

Menor de edad y contrato



Carlo Granelli



Catedrático y profesor ordinario f.r. de Derecho Civil en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pavia, Italia. Miembro de honor y fundador de la “Associazione Civilisti Italiani”. Miembro fundador de la Unión de Privatistas (UP), de cuyo Consejo Directivo es integrante. Miembro de la Sociedad Italiana para el Estudio del Derecho Civil (SISDIC). Es miembro efectivo de la “Academia de Jusprivatistas Europeos” e integra el Colegio de Revisores.

SUMARIO: I. La capacidad del menor para actuar de acuerdo con la enseñanza tradicionalmente recibida.— II. El menor y los actos concernientes a derechos personales.— III. Los actos menores y extracontractuales relativos a los derechos de propiedad.— IV. El menor y los documentos contractuales.— V. El derecho del menor a ser oído en relación con las relaciones contractuales que le conciernen.

I. La capacidad del menor para actuar de acuerdo con la enseñanza tradicionalmente recibida

En Italia tradicionalmente se enseña que el menor es totalmente incapaz de obrar; con la consecuencia de que: *a)* El mismo está excluido de la posibilidad de realizar válidamente cualquier acto o transacción legal (art. 2º, párr. 1, Código Civil italiano); *b)* En su lugar, los padres que ejerzan la patria potestad (art. 320, Cód. Civil) o, en su defecto, el tutor designado (arts. 357, 374 y 375, Cód. Civil) pueden/deben proveerla; *c)* Los actos que el menor, por casualidad, haya realizado indebidamente personalmente pueden ser anulados (art. 1425, párr. 1, Código Civil italiano), así como los actos realizados por los padres o el tutor sin observar las precauciones por la ley (arts. 322, 323 y 377, Cód. Civil) —a petición del propio menor, una vez alcanzada la mayoría de edad, o, antes de ese tiempo, por su representante legal (art. 1441, inc. 1, Cód. Civil)—; *d)* En caso de cancelación de la escritura, el menor —en derogación del principio general según el cual las partes del contrato cancelado deben devolver todos los servicios recibidos en ejecución de este— está obligado a devolver únicamente aquellos servicios que se han dirigido a su beneficio (art. 1443, Cód. Civil italiano); *e)* La acción de anulación de la escritura otorgada personalmente por el menor prescribe en cinco años a partir de la consecución de la mayoría de edad (art. 1442, párrs. 1 y 2, Cód. Civil italiano); *f)* Si no se impugna con prontitud, el acto realizado personalmente por el menor queda definitivamente “consolidado”, salvo la posibilidad, por parte del menor (que entretanto ha alcanzado la mayoría de edad), de oponerse, si posteriormente se acuerda la ejecución de ella, su anulación, incluso después de prescrita la acción de ejecución (art. 1442, párr. 3, Cód. Civil italiano; según la regla expresada en la conocida frase *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*).

Una protección muy fuerte —como es fácil de ver—; pero que, paradójicamente, a veces puede volverse —como veremos— en perjuicio del menor.

Esto explica que, especialmente en los últimos años, en sintonía con lo que ocurre en otros países, se hayan producido toda una serie de intervenciones —tanto a nivel normativo como jurisprudencial— encaminadas a exorcizar tal peligro.

II. El menor y los actos concernientes a derechos personales

En el ámbito en el que emerge con mayor claridad esta última orientación es, sin duda, el de las relaciones personales.

En efecto —junto a las hipótesis tradicionales en las que siempre se ha reconocido al menor que ha alcanzado cierta edad el derecho a manifestar personalmente su consentimiento negociador: así, por ejemplo, el art. 84, párr. 2, del Cód. Civil italiano permite que los menores mayores de dieciséis años, admitidos judicialmente al matrimonio, den

