: del comienzo del martirio hacia el inicio de una vida digna de ser reconocida
Por Anabella G. Calvo

Vulnerables e invisibles: chicos en situación de calle y consumo problemático
Por María Laura Folgar y Rosalía Muñoz Genestoux

Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?
Por Soledad Valente

La tarea de los auxiliares de la justicia en los tribunales de familia
Por Alicia M. Castro

El rol de los tribunales en la desinstitucionalización. Apuntes sobre la experiencia de los Estados Unidos
Por Facundo Capurro Robles

Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución
Por Julio A. Martínez Alcorta

Las personas con discapacidad y su participación en el proceso de determinación de la capacidad. ¿Obstáculos diferenciados en su perjuicio?
Por Lorena Sarquis

El convenio regulador en el divorcio
Por Mauricio L. Mizrahi

Compensación económica en el marco del divorcio
Por Romina A. Méndez

La distribución de las adquisiciones patrimoniales frente al cese de las uniones convivenciales en vida o ante la muerte
Por María Victoria Pellegrini

La acción de reconocimiento de la filiación del hijo adoptado por adopción plena del art. 624 del Código Civil y Comercial.
Por Elena Mendoza

El deber-derecho de los progenitores de administrar el patrimonio de los hijos menores en el Código Civil y Comercial
Por Rodolfo G. Jáuregui

La obligación alimentaria a cargo del progenitor afín
Por Gabriel Bedrossian

La escucha del niño y su importancia desde la óptica del acceso a la justicia en el marco de las convenciones internacionales relativas a la infancia
Por María Susana Najurieta

Las demoras en la etapa de ejecución de las órdenes de restitución internacional de niños: su impacto en el interés superior del niño
Por Florencia Castro y Nieve Rubaja

La legítima en el Código Civil y Comercial. El art. 2459 interpretado teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento
Por María Cecilia Burgos Baranda

Legitimación en la acción de colación
Por Luis A. Ugarte

DERECHO DE FAMILIA

Directoras

Cecilia P. Grosman - Aída Kemelmajer de Carlucci
Nora Lloveras - Marisa Herrera

Vicedirectora

Ida Scherman

Secretarías de redacción

María Bacigalupo de Girard - Carolina Bonaparte

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot y María Bacigalupo de Girard en 1989

Legislación y jurisprudencia extranjera

Alicia A. Carnaval - Javier Muñiz -
Ida Scherman

Legislación nacional

Luz M. Pagano

Legislación provincial

Silvia Fernández

Síntesis bibliográfica

Natalia de la Torre

Revista de revistas

Alicia A. Carnaval - Mariel Molina
de Juan

Informaciones

Gastón Argeri - Federico Notrica -
María Clara Rato

Investigaciones

Marisa Herrera

Arte, literatura y derecho de familia

Gustavo Bossert

Bioética

Eleonora Lamm

Volumen de Jurisprudencia

Carolina Bonaparte - M. Cecilia
Cardella - Myriam M. Cataldi -
Natalia de la Torre - Marisa Herrera -
Fiorella C. Vigo

Volumen de Doctrina

María Bacigalupo de Girard - Mariana
Fortuna - Sebastián Fortuna -
M. Gabriela Vero

Nota de la Dirección: Las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

DIRECTORAS

CECILIA P. GROSMAN - NORA LLOVERAS

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI - MARISA HERRERA

84
Mayo 2018

DERECHO DE FAMILIA

Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia

Una publicación de
AbeledoPerrot S.A.
Tucumán 1471,
(C1050AAC),
Buenos Aires,
Argentina

ISSN 1851-1201
RNPI 5074814

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1201
RNPI: 5074814

Todos los derechos reservados
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
Fax.: (54-11) 5236-8939
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Sumario

DOCTRINA

Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad Por Mary Beloff, Mariano Kierszenbaum y Martinlano Terragni	1
Actualizaciones sobre la rectificación registral conforme a la identidad de género de niños, niñas y adolescentes Por Gabriela Spinelli e Iñaki Regueiro de Giacomi	17
Las infancias trans: del comienzo del martirio hacia el inicio de una vida digna de ser reconocida Por Anabella G. Calvo	33
Vulnerables e invisibles: chicos en situación de calle y consumo problemático Por María Laura Folgar y Rosalía Muñoz Genestoux	49
Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable? Por Soledad Valente	65
La tarea de los auxiliares de la justicia en los tribunales de familia Por Alicia M. Castro	77
El rol de los tribunales en la desinstitucionalización. Apuntes sobre la experiencia de los Estados Unidos Por Facundo Capurro Robles	89
Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución Por Julio A. Martínez Alcorta	105
Las personas con discapacidad y su participación en el proceso de determinación de la capacidad. ¿Obstáculos diferenciados en su perjuicio? Por Lorena Sarquis	119
El convenio regulador en el divorcio Por Mauricio L. Mizrahi	131
Compensación económica en el marco del divorcio Por Romina A. Méndez	139
La distribución de las adquisiciones patrimoniales frente al cese de las uniones convivenciales en vida o ante la muerte Por María Victoria Pellegrini	155

UNA SENSATA CANTIDAD DE LIBERACIONISMO: EL ART. 26 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS NORMAS PENALES QUE INVOLUCRAN A PERSONAS MENORES DE EDAD

Por MARY BELOFF, MARIANO KIERSZENBAUM y MARTINIANO TERRAGNI¹

“Los niños son completa e inevitablemente dependientes de aquellos que tienen poder sobre sus vidas. La de ellos no es una dependencia que haya sido creada artificialmente (aunque puede ser prolongada artificialmente); ni puede ser terminada meramente por cambios políticos o sociales (...)”.
O’NEILL, Onora, “Children’s rights and children’s lives”²

I. Introducción

Ser niño³, adolescente o adulto es un dato fenomenológico, pero también es un estatus jurídico. Hay características que se esperan de los niños, adolescentes y adultos que están asociadas, entre muchas otras cosas, a su textura física, a su madurez, a su grado de conocimiento, a su control de las emociones e impulsos, o a su experiencia.

El ordenamiento jurídico tiene en cuenta todas estas notas distintivas a la hora de determinar el contenido y el alcance de los derechos. De esta forma, en una mirada muy sencilla respecto del contenido de los derechos en los niños y adolescentes frente a los de las personas adultas, puede advertirse sin demasiada dificultad que mientras se incrementa la edad de las personas, aumentan sus derechos de libertad, y consecuentemente sus responsabilidades, al tiempo que disminuyen los derechos de protección. Como ejemplo de ello pueden señalarse las prohibiciones de consumir alcohol o fumar⁴ que recaen sobre niños y adolescentes, las cuales

¹ Agradecemos a Pablo Salazar su atenta lectura de la versión original de este trabajo, así como sus valiosos aportes y comentarios.

² O’NEILL, Onora, “Children’s rights and children’s lives”, *Ethics*, nro. 98, abril de 1988, p. 461.

³ Utilizamos como genérico el término “niño” debido a las dificultades en cuanto a la lectura que genera en el idioma castellano la mención a los diversos géneros.

⁴ Con relación a este punto se pueden mencionar la ley 24.788, sobre el expendio a personas menores de dieciocho años de todo tipo de bebidas alcohólicas (sancionada el 05/03/1997 y promulgada de hecho el 31/03/1997), que prohíbe en todo el territorio nacional el expendio de todo tipo de bebidas alcohólicas a menores de dieciocho años de edad (art. 1°), la ley 26.687, de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco (sancionada el 01/06/2011 y promulgada el 13/06/2011), que prohíbe la venta, distribución, promoción y entrega por cualquier título de productos elaborados con tabaco a menores de dieciocho años para su consumo o para el de terceros (art. 18). Asimismo-

no rigen para las personas adultas. También son ilustrativos de este punto los derechos de prestación que cesan con la mayoría de edad, tales como los cuidados parentales, y que en algunos casos llegan a extenderse aún más allá de los dieciocho años (las obligaciones alimentarias hasta los veintidós años⁵—anterior mayoría de edad civil—, o hasta los veinticinco cuando el joven estudia)⁶.

En definitiva, ser niño, adolescente o adulto no implica, frente al derecho, un estatus superior o inferior, sino, sencillamente, una condición jurídica diferenciada.

Sin embargo, en los últimos años se ha expandido una visión respecto de la condición de la niñez centrada en la exaltación de las bondades de los derechos de libertad característicos de la condición de adultos, producto de una visión sesgada que atribuye una connotación negativa a los derechos de protección, probablemente influenciada por los conocidos excesos del tutelarismo clásico⁷.

Ella ha conducido en la República Argentina a la búsqueda de una mayor equiparación, en cuanto a los derechos de libertad, entre los niños y adolescentes respecto de los adultos, la cual ha transitado un camino de acercamiento gradual de ambas condiciones jurídicas y que, en la actual redacción del art. 26 del Cód. Civ. y Com.⁸, permitiría concluir que ha llegado a asimilar ambos estatus, al prescribir la mencionada norma que *el adolescente de dieciséis años de edad es considerado adulto respecto del cuidado de su propio cuerpo*:

"La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. *A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo*" (destacados agregados).

Esta equiparación del adolescente con el adulto se inspira en la posibilidad de dotar a la persona que ha alcanzado los dieciséis años de la capacidad jurídica para tomar decisiones de tan significativa trascendencia que el ordenamiento jurídico solo reserva para las personas adultas,

mo, otra legislación de similar tenor se halla en la Ley 26.968 de Solventes Orgánicos Volátiles (sancionada el 06/08/2014, promulgada de hecho el 27/08/2014 y publicada en el BO del 29/08/2014) que prohíbe la venta, expendio o suministro a cualquier título a menores de edad de adhesivos, pegamentos, cementos de contacto, selladores o similares que contengan en su formulación más de un 10% p/p (peso en peso) de solventes orgánicos volátiles susceptibles de ser inhalados para provocar efecto psicoactivo o estado de alteración mental (art. 1°).

⁵ Cfr. art. 658 del Cód. Civ. y Com.

⁶ Cfr. art. 663 del Cód. Civ. y Com.

⁷ Sobre este punto, para Estados Unidos, cfr. PLATT, Anthony M., "Los 'salvadores del niño' o la invención de la delincuencia", Siglo XXI, México, 1982, BLANCO, Félix (trad.); para Italia, DE LEO, Gaetano, "La Giustizia del minor", Giulio Einaudi editore, Torino, 1981 [en español "La justicia de menores", Ed. Teide, Barcelona, 1985, GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos (trad.)]; para Francia, DONZELOT, Jacques, "La police des familles", Ed. de Minuit, París, 1977 (en español: "La policía de las familias", Ed. Pre-Textos, Valencia, 1990, VÁZQUEZ, José - LARRACETA, Umbelina (trad.), y para España, CANTARERO, Rocio, "Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores", Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.

⁸ Ley 26.994, sancionada el 01/10/2014, promulgada de hecho el 07/10/2014 y publicada en el BO del 08/10/2014.

con la aparente extinción—a partir de tal edad y respecto de esas decisiones— de los derechos/deberes de protección especial⁹.

En una primera visión, podría interpretarse que el Código Civil y Comercial ha otorgado a los adolescentes mayores derechos de libertad (esto es, mayor autonomía). No obstante, la equiparación del adolescente con el adulto permitiría la posibilidad de transitar el camino de la pérdida total de la condición de la niñez a partir de la mencionada merma de los derechos de protección. ¿Fue esta la intención del Poder Legislativo al aprobar el Código Civil y Comercial? A primera vista no lo parece, si se consideran otras normas relacionadas con el mismo tema. Además, difícilmente podría haberse decidido ingresar a los niños al mundo adulto desde edades más tempranas, dado el amplísimo y denso entramado normativo internacional que lo prohíbe.

Por otro lado, más allá de las intenciones, los efectos de tal equiparación son muy graves. En el ámbito del derecho penal ello es muy notorio¹⁰. Tanto la más destacada doctrina como así también el derecho internacional de los derechos humanos son muy enfáticos no solo en sostener la actual y muy clara separación del adolescente con respecto al adulto a los fines de las consecuencias penales, sino también en elevar las edades de separación; sin embargo, la práctica y algunas reformas legales han generado variados problemas a partir del paulatino acercamiento de los procesos para adolescentes y adultos a través de la incorporación de institutos provenientes de los modelos acusatorios, como el Juicio abreviado, por citar un ejemplo¹¹.

La administración de justicia para adolescentes se rige por el principio de especialidad, que, en líneas muy generales, exige que los adolescentes imputados por cometer delitos sean juzgados bajo un régimen diferente que el de los adultos, lo cual se traduce en diferentes leyes, diferentes órganos (tanto respecto del juzgamiento como de la ejecución de las medidas) y diferentes consecuencias jurídicas (penas reducidas, mayores opciones de salidas alternativas al proceso y a la pena)¹².

El movimiento asociado a tratar a los adolescentes como adultos respecto del derecho penal ha tenido en diferentes países de América Latina un fuerte impulso por incidencia de dos corrientes aparentemente contrapuestas: una alineada con la filosofía que inspiraría al art. 26 del Cód.

⁹ De todos modos, debe tenerse presente que, también respecto de los adultos, en el Código Civil y Comercial de la Nación se regulan deberes de protección que limitan las decisiones sobre el "propio cuerpo", p. ej., cuando ocasionen una disminución permanente de la Integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres (cfr. art. 56, Cód. Civ. y Com.). Por esa razón, aun cuando se considere que existe en la nueva legislación una equiparación de estatus entre adolescentes mayores de dieciséis años (niños para el derecho internacional) y adultos, son de aplicación los límites a los derechos de "libertad" con fundamento en la necesidad de "protección" que se imponen a las decisiones de los mayores de 16 años por derivación de las que también rigen para mayores de 18 años. Por otro lado, deben tenerse presentes las leyes especiales, por ejemplo, la ley de trasplante que exige que el donante en vida sea mayor de 18 años, a pesar de que es un acto referente al cuidado del propio cuerpo (art. 15, ley 24.193). Ello plantea la pregunta acerca de si prima el Código Civil y Comercial, por ser la ley posterior, o la ley de trasplantes, por ser ley especial; pero, además, genera un problema de interpretación respecto de qué debe interpretarse por esa edad: si una regla o un estándar. Agradecemos a Pablo Salazar estos lúcidos señalamientos y su análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema relacionado con este tema que sigue más adelante, ver *infra*, nota 15.

¹⁰ Cfr. BELOFF, Mary, "¿Qué hacer con la justicia juvenil?", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2016, ps. 91-92.

¹¹ Cfr. BELOFF, Mary - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio por jurados", LLBA, año LXXXI, nro. 183, ps. 1-5, 26/09/2017, y en BELOFF, Mary - FREEDMAN, Diego - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "La justicia juvenil y el juicio abreviado", en BELOFF, Mary (dir.), *Nuevas problemáticas de la Justicia Juvenil*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2017, ps. 139-185. En este trabajo retomaremos algunas de las ideas planteadas en esos textos.