personalmente su consentimiento para la boda; art. 250, párr. 5, del Cód. Civil italiano, admite menores mayores de dieciséis años (y, si lo autoriza el juez, incluso antes de los dieciséis años) para reconocer personalmente al hijo nacido fuera del matrimonio; etc.— recientemente se han añadido otros: así, por ejemplo, el art. 250, párr. 2, del Cód. Civil italiano (modificado por la ley 219 del 10 de diciembre de 2012), establece que el reconocimiento de un niño que ha alcanzado la edad de catorce años no produce efecto sin su consentimiento; el art. 273, párr. 2, del Cód. Civil italiano (modificado por el decreto legislativo 154 del 28 de diciembre de 2013) establece que la acción para obtener la declaración judicial de paternidad o maternidad no puede ser promovida o continuada sin el consentimiento del niño que ha cumplido los catorce años; el art. 2º, párr. 3, de la ley 194 del 22 de mayo de 1978, también admite que los menores soliciten personalmente la administración, por prescripción médica, de los medios necesarios para alcanzar los fines libremente escogidos en relación con la procreación responsable en los establecimientos de salud y los centros de asesoramiento autorizados; el art. 12, párr. 3, de la misma ley (modificado por el decreto legislativo 154/2013) admite que la mujer menor de edad solicite personalmente la interrupción voluntaria del embarazo, si el médico determina la urgencia de la operación debido a un grave peligro para su salud; el art. 7º, párrafo 2, de la ley 184 del 4 de mayo de 1983, (reemplazado por la ley 149 del 28 de marzo de 2001), establece que la adopción no puede ser declarada si el menor, que ha cumplido catorce años, no da personalmente su consentimiento; el art. 120, párr. 2, del decreto presidencial 309 del 9 de octubre de 1990, permite al menor que consume sustancias estupefacientes o psicotrópicas solicitar personalmente a las estructuras autorizadas para someterse a pruebas diagnósticas y realizar un programa terapéutico y socio-rehabilitador; el art. 2º-quinquies, párrafo 1, decreto legislativo 196 del 30 junio de 2003, (el llamado “Código de *privacidad*”); insertado por el decreto legislativo 101 del 10 de agosto de 2018), permite que el menor que haya cumplido los catorce años exprese personalmente su consentimiento para el procesamiento de sus datos personales; etc.

Además, también con referencia a los casos en que no se reconoce al menor la facultad de realizar personalmente actos que le conciernen, la legislación nacional más reciente —en armonía con las indicaciones al efecto de fuentes no estatales (ver art. 12, Convención sobre los Derechos del Niño, firmado en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; arts. 3º y 6º, Convenio Europeo para el Ejercicio de los Derechos del Niño, firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996; art. 13, párr. 2, Convenio sobre Derechos Civiles Aspectos de la Sustracción Internacional de Menores, abierta a la firma en La Haya el 25 de octubre de 1980, y el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea— establece que, cuando sea capaz de discernimiento, el menor tiene derecho a ser oído en el marco de procedimientos (judiciales y administrativos), en los que se deben adoptar medidas que le conciernen: el llamado “derecho de audiencia” (ver, por

ejemplo, arts. 250, párr. 4, 252, apart. 5, 262, apart. 4, 315 *bis*, apart. 3, 316, apart. 3, 336, apart. 2, 336 *bis*, 337 *octies*, apart. 1, 348, apart. 3, 371, apart. 1 núm. 1, cc; art. 3º, párrs. 2 y 3, ley 219 del 22 de diciembre de 2017, “Reglas sobre consentimiento informado y disposiciones sobre procesamiento previo”; el art. 18, párrafo 2 ter, decreto legislativo 142 del 18 agosto 2015, “Reglas relativas a los solicitantes de protección internacional”; el art. 4º, párrafo 5 *quater*, ley 184 del 4 de mayo de 1983, “Derecho del menor a la familia”; el art. 4º, apartado 8, ley 898 del 1 de diciembre de 1970, “Disciplina de los casos de disolución del matrimonio”; etc.).

En todos estos supuestos, aunque la voluntad siga siendo expresada formalmente por los padres o por el tutor, este deberá tomar sus decisiones no *en lugar del* menor, sino *con el* menor; “Teniendo en cuenta —como expresa, por último, el art. 3º ley 219/2017— de la voluntad del menor, en relación con su edad y grado de madurez, y teniendo por objeto la protección (...) del menor en el pleno respeto de su dignidad” (párr. 2); el cual debe, necesariamente, ser provisto previamente de la adecuada “información sobre las elecciones relativas (...) de manera compatible con sus capacidades para poder expresar su voluntad” (párr. 1).

III. Los actos menores y extracontractuales relativos a los derechos de propiedad

En cuanto a las relaciones de carácter patrimonial, la jurisprudencia italiana enseña que en primer lugar es necesario distinguir, si las realiza un menor, entre —por un lado— “actos jurídicos en sentido estricto” (por ejemplo, la ejecución o recepción del servicio; la interrupción de la prescripción; el aviso de cumplimiento a efectos de notificación formal; la solicitud de indemnización por daños al asegurador del causante, por carta certificada, prevista como condición de admisibilidad de la acción de *conformidad con el art 145 del decreto legislativo 209, del 7 de septiembre de 2005, etc.)* y —por otra parte— “actos jurídicos”.

En relación con lo anterior, nuestro Tribunal Supremo afirma que “el menor indudablemente es capaz de realizar y consentir actos jurídicos en sentido estricto (no contractuales), es decir, los actos (declaraciones de ciencia, comunicaciones, etc.): ellos, de hecho, constituyen meramente la presuposición de ciertos efectos jurídicos relacionados con ellos (principalmente) por la ley (y no directamente atribuibles al acto de disposición como un acto de autonomía privada)” (así Cass. 24.077, 13 de octubre, 2017).