¹² "(L)os Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes". Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 40.3.

Civ. y Com., de corte liberacionista, y otra que aboga abiertamente por el endurecimiento del derecho penal¹³. En ambos casos, la consecuencia política criminal ha sido tratar como adultos a los adolescentes frente a una imputación penal¹⁴.

Por su parte, el derecho civil ha avanzado bajo la idea de la así denominada "autonomía progresiva" en el sendero del abandono de los sistemas de edades fijas en la asignación de competencias y el aumento de la casuística. En derecho penal, por lo contrario, debido a la más estricta seguridad jurídica que lo caracteriza, tanto la doctrina como el sistema internacional desaconsejan la casuística y recomiendan el establecimiento de edades fijas¹⁵.

En definitiva, la paradoja que aborda este trabajo se sintetiza en lo siguiente: mientras que en el derecho privado se ha visto como un camino hacia el avance de los derechos la equiparación entre los adolescentes y los adultos y el abandono de los estándares de edades fijas en la asignación de competencias, en el ámbito del derecho penal ello se ha entendido como un retroceso vedado por el derecho internacional. ¿Existe solo una concepción de los derechos de la infancia dentro de la nueva legislación civil o todavía conviven diferentes *infancias*, contrariamente a lo que se buscaba con la reforma? ¿Es posible que coexistan dos visiones de la niñez y la adolescencia en un mismo ordenamiento jurídico? ¿Podría la legislación civil impulsar indirectamente una modificación en la órbita penal? Estas son algunas de las preguntas que este trabajo intentará preliminarmente abordar.

¹³ Véase al respecto, BELOFF, Mary, ob. cit., ps. 20-21.

¹⁴ Estas tendencias han despertado la preocupación del Comité de los Derechos del Niño, que en su observación general 20 (2016), sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia, ha sostenido: "El Comité hace hincapié en la necesidad de prohibir la pena de muerte y la cadena perpetua para toda persona declarada culpable de un delito cometido cuando era menor de 18 años, y se muestra gravemente preocupado por el número de Estados que tratan de reducir la edad de responsabilidad penal. Exhorta a los Estados a que mantengan la mayoría de edad penal a los 18 años" (párr. 88). Este Comité ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el "(...) intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención (...)". Cfr. Fallos 331:2047, del consid. 4 del voto de la mayoría.

¹⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, observación general 10 (2007), "Los derechos del niño en la justicia de menores". Pablo Salazar ha planteado de forma muy clara la tensión entre "reglas claras" (en este caso, a través de "edades fijas") o estándares genéricos (p. ej., la "madurez"). Argumenta que en lo que denomina la "era de estándares" (o de "descodificación"), derivada en muchos casos debido a los compromisos internacionales que exigen regulaciones genéricas y abiertas que puedan ser aplicadas a culturas jurídicas diferentes, en ocasiones la interpretación conduce a que reglas claras y precisas, sin mucho margen para interpretación, se conviertan en "estándares" abiertos. Sostiene esta tesis a partir de la sentencia "Saguir y Dib" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se autorizó la donación en vida de un órgano extraído de una niña menor de 18 años (por pocos meses), en contra de lo expresamente previsto en la ley. El procurador, en su dictamen, pedía reglas claras: "Hoy son 17 años y 8 meses, ¿cuál será mañana la edad exceptuada?". La Corte Suprema, en cambio, autorizó el trasplante (obviamente, por la urgencia con la que era requerido), sobre la base de que la "madurez" que tenía la niña a esa edad sería la misma que tendría tan solo unos meses después, cuando ya tuviera la edad mínima exigida por la ley para ser donante ("Nada indica razonablemente que en solo dos meses la madurez psicológica, el grado de discernimiento, responsabilidad y estabilidad emocional de la dadora pueda experimentar un cambio relevante"). Concluye que aquí la "regla" que exige "18 años" fue convertida en un "estándar" donde "18 años" significa "madurez suficiente", aunque sea alguien menor de aquella edad, y se pregunta qué pasaría si la niña donante tuviera algún inconveniente de salud como consecuencia de la donación: ¿podría demandar a las autoridades estatales que la autorizaron a donar órganos en contra de lo expresamente previsto en la ley? Afirma: "Sería algo así como decirles a los jueces: ¿Cómo pudieron ustedes desprotegerme, autorizándome a hacer algo para lo cual la ley no me consideraba capacitada?".

II. Las regulaciones referidas a la madurez y autonomía en el derecho positivo argentino

Según la filosofía moral, el niño (a diferencia del adulto), es, por regla, un incompetente básico¹⁶ que va adquiriendo capacidades con el transcurso de su desarrollo. Más allá de la connotación negativa que el término "incompetente" ha adquirido en el ámbito de la niñez en el último tiempo¹⁷, es evidente que los autores se refieren a un dato muy concreto: respecto de quien es signado como incompetente, las posibilidades de decidir en función de sus propias necesidades son delegadas en sujetos competentes, que deben decidir por ella o él, sencillamente porque dejar esa posibilidad en manos del incompetente sería riesgoso para sí. Por ejemplo, dejar en manos de un niño que atraviesa la primera infancia la elección del alimento que debe ingerir o, directamente, si comerá o no, podría poner en riesgo su vida; por ello esa elección recae en la responsabilidad de un adulto, del mismo modo que todas las referidas al cuidado en las edades tempranas.

A partir de que la incompetencia del niño se sustenta sobre un consenso universal respecto de su falta de madurez, la ley le reconoce gradualmente distintas competencias a medida que va creciendo¹⁸. Esta evolución madurativa podría constatarse caso por caso o sobre la base del colectivo etario al fijarse edades determinadas legalmente. Esta última opción es la que ha guiado nuestra tradición jurídica, así como también al derecho internacional de los derechos humanos (por ejemplo, mediante la fijación de edades mínimas en el derecho penal, edades mínimas para trabajar, contraer matrimonio, etc.) y es la que más favorece la garantía de la seguridad jurídica. Es por ello que la pregunta acerca de qué puede y qué no puede decidir un niño debe responderse en consideración de una edad concreta.

Una muestra al solo efecto ejemplificativo, sin pretensión de exhaustividad, demuestra el modelo legislativo elegido en el país consistente en el establecimiento de estas edades, las cuales —según el derecho de que se trate— asignan o niegan competencias. Dado que este artículo se focaliza en los problemas que plantea el párrafo final del art. 26 del Cód. Civ. y Com., sobre todo desde el punto de vista penal, nos referiremos a algunas de esas normas que establecen capacidades para distintos ámbitos de interacción respecto de personas que han cumplido los dieciséis años de edad, con diferentes alcances:

¹⁶ Cfr. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, "Desde la modesta propuesta de Swift hasta las casas de engorde. Algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", *Revista Doxa*, Alicante, nro. 15/16, 1994, ps. 731/743. En su ensayo *Sobre la libertad*, STUART MILL, John había explicado: "(...) Nadie niega que deba enseñarse y adiestrarse al hombre en su juventud para que conozca los resultados comprobados de la experiencia humana y se beneficie con ellos. Sin embargo, el privilegio y la condición apropiada de todo ser humano que haya llegado a la madurez de sus facultades, consiste en utilizar e interpretar la experiencia en la forma que desee (...)". También se pregunta allí: "(...) ¿Debería la sociedad abandonar a sus propios impulsos a aquellos que son manifiestamente incapaces de dirigirse a sí mismos? Si se acepta que hay que proteger contra ellos mismos a los niños y los menores de edad, ¿no está igualmente obligada la sociedad a extender esa protección a todos los mayores de edad que son igualmente incapaces de gobernarse a sí mismos (...)?", Ed. Diana, México, 1965, ps. 104 y 132.

¹⁷ Al respecto, "(e)l Comité (de los Derechos del Niño) ha señalado múltiples formas de discriminación, muchas de las cuales tienen consecuencias particulares para la adolescencia y exigen un análisis intersectorial y la adopción de medidas holísticas específicas. La adolescencia en sí misma puede ser motivo de discriminación. Durante este período, los adolescentes pueden ser tratados como personas peligrosas u hostiles, y ser encarcelados, explotados o expuestos a la violencia como consecuencia directa de su condición. Paradójicamente, se los suele tratar también como si fueran incompetentes e incapaces de tomar decisiones sobre sus vidas". Cfr. observación general 20, cit., párr. 21.

¹⁸ No existe un consenso universal respecto de la gradualidad en la adquisición de competencias.

II.1. Libertad sexual

A los dieciséis años el niño ya deja de ser sujeto pasivo del delito de abuso sexual aprovechándose de la inmadurez de la víctima —art. 120, Cód. Penal¹⁹—; pero puede ser víctima de prácticas corruptoras —art. 125, Cód. Penal²⁰—, pornografía infantil —art. 128, Cód. Penal²¹— y grooming —art. 131, Cód. Penal²²—. Con ello es evidente que, para el derecho penal y respecto de cuestiones que involucran al cuidado del propio cuerpo, los derechos de protección (paternalismo justificado) priman sobre los derechos de libertad (autonomía).

II.2. Derechos políticos

En cuanto a los derechos políticos, de conformidad con el art. 7° de la Ley de Ciudadanía²³, “(l)os argentinos que hubiesen cumplido la edad de dieciséis [16] años, gozan de todos los derechos políticos conforme a la Constitución y a las leyes de la República”. De acuerdo con el art. 1° del Código Electoral Nacional, “(s)on electores los argentinos nativos y por opción, desde los dieciséis [16] años de edad, y los argentinos naturalizados, desde los dieciocho [18] años de edad, que no tengan ninguna de las inhabilitaciones previstas en esta ley²⁴”.

Sin embargo, de acuerdo con el Código Nacional Electoral, para poder ser autoridad de mesa se deben haber cumplido los dieciocho años de edad²⁵ y, para ser candidato a diputado o senador, haber cumplido los veinticinco²⁶ o treinta²⁷ años, respectivamente.

De estas regulaciones se desprende claramente que el derecho argentino toma en cuenta la madurez de acuerdo a edades fijas y no por sistemas casuísticos; asimismo, se evidencia que la competencia para una materia no se extiende automáticamente a otras aparentemente equiparables.

¹⁹ Art. 120, Cód. Penal: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado (...)”.

²⁰ Art. 125, Cód. Penal: “El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años”.

²¹ Art. 128, Cód. Penal: “Será reprimido con prisión de seis [6] meses a cuatro [4] años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho [18] años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro [4] meses a dos [2] años el que tuviere en su poder representaciones de las descritos en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización...”.

²² Art. 131, Cód. Penal: “Será penado con prisión de seis [6] meses a cuatro [4] años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.

²³ Ley 346, conf. la modificación introducida por la ley 26.774 (sancionada el 31/10/2012 y promulgada de hecho el 01/11/2012).

²⁴ Texto conf. a la ley 26.774.

²⁵ Cfr. art. 73, inc. 2°, Código Nacional Electoral.

²⁶ Cfr. art. 48, CN.

²⁷ Cfr. art. 55, CN.

II.3. Capacidad laboral

Para la legislación laboral, “(l)as personas desde los dieciséis [16] años y menores de dieciocho [18] años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos²⁸”. Asimismo, el art. 33 de la mencionada ley establece que “(l)as personas desde los dieciséis [16] años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el art. 27 de la ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes”. Por su parte, el art. 187 de la misma ley establece que “(l)as personas desde los dieciséis [16] años y menores de dieciocho [18] años podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los arts. 32 y ss. de esta ley. Las reglamentaciones, convenciones colectivas de trabajo o tablas de salarios que se elaboren, garantizarán a estos trabajadores igualdad de retribución, cuando cumplan jornadas de trabajo o realicen tareas propias de trabajadores mayores. El Régimen de Aprendizaje y Orientación Profesional aplicable a los trabajadores desde los dieciséis [16] años hasta los dieciocho [18] años estará regido por las disposiciones respectivas vigentes, o que al efecto se dicten²⁹”.

Asimismo, la ley 26.844 de Servicio Doméstico, reglamentada por el dec. 467/2014, prohíbe la contratación de menores de dieciséis años de edad (art. 9°) y permite el trabajo adolescente, referido a personas entre dieciséis y dieciocho años de edad (para el cual se necesita un certificado médico de aptitud para el trabajo —art. 10—), limitado a una jornada que “no podrá superar, bajo ninguna circunstancia, las seis [6] horas diarias de labor y treinta y seis [36] horas semanales” (art. 11). También establece en su art. 12 que “(q)ueda prohibida la contratación de las personas menores de edad comprendidas en la edad escolar que no hayan completado su instrucción obligatoria, a excepción que el empleador se haga cargo de que la empleada/o finalice los mismos” y, en su art. 13 prohíbe, respecto de los niños de dieciséis y diecisiete años de edad, la modalidad de empleo sin retiro del lugar de trabajo.

De estas normas surge que, aun dentro del derecho laboral donde, aparentemente, la autonomía que se reconoce al adolescente trabajador es plena, subsisten las exigencias orientadas a su formación, cuyo sustento tiene un puro sentido de prestación antes que de defensa.

II.4. Otras normas civiles

En otras disposiciones del Código Civil y Comercial aparecen enfoques compatibles pero también contrarios a la perspectiva del art. 26. Examinemos algunas de ellas.

Por un lado, se encuentra el art. 103, referido a la regulación de la actuación del Ministerio Público en la representación de los niños y adolescentes. En él se establece:

“En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales”.

Como se puede apreciar, las facultades y deberes del Ministerio Público referidas a la protección de los derechos sociales, económicos y culturales en el ámbito extrajudicial está muy lejos de adscribir a una idea liberacionista, sino que, antes bien, responde a una idea fuertemente paternalista (protección especial). Esta regulación es incluso más amplia que la que contenía el anterior

²⁸ Ley 20.744 de Contrato de Trabajo, art. 32.

²⁹ Los arts. 190 y siguientes de la ley de Contrato de Trabajo disponen de regímenes especiales para las personas menores de edad, en cuanto a su descanso, extensión de jornada laboral y condiciones de trabajo.

cuerpo normativo, que en su art. 59 no incluía tales facultades. Concretamente en relación con el tema analizado aquí: ¿se puede interpretar que la actuación del Ministerio Público se extiende más allá de los dieciséis años cuando se trate de decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo? ¿El cuidado del propio cuerpo integra el derecho a la salud? ¿El derecho a la salud forma parte de los derechos de libertad (derechos de defensa) o de los derechos sociales (prestaciones positivas)?

Asimismo, el mismo Código contiene varias regulaciones que demuestran a las claras su intención de ampliar la protección de los derechos incluso cumplida la mayoría de edad, en una suerte de ultra-actividad de los deberes/derechos de protección. Así, por ejemplo, los mencionados derechos de prestación de alimentos se extienden hasta los 21 años (art. 658, Cód. Civ. y Com.) o incluso hasta los 25 si la persona estudia o se prepara profesionalmente (art. 663, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, de forma absolutamente contraria a la filosofía que sustenta las normas recién analizadas, en línea con la concepción liberacionista expresada en el art. 26, con relación al matrimonio, el Código Civil y Comercial prescribe:

“Art. 404.— Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inc. f) del art. 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de esta, puede hacerlo previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado. La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela solo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 inc. d)”.