Sin embargo —prosigue el Tribunal Supremo— los “efectos que [producen] pueden ser favorables o desfavorables”, es necesario distinguir, además: “la validez de los actos jurídicos realizados por el menor encuentra, en sentido estricto, establecidos el límite del perjuicio que de la misma pueda derivar relativo al cumplimiento o recepción”. Exclusivamente el hecho de que el acto en sentido estricto pueda causar perjuicio al menor “justifica la protección garantizada por el estado legal de incapacidad”; por lo que “los actos que implican la pérdida de un derecho o la asunción de obligacio-

nes u obligaciones” deben ser considerados como excluidos al menor [así nuevamente Cass. n. 24.077/2017, que —aplicando los principios recién expuestos— llega a la conclusión según la cual, “dado que la solicitud de *conformidad* del art. 22 de la ley 990 de 1969, ciertamente no tiene efectos adversos para el autor, ya que se trata en cambio de adquirir y salvaguardar —con resultado de la interrupción de la prescripción— el derecho a la reparación de daños, el menor debe ser considerado (...) ciertamente capaz”].

IV. El menor y los documentos contractuales

Pasando ahora a los contratos, la regla general, como ya se mencionó, es que el menor no puede ejecutarlos (art. 2º, párr. 1, del Cód. Civil italiano) y que, si alguna vez realizó uno, sería anulable (art. 1425, párr. 1, del Cód. Civil italiano); y esto, independientemente de si el joven de dieciocho años era o no, en la práctica, capaz de comprender y apreciar la oportunidad. De ello se sigue que el menor (una vez alcanzada la mayoría de edad) —o (antes de ese momento) sus padres o tutores— tiene la facultad totalmente discrecional de elegir, según su conveniencia, entre mantener o desistir del contrato. La contraparte —en consideración de que en todo caso habría podido reconocer la menor edad del otro contrayente a través de los registros del estado civil— está sujeta, sin posibilidad de defensa alguna, a tal potestad discrecional; con la sola excepción del caso en que el menor haya ocultado su menor edad “con engaño” (ni siquiera basta con que se haya limitado a declarar falsamente que es mayor de edad) (art. 1426, Cód. Civil italiano).

Tal regla, como cualquier buena regla, sufre sus excepciones.

Así, por ej. —a nivel reglamentario— art. 2º, párr. 2, del Cód. Civil italiano, les reconoce la capacidad de realizar el contrato de trabajo por sí mismos (art. 1º, párr. 622, ley 296, del 27 de diciembre de 2006) y les permite “ejercer los derechos y acciones que depende de ello; el art. 394 del Cód. Civil italiano confiere al menor emancipado —que, por ley (art. 84, párr. 2, del Cód. Civil italiano)—, sólo puede tener más de dieciséis años” la capacidad de realizar de forma autónoma actos que no excedan los ordinarios de administración y, con la asistencia del síndico y las autorizaciones judiciales necesarias, incluidas las de administración extraordinaria; además, si está autorizado por el Tribunal para operar una empresa comercial, el menor emancipado también tiene automáticamente derecho a realizar por sí mismo los actos que van más allá de la administración ordinaria, incluso si no están relacionados con el ejercicio de la empresa (art. 397, párr. 3, del Cód. Civil italiano); el art. 108 l. aut. reconoce la capacidad del autor de una obra intelectual que haya cumplido dieciséis años para realizar todos los actos jurídicos relativos a las obras creadas por esta y para ejercer las acciones derivadas; etc.

Tales excepciones —como es fácil señalar— no conciernen a los menores en general, sino solo a aquellos que, habiendo

alcanzado cierta edad, se supone que han adquirido la madurez necesaria para evaluar con suficiente claridad y conciencia la conveniencia o no de una determinada operación económica: los denominados “mayores menores”.

Por otra parte, las disposiciones legislativas que *expresamente contemplan* excepciones a la regla general de la incapacidad del menor para celebrar personal y autónomamente contratos destinados a producir sus efectos en su ámbito jurídico, ciertamente no agotan las piezas que integran el mosaico total.