De modo que, en contra de precisas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia³⁰, la nueva legislación habilita el matrimonio de menores de dieciséis años. Además, incluye a la “edad” —sin fijar edad mínima— y a la “madurez” —concepto que, aparentemente, el Código pretendía superar— como criterios para conceder la dispensa nupcial.

³⁰ Se advierte una evolución en las reglas internacionales relacionadas con este tema. Así, la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios —abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 1763 A (XVII), de 07/11/1962, entró en vigor el 9 de diciembre de 1964, de conformidad con el art. 6°— exige en su art. 1°: “No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes (...)” y en el ° la determinación de una edad mínima, si bien contiene una excepción: “(...) salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad”. Posteriormente, en el Principio II de la resolución 2018 (XX) “Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios”, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 01/11/1965, se fija una edad mínima de quince años y se agrega una limitación a la excepción, referida a que existan “causas justificadas”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23/03/1976, de conformidad con el art. 49— reconoce en el art. 23.2 el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si se tiene edad para ello. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —adoptada y abierta a la firma y ratificación o adhesión por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el art. 27 [1]—, en su art. 16.2 dispone que no tendrán ningún efecto jurídico los esposales y el matrimonio de niños, además de exigir la determinación de una edad mínima para la celebración del matrimonio. En el orden interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su art. 17.2, conecta el derecho a contraer matrimonio con la garantía de no discriminación, más allá de reiterar las prescripciones ya descriptas, contenidas en las normas del sistema universal.

En particular, en este aspecto, la regulación civil se contraponen con la recomendación general 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y con la observación general 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, en tanto que allí se afirma:

“20. El matrimonio infantil, también denominado matrimonio a edad temprana, es cualquier matrimonio en el que al menos uno de los contrayentes sea menor de 18 años. La inmensa mayoría de los matrimonios infantiles, tanto de derecho como de hecho, afectan a las niñas, aunque a veces sus cónyuges también son menores de 18 años. El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas. Como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición”.

Más recientemente, el Comité de los Derechos del Niño ha reafirmado esta prohibición en su observación general 20:

“El Comité recuerda a los Estados partes que deben reconocer el derecho de los menores de 18 años a que se les proteja continuamente frente a toda forma de explotación y abuso, y afirma una vez más que 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio (...)” (del párr. 40).

Por otra parte, en lo atinente a la constatación de la autonomía con respecto a los sistemas de edades fijas o el así llamado “caso a caso”, es importante señalar que el Código Civil no adscribe unívocamente a un modelo de edades indeterminadas o de comprobación “caso a caso”, sino que contiene muchísimas disposiciones que establecen edades fijas. Entre algunas de ellas, a modo de ejemplo, se puede mencionar que a los 10 años el niño debe brindar su consentimiento en el trámite de adopción [arts. 595, f); 617, d), y 634, l), Cód. Civ. y Com.], y tiene discernimiento respecto de los actos ilícitos (art. 261, Cód. Civ. y Com., inc. b); y que a los 13 años el ordenamiento jurídico le confiere la calidad de adolescente (art. 25, Cód. Civ. y Com.) y adquiere discernimiento para los actos lícitos [art. 261, Cód. Civ. y Com., inc. c)].

En síntesis, el análisis general de la capacidad de los niños en el sistema legal argentino refleja que este combina espacios de autonomía con espacios de protección, en los que los niños no pueden elegir sobre la base de su propio deseo. Un niño no puede trabajar aunque quiera hacerlo, ni tampoco puede mantener relaciones sexuales con personas adultas, debido a que esas acciones podrían ponerlo en riesgo, motivo por el cual el ordenamiento jurídico decide privilegiar, en esos casos, sus derechos de protección por sobre su autonomía. Esta decisión, evidentemente, supone mantener al niño en su condición de niño (y no convertirlo automáticamente en adulto por fuerza de una disposición legal contraria a un dato fenomenológico fuera de discusión, sustento del amplio *corpus iuris* de protección de derechos humanos de los niños).

III. El principio de especialidad, la mayoría de edad civil y la ejecución de las medidas socioeducativas

La conexión entre la justicia penal, el derecho civil y los derechos fundamentales de los niños puede englobarse en el llamado principio de especialidad, pues este principio se deriva del “derecho de los derechos” de los niños: su derecho a la protección especial³¹, mientras que, respecto de las personas adultas, los derechos fundamentales de libertad (derechos o libertades negativos) priman, respecto de los adolescentes se imponen los derechos de prestación (derechos o libertades positivos).

³¹ BELOFF, Mary, “El derecho de los niños a su protección especial en el sistema interamericano”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, en prensa.

Esta primacía de los derechos de prestación por sobre los derechos de libertad no se abandona aun frente a imputaciones penales, respecto de las cuales se activan las garantías que limitan la intervención del Estado sobre las personas. En definitiva, durante la persecución penal coexisten respecto del adolescente las garantías penales clásicas con los derechos de prestación, que deben satisfacerse por mandato legal aun contra la voluntad del adolescente imputado.

Esta conjunción de derechos de libertad y derechos de prestación y sus diferencias respecto de sujetos adultos puede graficarse de forma elocuente al observar el modo y el contenido de la ejecución de las medidas que se dictan durante el proceso y las intervenciones técnicas que se producen³². La consideración de la persona como adolescente (o sencillamente menor de edad) no es, pues, para la intervención del derecho penal, un dato perjudicial, sino, muy por el contrario, beneficioso. Ello así, en tanto que sea cual fuere la imputación que recaiga sobre el sujeto, el Estado estará obligado, antes que nada, a garantizar los derechos de protección propios de su condición de adolescente: por ejemplo, los derechos a la separación de las personas adultas³³, a la mayor celeridad del proceso, a la utilización excepcional de la privación de libertad, junto con la educación, la salud, etcétera.

—Un antecedente de la anticipación en la concesión de los derechos de libertad para las personas consideradas menores de edad se produjo en 2008 con la disminución de la mayoría de edad civil de 21 a 18 años³⁴. A priori, esta disminución de la mayoría de edad fue vista como la concesión a las personas de esa franja etaria de mayor autonomía. Sin embargo, en la justicia

³² Un proceso penal tiene como finalidad determinar la verdad histórica y aplicar el derecho de fondo. En ese transcurso, que ha de culminar en la decisión respecto de la pena, los magistrados están habilitados a tomar diversas medidas sobre el imputado. Estas medidas son cautelares, en tanto que buscan asegurar el resultado del proceso y no resuelven el fondo. Estas medidas pueden consistir incluso en la privación de la libertad del imputado (prisión preventiva). El objetivo de la prisión preventiva, en consecuencia, es asegurar que el imputado no se fugue o no entorpezca la investigación. Sin embargo, las medidas que se dictan durante el proceso sobre una persona adolescente, aun cuando tengan que cumplir el estándar mínimo que las garantías de libertad demandan, difieren en su contenido, porque no abandonan la garantía de los derechos de prestación que deben ser satisfechos aun en contra de la voluntad del adolescente: la escolaridad es obligatoria durante el cumplimiento de la medida y también lo son los controles médicos y los talleres socioeducativos, entre otras actividades. Esta intervención no depende de la autonomía y voluntad del agente, aun cuando no se trate de sujetos declarados penalmente responsables, porque el fundamento de la injerencia estatal no se basa en la culpabilidad del sujeto, sino en la obligación de satisfacer necesidades básicas, las cuales no quedan anuladas frente a una persecución penal.

³³ El primer instrumento internacional que planteó los derechos que de manera específica se reconocen a los niños imputados o sancionados por la comisión de delitos fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Allí se estableció que "los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento (...)" (art. 10.2.b). El mandato relativo a la instauración de una justicia penal especializada surgió en el ámbito regional del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos al estatuir que "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". Cfr. art. 5.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Estas normas han sido interpretadas sistemáticamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha sostenido reiteradamente que "la Corte estima que la privación de libertad en el ámbito de la justicia penal juvenil solo podrá excepcionalmente justificarse en los casos previstos en la ley, la cual deberá establecer con claridad sus causas y condiciones, así como de la competencia e instancias estatales especializadas en la materia, tanto a nivel policial como judicial y de las instituciones encargadas de hacer cumplir las medidas privativas de libertad, con el objetivo de articular una 'justicia separada' para adolescentes, que sea claramente diferenciada del sistema de justicia penal de los adultos, tanto a nivel normativo como institucional (...)". Corte IDH, caso "Hermanos Landaeta Mejías y otros c. Venezuela", sentencia de 27/08/2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, nro. 281, párr. 163.

³⁴ Cfr. BELOFF, Mary - TERRAGNI, Martiniano, "La extensión del principio de especialidad a la ejecución de sanciones aplicadas a menores penalmente responsables cuando adquieren la mayoría de edad", en BELOFF, Mary (dir.), *Nuevos problemas...*, ob. cit., ps. 281-297.

penal tuvo una consecuencia muy clara: la pérdida de la protección especial asociada a la ejecución de las medidas socioeducativas en instituciones para personas menores de edad a partir de su traslado a establecimientos destinados a personas adultas dependientes de los servicios penitenciarios de cada jurisdicción³⁵.

IV. La así llamada autonomía progresiva y la edad mínima de responsabilidad penal

Las nuevas tendencias del derecho civil se han inclinado cada vez más a la asignación de responsabilidades, competencias y capacidades a partir de métodos casuísticos que tienden al abandono (o al relajamiento) de las edades fijas. Esta idea se apoya en la así llamada "autonomía progresiva", que ha sido interpretada en el sentido de reconocer al niño en su autonomía de acuerdo a sus concretas condiciones evolutivas y no a ficciones jurídicas.

Desde algún punto de vista, ello podría tener efectos positivos en el ejercicio de algunos derechos civiles; sin embargo, desde la perspectiva del derecho penal, ello es absolutamente desaconsejado. Así, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que este tipo de regulaciones tiende a generar estándares de discriminación, en tanto que las personas socialmente más desaventajadas suelen ser consideradas imputables, mientras que aquellos socialmente más favorecidos, no³⁶.

El art. 26 del Cód. Civ. se inscribe en este tipo de reglas. ¿Puede tener algún impacto en el ámbito penal? La respuesta inicial debe ser negativa. El establecimiento de mecanismos de reconocimiento progresivo a partir de hechos empíricos no puede trasladarse a una pretendida regla del caso a caso en derecho penal, pues son campos de regulación diferentes. Por ejemplo, aun cuando la edad mínima de discernimiento para los actos ilícitos en el derecho civil sea 10 años, a nadie se le ocurre hoy día sostener que esa debería ser la edad mínima de responsabilidad penal.

V. Los institutos del derecho penal que demandan consentimiento del imputado

Uno de los puntos más interesantes en la discusión sobre el derecho penal juvenil que ha tenido lugar últimamente es el del alcance del instituto del juicio abreviado. Los problemas que este instituto acarrea son mayúsculos, no solo respecto del derecho penal juvenil, sino también en el de adultos. Pero en el campo de la justicia penal adolescente estos problemas adquieren ribetes diferentes.

La comparación de este instituto con instituciones del derecho civil es útil, porque acerca al derecho penal un modo de disposición y negociación que hasta la incorporación de la figura del juicio abreviado se encontraba vedado. El juicio abreviado supone una transacción entre el imputado y el Ministerio Público Fiscal, a partir de la cual el imputado acepta su responsabilidad por el hecho y la consecuencia jurídica, pero busca con ello obtener una rebaja en la pena. El fiscal, por su parte, obtiene una condena más baja que la que potencialmente podría obtener en un debate, pero se asegura la condena, que en caso de ir a debate es siempre incierta.

Esta negociación entre fiscal e imputado supone varias cosas, y la primera y elemental es que se realice entre sujetos competentes.

Como cualquier acuerdo que suponga la asunción de responsabilidades, debe existir como un presupuesto para su validez la autonomía de la voluntad de las partes. Esta voluntad puede estar viciada por elementos coyunturales (como, por ejemplo, que la persona se halle coaccio-

³⁵ Debe señalarse que esta situación varía en las diferentes jurisdicciones del país; en tanto en algunas de ellas los condenados como menores de edad son transferidos automáticamente a los sistemas penitenciarios de adultos una vez que cumplen dieciocho años, en otras los mantienen en los sistemas especializados hasta los veintinueve años.

³⁶ Cfr. observación general 10, párr. 30.

nada) o por circunstancias estructurales, como lo sería cuando la persona no tiene capacidad genérica para consentir ese tipo de actos jurídicos.

La discusión del juicio abreviado y el derecho penal juvenil ha sido en este punto intensa, porque no hay una posición unánime en la jurisprudencia respecto de que el adolescente tenga efectivamente la capacidad jurídica necesaria como para poder negociar su responsabilidad y la pena³⁷.

Un argumento interesante en ese punto es el de la imposibilidad de los adolescentes para consentir determinados comportamientos autolesivos, como fumar o consumir alcohol. El razonamiento sería el siguiente: si una persona no puede consentir causarse determinados males, ¿cómo resultaría posible que el Estado acepte que consienta su propia pena, que se define siempre como un mal?

El art. 26 del Cód. Civil ofrece una amplitud tal respecto de la posibilidad de decisión del adolescente sobre su propio cuerpo que parece dificultar el establecimiento de límites en otras ramas del derecho, si no se quiere correr el riesgo de la pérdida de coherencia del ordenamiento jurídico³⁸.

Una primera solución podría sostener que, si la persona a los dieciséis años ya puede ser considerada como adulto en determinados aspectos, no habría argumentos para negarle esa condición en otros. Sin embargo, ello podría conducir, entonces, a suponer que, si se le reconocen las mismas capacidades que a los adultos, deberían en consecuencia asignársele las mismas responsabilidades. Este argumento conduciría inexorablemente a una pendiente resbaladiza que llevaría a la tan preocupante equiparación de la justicia penal juvenil con la de adultos, con la pérdida absoluta de la especialidad. Es evidente que el derecho internacional rechaza esta posibilidad y reconoce las diferencias con las que participa un adolescente en el proceso penal y las diferentes consecuencias que deben asignarse. Puede decirse que la Corte IDH y el Comité de Derechos del Niño han clausurado esa posibilidad. Así, la primera ha sostenido que "es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto (...) es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento (...) "³⁹.

Y que "si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en que se encuentran los menores, la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (...) "⁴⁰.

³⁷ Sobre este punto, puede consultarse la posición contraria a la aplicación del juicio abreviado que hemos sostenido en BELOFF, Mary - FREEDMAN, Diego - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martíniano, ob. cit., ps. 139-185.