Solo el hecho de que, en la práctica de la vida cotidiana, el adolescente —en este sentido el menor de quince a dieciocho años (art. 1º, párr. 2 letra *b*, ley 17) advierte de ello, octubre 1967, n. 977)— es, sin particular incertidumbre o resistencia, comúnmente admitida para concluir *en persona* una amplia y articulada serie de negocios: pensemos, por ejemplo, en la compra de diarios, revistas, libros, DVD, billetes o abonos para el uso de los servicios de transporte público, entradas a cines, teatros, salas de conciertos, estadios, discotecas, salones recreativos, comida y bebida, ropa, combustible para motos, recargas telefónicas, juegos y videojuegos, equipos para escuchar música, algunos tipos de *smartphones* y *ordenadores*, etc. Para tales compras, los menores suelen utilizar medios “propios”, es decir, de obsequios en dinero recibidos de padres o familiares en cumpleaños, vacaciones, logro de resultados escolares positivos, etc.; o de donaciones hechas a su favor, en forma periódica (semanal o mensual), por los padres: el llamado “dinero de bolsillo”; cuando ni siquiera son el producto de su trabajo; etc. Además, el menor —enviado a estudiar, intercambio escolar, aprendizaje de una lengua extranjera, etc. Permanece por períodos más o menos largos fuera de casa (quizás en el extranjero)— se ve obligado a administrar con cierta autonomía los medios económicos que la familia pone a su disposición precisamente para su sustento y su vida cotidiana. No es de extrañar que, para atender necesidades como las que acabamos de mencionar, muchas entidades bancarias hayan comenzado a emitir tarjetas de débito prepago a favor de menores —aunque en virtud de contratos celebrados con la matriz—, que permiten al titular mayor de 18 años utilizarlos con amplia discreción (aunque dentro de los límites de un tope diario y/o semanal y/o mensual preestablecido) para la compra de bienes o servicios, o incluso para el retiro electrónico de fondos; todo ello, además, bajo un *control parental*, que permite al progenitor monitorear el uso que el hijo menor hace de la tarjeta de débito del mismo nombre, con la correlativa posibilidad de inhibir algunas funciones o algunas categorías de gastos.

Ahora bien, frente a tal práctica —generalizada e indiscutida— la disposición del art. 1425, párr. 1, del Cód. Civil italiano, donde establece —*sin hacer ninguna distinción*— el principio según el cual “el contrato es anulable si una de las partes no ha podido contratar en absoluto” (en el caso en cuestión, porque es menor de edad).

Además, una lectura de la disposición en cuestión rígidamente anclada al dato textual conduciría a resultados contrarios a su propia *ratio*. La institución de la edad menor es pacíficamente funcional a la protección de los menores de dieciocho años contra el riesgo de que estos puedan tener que realizar, por inexperiencia o por no haber adquirido todavía la madurez suficiente, actos lesivos para ellos mismos (como lo demuestra el hecho de que el menor tiene, siempre que

esté dotado de capacidad de entender y de querer, la facultad de ejecutar válidamente, como representante, contratos destinados a producir sus efectos no en su ámbito jurídico, sino en el del adulto representado: art. 1425, párr. 1, del Cód. Civil italiano). Si se mantuviera estrictamente ligado a la letra del art. 1425 cc —predicando la nulidad general de *todos los* contratos establecidos por la menores de dieciocho años— terminaría transformando la institución de la minoría de edad en un *mecanismo de protección* de menor como *instrumento de marginación* de este, en la medida en que, en la práctica, se le impediría celebrar incluso aquellos contratos que sean funcionales al desarrollo de su personalidad y a su progresiva participación en el consorcio social.

En esta perspectiva, lo dispuesto en el art. 409, párr. 2, del Cód. Civil italiano, que, si bien con referencia a la figura diferente de la persona sujeta al procedimiento de administración de alimentos, establece expresamente que esta última “podrá en cualquier caso realizar los actos necesarios para satisfacer las necesidades de su vida cotidiana”.

Este es —evidentemente— un criterio que no es ya rígido y de aplicación automática (como lo es el enunciado por el art. 2º, párr. 1, del Cód. Civil italiano, que distingue claramente entre aquellos que han completado y aquellos que no han cumplido los dieciocho años: el primero es legalmente capaz, el segundo es legalmente incapaz, aunque haya adquirido en la práctica un alto grado de madurez), pero con un criterio elástico y flexible, que permite dar la necesaria importancia a la situación personal *concreta* del menor, que además, está fisiológicamente destinada a una evolución constante y progresiva hacia un dominio cada vez mayor en la gestión de sus intereses y una ampliación igualmente progresiva de sus necesidades vitales y contactos sociales.

De esta forma —es bueno saberlo— se *rebaja* el umbral de protección tradicionalmente reservado al menor (a quien se le ha querido conceder el derecho incuestionable de liberarse, solicitando la rescisión, de *cualquier* contrato que hubiera estipulado antes de cumplidos los dieciocho años de edad) para afirmar, en cambio, su carácter vinculante definitivo dentro de los límites en los que tal contrato se muestra “necesario para satisfacer las necesidades de la vida cotidiana”: este es el precio que debe pagarse, si se quiere permitir al mayor de dieciocho años estipular personalmente al menos aquellos negocios que sean concretamente acordes con el desarrollo de su personalidad y su progresiva inserción en la sociedad.

Por otro lado, es importante —también es necesario ser consciente de esto— un *aumento* del umbral de protección a favor de quienes contratan con el menor, ya que el negocio eventualmente estipulado personalmente por el menor de dieciocho años será inatacable por este último, al menos mientras no sobrepase las necesidades de su vida ordinaria.