³⁸ Aquí vuelve a plantearse el problema sobre la vigencia de la norma posterior o especial. Un problema adicional es introducido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo reciente, acerca de la consideración del Código Civil y Comercial como la codificación de principios constitucionales sobre la protección del interés superior del niño (esto es, de normas con jerarquía constitucional, que, por lo tanto, primarían sobre otras leyes), posible lectura del *holding* en el caso "González Castillo" (Fallos 340:669). Allí, extrañamente (dado que lo que se resolvía era una cuestión de constitucionalidad) el tribunal sostuvo que "(...) la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño". Pablo Salazar, a quien nuevamente agradecemos este pertinente aporte, señala con razón que el "legislador" hubiera pretendido plasmar en un Código principios de jerarquía superior (constitucional) no implica que, necesariamente, lo haya logrado; sin embargo, para quien interprete que el Código Civil y Comercial efectivamente plasma principios constitucionales sobre la protección del interés superior del niño en la legislación de rango inferior, entonces le resultará más difícil contraponer las normas del Código Civil y Comercial a las de otras leyes internas.

³⁹ Corte IDH, opinión consultiva 17, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", del 28/08/2002, párr. 96.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 97.

El Comité de Derechos del Niño, a su vez, ha determinado:

"10. En todas las decisiones que se adopten en el contexto de la administración de la justicia de menores, el interés superior del niño deberá ser una consideración primordial. Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes".

En definitiva, es evidente que el Comité reconoce la diferencia fenomenológica que existe entre niños y adolescentes y adultos. Esta diferencia se refleja, en el ámbito de la justicia juvenil, en el ya mencionado "principio de especialidad", que demanda, a partir de esas diferencias, brindar respuestas acordes a la menor edad de los imputados.

VI. Los niños y adolescentes como víctimas de delitos. Mayores capacidades y mayores prohibiciones: las protecciones "cruzadas"

Del mismo modo en el que el adolescente como imputado tiene frente al derecho penal un estatus jurídico diferente al del adulto, también lo tienen los niños y adolescentes víctimas.

La protección especial de la niñez en cuanto a víctimas se traduce en regulaciones que prescinden de la voluntad de los niños a la hora de establecer los elementos de la conducta típica, en el sentido de que, aun cuando ellos consientan determinados actos, éstos serán ilícitos respecto del adulto. Estas regulaciones se pueden ejemplificar mediante la mención de delitos tales como el abuso sexual, la corrupción de menores, la pornografía, la prostitución, la trata de personas⁴¹ o el trabajo infantil, por mencionar algunos.

Lo que subyace a todas estas figuras es la idea de que los adolescentes merecen protección aun respecto de acciones que ellos mismos consientan, pues se considera que no están en condiciones de brindar un consentimiento válido. El derecho penal, lejos de retroceder en esta tendencia, avanza. Lo mismo ocurre en el derecho internacional, que promueve estos modos de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

El contrapunto con las regulaciones del derecho civil es evidente: mientras que las normas del derecho privado avanzan en el reconocimiento de mayores niveles de autonomía, el derecho penal no la reconoce y sanciona al adulto que pretenda valerse de ella. Ello pone de resalto una particular técnica legislativa asistemática, en tanto que, al tiempo en el que se avanza con la idea de otorgarle mayor cantidad de derechos civiles al niño (que se caracterizan por su contenido negativo y activo), se sancionan normas que elevan a la categoría de prohibiciones penales comportamientos que lesionan los derechos positivos de los niños⁴².

Esto ha sucedido, por ejemplo, con la incorporación del delito de aprovechamiento de trabajo infantil en el art. 148 bis⁴³ del Cód. Penal, que establece:

⁴¹ Si bien en este caso el consentimiento es irrelevante, aun cuando se trate de adultos, la condición de niño constituye una circunstancia agravante.

⁴² Georg Jellinek desarrolló la clasificación entre el estatus pasivo, negativo, positivo y activo de los distintos derechos, que da lugar a la clasificación entre derechos positivos, negativos y activos. Cfr. JELLINEK, Georg, "System der subjektiven öffentlichen Rechte", 2. Aufl. 1919, S. 87, 94 ff, citado por PIEROTH - SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 27. Auflage, C.F. Müller, 2011, p. 21, § 4.1, nro. 75. Sobre el mismo tema puede consultarse también SCHMIDT, Rolf, "Grundrechte", 13. Auflage, 2011, p. 7, C.I.1, nro. 13; y HUFEN, Friedhelm, "Staatsrecht II. Grundrechte", 2. Auflage, Beck, München, 2009, p. 52. Un análisis sobre la clasificación de Jellinek se encuentra en ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 2ª ed., p. 119 y ss.

⁴³ Ley 26.847, sancionada el 20/03/2013, promulgada de hecho el 11/04/2013 y publicada en el BO del 12/04/2013.

"Será reprimido con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años el que aprovechar económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil, siempre que el hecho no importare un delito más grave (...)."

Similar situación ocurrió con la incorporación del delito de *grooming* (captación sexual infantil por medios electrónicos) al Código Penal⁴⁴. Esta figura tiene como objetivo la criminalización del contacto con un niño a través del uso de las nuevas tecnologías de comunicación, cuando se constituye en un acto necesario para la futura y prevista comisión de un delito contra la integridad sexual (como pueden serlo el abuso sexual infantil⁴⁵, la corrupción de menores⁴⁶, la promoción de la prostitución infantil⁴⁷, la producción de pornografía infantil⁴⁸, las exhibiciones obscenas⁴⁹

⁴⁴ Ley 26.904, sancionada el 13/11/2013, promulgada de hecho el 04/12/2013 y publicada en el BO del 11/12/2013.

⁴⁵ Art. 119, Cód. Penal: "Será reprimido con reclusión o prisión de seis [6] meses a cuatro [4] años el que abusare sexualmente de una persona cuando esta fuera menor de trece [13] años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción. La pena será de cuatro [4] a diez [10] años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima. La pena será de seis [6] a quince [15] años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho [8] a veinte [20] años de reclusión o prisión si: a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda; c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio; d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas; e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones; f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho [18] años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo. En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres [3] a diez [10] años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a), b), d), e) o f)" (texto conf. a la ley 27.352, sancionada el 26/04/2017 y publicada en el BO del 17/05/2017). Cód. Penal, art. 120: "Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del art. 119 con una persona menor de dieciséis años, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".

⁴⁶ Art. 125, Cód. Penal: "El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años. La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando la víctima fuera menor de trece años".

⁴⁷ Art. 125 bis, Cód. Penal: "El que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de cuatro [4] a seis [6] años de prisión, aunque mediare el consentimiento de la víctima". Cód. Penal, art. 126: "(...) Cuando la víctima fuere menor de dieciocho [18] años la pena será de diez [10] a quince [15] años de prisión".

⁴⁸ Art. 128, Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de seis [6] meses a cuatro [4] años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho [18] años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos in vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro [4] meses a dos [2] años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización...".

⁴⁹ Art. 129, Cód. Penal: "Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratara de un menor de trece años".

o el rapto⁵⁰. Es importante resaltar que la inclusión de estos tipos penales no es optativa para el derecho interno argentino, sino que la necesidad de la criminalización de estos comportamientos viene impuesta por el derecho internacional a partir del *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*⁵¹.

A la luz de una visión liberacionista de la niñez, podría pensarse que regulaciones como las que establece el delito de *grooming* limitarían la libertad de comportamiento del niño: si (por un lado) el adulto resulta punible por establecer el contacto con el niño, se limita (por otro lado) la libertad de acción del niño con relación a los contactos que él quiera establecer. Esta línea argumental podría interpretar que una regulación que prohíba al adulto establecer esta clase de contactos, con independencia de la voluntad o decisión del niño (el niño podría aceptar el contacto aun sin haber sido engañado), quebrantaría en algún modo la libertad del propio niño. Esta alegada libertad, sin embargo, solo se referiría a la libertad negativa, pero no a la positiva, que es la determinante en la configuración de los derechos del niño: se deben resguardar las condiciones para que el niño pueda decidir cuando alcance la competencia plena, esto es, cuando llegue a la edad adulta⁵².