Esta última solución, en cierta medida también coherente con la evolución de las técnicas de negociación masiva, donde cada vez con menos frecuencia el profesional tiene la posibilidad concreta de apreciar —conocer, hablar, etc.— el grado de madurez y previsión de la contraparte; hasta el punto de que, por ejemplo, en la negociación telemática y, a menudo, también en la telefónica, el profesional se ve normalmente obligado a resignarse ante la declaración de mayoría de edad del otro contratante —que, por regla general, se expresa con un tilde o con la pronunciación de un monosílabo precedido de una pregunta, también normalmente estandarizada— que el art. 1426 del Cod. Civil declara expresamente no ser “un obstáculo para la impugnación del contrato”.

Desde este punto de vista, es significativo que la legislación más reciente, por un lado, presuponga cada vez más (aunque tácitamente) que, al menos dentro de ciertos límites, el menor es capaz de obligarse válidamente mediante la estipulación personal de un contrato y, por otra parte, se orienta progresivamente a desplazar el eje de la protección tradicionalmente reservada al menor desde el nivel de validez del hecho que este haya podido realizar al de la conducta exigida a su contraparte contractual, especialmente en la fase de pre-negociación. Así, por ejemplo, el art. 2º *quinquies* del decreto legislativo 196/2003 (llamado código de *privacidad*) —después de haber asumido que el menor que ha cumplido los catorce años puede acceder al mercado de los llamados servicios de la sociedad de la información, para cuya solicitud tiene expresamente derecho a prestar personalmente el consentimiento del tratamiento de los propios datos personales (el párr. 1)— dispone que, “en relación con la oferta directa a menores [de estos] servicios (...), el responsable del tratamiento redacta, las informaciones y comunicaciones relativas al tratamiento que le conciernen, en un lenguaje particularmente claro y sencillo, conciso y exhaustivo, de fácil acceso y comprensible para el menor, con el fin de hacer significativo el consentimiento prestado por éste” (párr. 2); el art. 20, párr. 3, decreto legislativo 206/2005 (el llamado código del consumidor) establece que “las prácticas comerciales que, si bien alcanzan a grupos más amplios de consumidores, son capaces de distorsionar apreciablemente el comportamiento económico de solo un grupo de consumidores claramente identificable, particularmente vulnerable a la práctica o al producto al que se refiere en razón de (...) su edad (...), son evaluados desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo; el art. 31 siempre del código de consumo —da implícitamente la posibilidad de que incluso el menor pueda legítimamente estipular contratos utilizando la técnica comercial de la llamada televenta— sin embargo establece expresamente que ‘la televenta no debe (...) instar al menor a comprar un producto o servicio, aprovechándose de su inexperiencia o credulidad’; el art. 67 —*cuarto*— del código de consumo también establece que, antes de la celebración de un contrato denominado ‘a distancia’, se proporcione al consumidor la información necesaria “cuya finalidad comercial debe ser inequívoca” —de forma clara y comprensible por cualquier medio apropiado para la técnica de comunicación a distancia utilizada—, teniendo debidamente en cuenta en particular (...) los principios que rigen la protección (...) de los menores”; etc.

En la literatura jurídica se ha planteado recientemente la tesis según la cual lo dispuesto en el art. 2º del Cód. Civil se presta “a una lectura positiva”, en el sentido de reconocer en el año dieciocho de edad, el momento a partir del cual el sujeto adquiere la *plenitud* de la facultad de autodeterminación, para “realizar *todos los* actos” destinados a producir sus propios efectos en su ámbito jurídico. No debe leerse, en cambio, “en negativo”, de manera que se excluiría “que ante este hecho, estrictamente personal, que pueda realizar cualquier acto por su incapacidad”; con la consecuencia de que, especialmente en virtud de principios de fuentes internacionales y supranacionales, debe reconocerse hermenéuticamente (esta última noción, sin embargo, queda por descifrar) una “capacidad contractual no sólo con respecto a los actos de la vida cotidiana, sino también con respecto a todos los actos útiles, ventajosos, no perjudiciales para él y realizados con sus propios medios o puestos a su disposición” (1).

Esta última enseñanza —independientemente de que pueda ser compartida o no— en realidad se destaca más por la tensión ideal que la sustenta (*es decir*, la afirmación

de que al “mayor menor” se le debe reconocer un ámbito más amplio de autodeterminación en las opciones que le conciernen) y por sus consecuencias prácticas concretas (*es decir*, la afirmación de la indisputabilidad de una gama más amplia de contratos celebrados personalmente por el “mayor menor”). En efecto —incluso siguiendo el enfoque más tradicional— es francamente difícil suponer que los padres o tutores un menor (una vez alcanzada la mayoría de edad) o (antes de ese momento) tengan que acudir a un juez para que los libere, solicitando la nulidad de los contratos que —aun con independencia de que, al momento de suscribirlos, el menor tuviera o no tuviera suficiente “capacidad de discernimiento”— deban resultar “útiles, ventajosos, no perjudiciales para él y puestos en lugar por sus propios medios o puesto a su disposición”. El problema se refiere más bien al de la suerte de los contratos que, aunque celebrados por un hombre de ochenta años dotado de una cierta “capacidad de discernimiento”, han resultado, sin embargo, perjudiciales para él o, en todo caso, no útil o inadecuado.

V. El derecho del menor a ser oído en relación con las relaciones contractuales que le conciernen

Además, el papel del menor en la toma de decisiones contractuales que le conciernen se exalta hoy por un lado completamente diferente.

Efectivamente el art. 315 *bis*, párr. 3, del Cód. Civil italiano —introducido con la reforma de la filiación de 2012 (art. 1º, párr. 8, ley 293 de 10 de diciembre de 2012)— dispone textualmente que “el menor de doce años, y aun de menor edad cuando sea capaz de discernimiento, tiene derecho a ser oído en todos los asuntos y procedimientos que le conciernen”.

En lo que atañe específicamente a nuestro discurso, importa que: *a)* los padres o el tutor, cuando se trata de decidir si estipular o no y, en su caso, en qué condiciones, un contrato específico destinado a producir sus efectos en el ámbito jurídico de un menor (arts. 320, párrs. 1 y 3, y 357 del Cód. Civil italiano), no pueden hacerlo —si este último ha alcanzado la edad de doce años o, incluso si es menor de doce años, en cualquier caso ha adquirido una suficiente “capacidad de discernimiento”— si no después de haberle “escuchado”; *b)* el juez tutelar o el tribunal, cuando sea llamado a autorizar la estipulación de un contrato destinado a producir sus efectos en el ámbito jurídico del menor (arts. 320, párr. 3, y arts. 374 y 375, Cód. Civil), no puede pronunciarse a este respecto —si este ha alcanzado la edad de doce años o, aunque tenga menos de diez años, ha adquirido en todo caso una “capacidad de discernimiento” suficiente si no después de haberle “escuchado”; *c)* los padres o tutores, cuando se trate de decidir si impugnar o no, solicitando su rescisión, un contrato celebrado personalmente por el menor (arts. 320, párr. 3, y 374, párr. 1, n. 5, de la Cód. Civil italiano), no pueden hacerlo —si este ha cumplido los doce años o, aunque tenga menos de doce años, ha adquirido en todo caso una “capacidad de discernimiento” suficiente— si no después de haberle “escuchado”; *d)* el juez tutelar, cuando es llamado a autorizar la solicitud judicial de cancelación de un contrato estipulado personalmente por el menor (art. 320, párr. 3, del Cód. Civil italiano), no puede pronunciarse sobre el asunto —si este último ha llegado a la doce años o, aunque sea menor de doce años, haya adquirido en todo caso una “capacidad de discernimiento” suficiente— si no después de haberle “escuchado”; *e)* tal vez incluso el juez, cuando fue llamado a pronunciarse sobre la rescisión de un contrato estipulado personalmente por el menor, no podría pronunciarse sobre el asunto —si este ha cumplido los doce años o, aunque sea menor de

(1) SENIGAGLIA, R., *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, pp. 5-54.

doce años—, haya adquirido en todo caso una “capacidad de discernimiento” suficiente —si no después de haberle “escuchado”; etc. (ver, por ejemplo, art. 316, párrs. 2 y 3, del Cód. Civil italiano)—.

(2) SENIGAGLIA, R., ob. cit., p. 56.

Evidentemente, el derecho a ser “oído” implica necesariamente —por una parte— el derecho del menor a recibir de forma anticipada y completa, en términos sencillos y claros adecuados a su edad, cualquier información relevante sobre la cuestión a decidir, su posibles soluciones, alternativas, a los riesgos inherentes a cada una, a los beneficios que cada una pueda esperar,

etc.; y —por otra parte— el derecho a que las opiniones vertidas por estos sean tenidas en la debida consideración, en razón de su edad y de su grado concreto de madurez, siempre con miras a perseguir el propio interés superior.

De ahí la conclusión de que —hoy— “el papel del representante legal debe declinar

en distintos términos según la madurez del menor, pasando de la fase en que se traduce en la *sustitución* de la actividad jurídica del interesado a la de que se inserta en el orden de la *participación*, asociando al menor a las elecciones ‘que le conciernen’” (2).

Cita online: TR LALEY AR/DOC/324/2023

El derecho constitucional de resocialización de los terroristas en el Perú



Luz Pacheco Zerga



Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Conciliadora a nombre de la Nación. Profesora Ordinaria Principal de la Universidad de Piura. Vicepresidenta del Tribunal Constitucional.