Como se aprecia, el legislador, por un lado, le otorga al niño mayores libertades civiles y políticas, lo cual presupone un mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad; pero, por otro lado, crea normas destinadas a sancionar penalmente ciertas conductas en las que un adulto se aprovecha de un niño, asumiendo su incapacidad para ejercer plenamente la autonomía personal en determinado tipo de relaciones (en estos casos, laborales y sexuales).

Estas protecciones "cruzadas" pueden parecer a primera vista como instrumentos que maximizan el cúmulo de los derechos de la niñez; pero desde otra perspectiva pueden conducir a soluciones contradictorias, en la medida en la que se busca otorgar poder de decisión total sobre determinados asuntos a un sujeto respecto del cual en el mismo ordenamiento jurídico no se le reconoce esa capacidad plena.

VII. Conclusión

El trabajo ha intentado poner en evidencia algunas tensiones que se han producido, a partir de las más recientes reformas legales en el orden civil, en el derecho penal y respecto de los derechos de los niños.

⁵⁰ Art. 130, Cód. Penal: "Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que sustrajere o retuviere a una persona por medio de la fuerza, intimidación o fraude, con la intención de menoscabar su integridad sexual. La pena será de seis meses a dos años, si se tratara de una persona menor de dieciséis años, con su consentimiento. La pena será de dos a seis años si se sustrajere o retuviere mediante fuerza, intimidación o fraude a una persona menor de trece años, con el mismo fin".

⁵¹ Aprobado por la Asamblea General, resolución A/RES/54/263 del 25/05/2000. Entrada en vigor: 18/01/2002. En su observación general 17 (2013) sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (art. 31), el Comité de Derechos del Niño, entendió que "(...) Las tecnologías de la información y de las comunicaciones se están convirtiendo en una dimensión central de la realidad diaria de los niños. Hoy día, los niños se desplazan sin problemas entre el mundo real y el mundo virtual. Estas plataformas ofrecen enormes beneficios —educativos, sociales y culturales—, y se alienta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para velar por que todos los niños tengan las mismas oportunidades de obtener esos beneficios. El acceso a internet y a los medios sociales es fundamental para el ejercicio de los derechos consagrados en el art. 31 en el mundo globalizado. Sin embargo, el Comité está preocupado por el creciente *corpus* de pruebas que indican que esos entornos, y el tiempo que los niños dedican a interactuar con ellos, pueden representar también un riesgo y un daño considerables para los niños. Por ejemplo: el acceso a internet y a los medios sociales expone a los niños al ciberacoso, la pornografía y la manipulación psicológica (...)", párrs. 45 y 46.

⁵² GARZÓN VALDÉS, Ernesto, ob. cit.

Más allá de la preferencia por los sistemas aparentemente más rígidos (de edades fijas) o por los sistemas más flexibles (de categorías abiertas como la madurez), el actual panorama legislativo evidencia una gran cantidad de dificultades hermenéuticas que urge subsanar si se pretende garantizar los derechos de las personas menores de dieciocho años de edad y su seguridad jurídica.

Por otro lado, la utilización del término adulto para referirse a una persona de dieciséis años de edad es extraña al ordenamiento jurídico, no solo argentino sino también internacional.

Las mejores intenciones que podrían explicar su inclusión, asociadas a un mayor reconocimiento en los derechos de libertad, no pueden ni deben ser utilizadas para su traslado directo a otros campos de regulación, como el derecho penal. De ello dan cuenta las así llamadas protecciones cruzadas que ha incluido el legislador en las diversas ramas del derecho, en tanto que, al tiempo que ha reconocido a las personas menores de dieciocho años de edad competencias diferentes para ejercer derechos en diversos ámbitos (derechos de ciudadanía, laborales, sexuales y en materia de salud, por citar algunos representativos), ha creado normas que sancionan conductas mediante las cuales un adulto se aprovecha de un niño considerado incapaz para ejercer su autonomía⁵³. En definitiva, de ese régimen cruzado de habilitaciones y protecciones no puede concluirse categóricamente que el niño esté de manera general equiparado en algún punto a las personas adultas, sino, antes bien, que, para determinados y muy específicos comportamientos, el Estado ha decidido conceder una autonomía mayor que en la generalidad de las acciones, sin que ese reconocimiento implique considerarlo como un adulto.

En definitiva, cualquier ordenamiento jurídico —aun los más enfocados a la protección— reconoce un pequeño espacio de liberacionismo en sus regulaciones. El desafío, entonces, es el de encontrar cuál es el punto exacto para alcanzar (parafraseando al maestro Nils Christie) *una sensata cantidad de liberacionismo*⁵⁴ que garantice la autonomía del niño sin lesionar sus derechos de protección.

⁵³ Estas protecciones cruzadas pueden hallarse también en la retórica del Comité de los Derechos del Niño, que en su observación general 20 (2016) *sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia* amplía la autonomía para determinados actos en su párr. 39, al decir: "Los Estados deben promulgar leyes que afirmen el derecho del adolescente a asumir responsabilidades cada vez mayores en relación con las decisiones que afecten a su vida, o revisar en este sentido las ya vigentes. El Comité recomienda a los Estados que adopten límites mínimos de edad legal, compatibles con el derecho a la protección, el principio de interés superior y el respeto del desarrollo evolutivo del adolescente. P. ej., los límites de edad deben reconocer el derecho a adoptar decisiones en relación con los servicios y tratamientos sanitarios, el asentimiento a la adopción, el cambio de nombre y las solicitudes presentadas a los tribunales de familia. En todos los casos debe también reconocerse el derecho a asentir y denegar consentimiento que asiste al niño que, sin haber alcanzado esa edad mínima, muestre discernimiento suficiente. Las intervenciones y los tratamientos médicos deben contar con el consentimiento voluntario e informado del adolescente, con independencia de que se exija o no también el de un progenitor o representante legal. También debe considerarse la posibilidad de que se presuma la capacidad jurídica del adolescente para solicitar servicios y productos urgentes o preventivos de salud sexual y reproductiva, y para tener acceso a ellos. El Comité subraya que, si lo desean, todos los adolescentes tienen derecho con independencia de su edad a acceder de forma confidencial a orientación y asesoramiento médicos sin el consentimiento de un progenitor o tutor legal. Este derecho es distinto del derecho a otorgar consentimiento médico y no se debe someter a ninguna limitación de edad". Pero luego incrementa los derechos de protección en el párrafo siguiente, en tanto afirma: "El Comité recuerda a los Estados partes que deben reconocer el derecho de los menores de 18 años a que se les proteja continuamente frente a toda forma de explotación y abuso, y afirma una vez más que 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio, ser reclutado en las fuerzas armadas, realizar trabajos peligrosos o en condiciones de explotación, y adquirir y consumir alcohol y tabaco, por los riesgos y daños que conlleva. Los Estados partes deben tener en cuenta la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección y el desarrollo evolutivo, y que es preciso fijar una edad mínima aceptable para el consentimiento sexual. Los Estados deben evitar que se criminalice a los adolescentes de edades similares por mantener relaciones sexuales objetivamente consensuadas y sin fines de explotación".

⁵⁴ Cfr. CHRISTIE, Nils, "Una sensata cantidad de delito", Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004.