SUMARIO: I. El derecho constitucional de resocialización de los terroristas en el Perú.— II. Conclusiones.— III. Referencias bibliográficas.

I. El derecho constitucional de resocialización de los terroristas en el Perú

El 1º de diciembre de 2022, los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú firmaron una sentencia que resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por siete mil trescientos cuarenta y cinco ciudadanos contra trece normas que regulan derechos civiles y políticos de personas procesadas o condenadas por terrorismo (1). Si bien la sentencia fue refrendada por unanimidad, el debate fue amplio y no de fácil solución, teniendo en cuenta la fractura social y económica que supuso el actuar terrorista en el Perú en la década de los años ochenta del siglo pasado y el principio de resocialización consagrado en la Constitución del Perú, como una consecuencia necesaria de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, una vez cumplida la pena impuesta.

Para una mejor comprensión de los alcances de esta decisión, la presente investigación se divide en tres apartados: a) Impacto social y político del terrorismo en el Perú; b) Situación carcelaria en el Perú; c) La igual dignidad y el derecho a la resocialización de los terroristas, para culminar con algunas conclusiones.

a) Impacto social y político del terrorismo en el Perú

Resulta evidente que la democracia no se agota en la celebración de elecciones libres y transparentes: es verdad que sin ellas no se puede hablar de democracia, pero también lo es cuando quienes ejercen el poder no son capaces de cubrir las necesidades básicas de la mayoría de la población ni de gestionar adecuadamente los conflictos sociales, se “promueve la emergencia de grupos de crimen organizado, conflictos armados, tráfico de drogas, corrupción y más pobreza” (2). Eso fue lo que ocurrió en el Perú, un país con una geografía muy disímil: jurto a los valles de la costa se alza la majestuosa Cordillera de los Andes, en la que vive una gran población con muy pocas vías de comunicación, pasada la cual se encuentra la espesa selva de la Amazonía, tierra en la que sus pobladores tienen

escaso contacto con las demás regiones, lo cual genera marcadas diferencias en el acceso a la cultura y a la adecuada distribución de la riqueza.

El aislamiento de los pueblos, unido a la ineficiencia del Estado, facilitó el surgimiento de grupos como Sendero Luminoso, en la segunda mitad del siglo pasado, que se alzaron como reivindicadores de los derechos de las grandes mayorías. En la ciudad de Ayacucho, situada en la sierra central, un grupo de profesores de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (UNSH), liderados por el profesor Abimael Guzmán, decidieron crear una versión renovada del partido comunista, que sin perder su identidad marxista-leninista, añadieron el carácter de maoísta. Fue denominada “por la prensa y los grupos políticos como *Sendero Luminoso*, “a pesar de que sus militantes no se identificaron con este nombre en ningún momento. Abimael Guzmán —que cambió su nombre al de camarada Gonzalo— estaba al frente de esta organización” (3). Su finalidad era instaurar un nuevo orden económico, imponiendo sus ideas por medio del terror y la violencia, por lo cual fue calificado como un grupo terrorista.

Para efectos del presente trabajo entendemos por *terrorista* al que “provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado (...)” (4).

Para poder analizar el impacto que el terrorismo tuvo en el país es necesario entender bien el pensamiento filosófico que guiaba su actuar. Por eso, precisaremos a continua-

ción, brevemente, ¿qué se entiende por marxismo?, ¿qué por “leninismo”? y ¿qué por “maoísmo”? (5). Centraré la exposición en los aspectos más relevantes de estas ideologías.

Se puede afirmar que, en la raíz de los diversos marxismos, existen cuatro coordenadas principales: ateísmo, materialismo, dialéctica y socialismo (6). La diferencia entre los marxismos depende del valor concreto que se dé a cada una de esas coordenadas, pero solo uniendo esos cuatro elementos puede darse una cierta coherencia interna al pensamiento marxista (7). Para Marx *la sociedad es el devenir histórico del hombre genérico mediante el trabajo*. Más aún, no existe una esencia humana verdadera porque *el hombre no es, se hace en ese devenir*. En consecuencia, la individualidad se reduce a un *momento* o a un *nudo* en el devenir de las relaciones sociales, en la que no queda espacio para el ámbito privado —ni pensamiento, ni propiedad, ni derechos, etc.—, diverso del ámbito social. En esta concepción *el individuo carece de interioridad personal*: es una forma radical de socialismo. El carácter de devenir también afecta el concepto de *bien* y de *verdad*: no *son*, se *hacen*. Una consecuencia de este pensamiento es que será bueno y verdadero aquello que lleve al triunfo de la revolución socialista.

Lenin escribió “El Estado y la Revolución” en la que expone la fase política del materialismo histórico, con el fin de defender la doctrina de Marx y Engels frente a las desviaciones que veía, en particular, de Karl Kautsky (8). Lenin reafirma que el Estado “es el producto y la manifestación de los antagonismos inconciliables entre las clases” y que es un “órgano de opresión de una clase por otra”, por tanto, no puede ser concebido como uno de conciliación de las clases sociales. En consecuencia, la liberación de la clase oprimida exige no solo la *revolución violenta*, sino también la *destrucción del poder estatal*. El balance que hace Lenin, siguiendo a Marx, de la revolución de 1848-51, es que toda revolución que no destruya completamente la máquina del Estado burgués no hace más que favorecerla, reforzarla. Y una vez destruida debe ser sustituida por “la organización

del proletariado como clase dominante”, con “la conquista de la democracia”. Esa conquista la concreta en sustituir el ejército por el pueblo armado, a los funcionarios burgueses por *salarios de obreros*. Por tanto, será necesaria “una rigurosa disciplina, una disciplina de hierro, mantenida por medio del poder estatal de los trabajadores armados”. “Los técnicos, los vigilantes, los contables, como todos los funcionarios del Estado, retribuidos con un estipendio no superior al salario de un obrero, bajo el control y la dirección del proletariado armado”. Completa este panorama la afirmación de Stalin, recogida en la traducción italiana del libro de Lenin, según el cual, el comunismo, en su fase superior, no es posible si no es universal. Para, Lenin la dictadura del proletariado debía implantarse en Rusia para, con el poder estatal adquirido, fomentar las revoluciones socialistas en otros países. Ese fue el itinerario seguido por la antigua URSS, que se desmoronó con la *glasnot* y la *perestroika* de Gorbachov en la última década del siglo pasado, pero que se mantiene viva en otros países comunistas de la región como Venezuela, Cuba y Nicaragua.

Finalmente, corresponde analizar el maoísmo (9). Mao leyó por primera vez *El Manifiesto Comunista* en el año 1920, que fue el año en que se tradujo al chino. Estuvo influido, como otros intelectuales radicales del Partido Comunista Chino, por Lenin, que les transmitió el convencimiento que debían trabajar infatigablemente por su revolución, “apoyándose en las desposeídas masas del Campesinado, y estar a siempre a su lado en sus luchas contra los señores de la guerra, los señores feudales y los prestamistas” (10). De ese modo, llegó al convencimiento de que los “auténticos amigos” del proletariado revolucionario eran los campesinos pobres y los elementos semiproletariados de las aldeas. En cambio, los “auténticos enemigos”, eran los terratenientes, los campesinos ricos y la burguesía. En resumen, lo que caracteriza al pensamiento maoísta es que la revolución marxista-leninista se inicia y desarrolla en el ámbito rural, para de allí expandirse a las ciudades.

En resumen, un partido marxista-leninista-maoísta tiene como meta imponer una

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Se trata de las leyes 30.610, 30.353, 30.414, 30.717, 30.220, 30.794, 30.323, 30.819 y 30.151 y los decretos legislativos 1233, 1237, 1367 y 1453.

(2) SANTILLÁN O’ SHEA, Patricia, “Sendero Luminoso. Revolución histórica y relevancia actual”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, no. 6 (2017).

(3) *Ibid.*

(4) Decreto Ley 25.475, art. 2.

(5) Cuando los términos no se emplean en un sentido unívoco es imposible el progreso de las ciencias. Esto es evidente en las ciencias experimentales, pero también es indudable que ocurre lo mismo en las sociales.

(6) OCÁRIZ, Fernando, “La concepción marxista de la sociedad” (1977). Publicado electrónicamente el 29 de julio. https://dadun.unav.edu/bits-tream/10171/35027/1/ST_IX-3_08.pdf

(7) A fin de evitar la proliferación de notas a pie de

página señalo que las afirmaciones que haré a continuación se basan en el estudio antes citado de Fernando Ocariz, al que remito para quien tenga interés en conocer con mayor detalle el marxismo.

(8) Cfr. OCÁRIZ, Fernando, “El Estado y la revolución. J. Lenin”, *Persona y Derecho*, no. 3 (1976): 525. Esta obra servirá de base para las siguientes referencias al pensamiento de Lenin, recogidas por el autor, en forma textual y con las correspondientes citas a pie de

página, a las que remito.

(9) Para hacerlo he elegido un estudio breve, pero sólido, cuyos principales aportes reproduzco a continuación. Me refiero al de DEUTSCHER, Isaac, “El maoísmo: orígenes y perspectivas”, *The Social Reister y Les Temps Moderns* (1964) en Marxists Internet Archive, enero de 2012, ubicable en <https://www.marxists.org/espanol/deutscher/1964/maoismo.htm>.

(10) *Ibid.*