

Los grandes menores o la doctrina del menor maduro¹

Una visión desde los derechos comparado e internacional privado

por Ruben Santos Belandro²

Resumen

Entre las transformaciones que está experimentando el derecho de familia, cabe señalar lo referido a una nueva concepción de la capacidad de goce y ejercicio, en la que se van dejando de lado las soluciones rígidas basadas exclusivamente en la edad del sujeto y se acusa una tendencia hacia un régimen más flexible basado en su madurez. El derecho ha sabido recoger esta nueva mirada de la capacidad y se está comprometiendo paulatinamente a rever los institutos de protección de los incapaces, generalmente comprendidos en la patria potestad, la tutela y la curatela.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DOCTRINA. 2.1. EL ACICATE PARA EL CAMBIO: LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. 2.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 2.3. EL DERECHO A SER OÍDOS. 2.4. LA ACEPTACIÓN DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA. 2.4.1. LA PROPUESTA TRADICIONAL DICOTÓMICA: CAPACIDAD/INCAPACIDAD. 2.4.2. PRIMER COROLARIO DEL RECONOCIMIENTO DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA: CAMBIOS EN LA PATRIA POTESTAD. 2.4.2.1. LA EDAD: UN REQUISITO RÍGIDO APLICADO EN SOLITARIO.

1 La versión original de este trabajo fue presentada para su publicación en 2019. En razón de que este número de la revista se publica en 2021, el artículo fue revisado por su autor, quien incorporó las variantes introducidas por la ley 19.920, Ley General de Derecho Internacional Privado, promulgada el 17 de noviembre de 2020.

2 Profesor de posgrado, exprofesor de Derecho Internacional Privado, exprofesor de Derecho Extranjero y Comparado, miembro *ad honorem* del Instituto de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República.

2.4.2.2. LA MADUREZ: UN REQUISITO FLEXIBLE. A. UNA INHABILITACIÓN SIN RESTRICCIONES RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD (O CAPACIDAD EXTRAPATRIMONIAL). B. UN MUNDO APARTE (POR EL MOMENTO): LA CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. 3. LA LEGISLACIÓN NACIONAL. 3.1. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 3.2. DERECHOS PATRIMONIALES. 4. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 4.1. LA POSIBILIDAD DE HABLAR DE COMPETENCIA EN LUGAR DE CAPACIDAD. 4.2. LA NECESIDAD O NO DE CONECTARLA A UNA CATEGORÍA ESPECÍFICA. 4.3. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 4.4. LOS DERECHOS PATRIMONIALES. 4.5. LA LEY GENERAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 5. JURISPRUDENCIA. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El siglo XX se ha identificado como aquel que ha sido asolado por dos guerras mundiales en un cortísimo lapso, por lo que algunos han considerado que, en realidad, ha existido una sola conflagración dilatada en el tiempo. Los estragos que esta ha causado han sido enormes en cuanto a la pérdida de vidas humanas —tanto de combatientes como de integrantes de la sociedad civil—, el traslado masivo de poblaciones enteras, la separación irremediable de padres e hijos, las discriminaciones y las vulneraciones de las personas de todo tipo, la destrucción de bienes materiales que ascienden a valores incalculables; en definitiva, una expresión de la locura humana, del desvarío.

Toda conflagración produce profundos cambios en las estructuras sociales. Aquellas estructuras que han perdurado por siglos en un ambiente de estabilidad caen como castillos de naipes y se vuelve necesario reconstruir los vínculos sociales luego de la debacle. Es así que, en Occidente, la familia patriarcal, ya afectada por la industrialización de la economía, termina por quedar definitivamente liquidada. Surge otro tipo de relaciones intrafamiliares, basadas en la concepción de una familia más democrática —o democrática a secas—, en la que se reconocen iguales derechos a sus integrantes, sin importar el sexo, la edad ni las funciones que se ejercen dentro de ella. Se la da reconocimiento a cada integrante para tener una voz y la posibilidad de mantener un diálogo, de manera tal que la estructura familiar se materializa fundamentada en el consenso y no en la imposición.³

3 SANTOS BELANDRO, Ruben (2013, p. 179).

2. LA DOCTRINA

2.1. El acicate para el cambio: la Convención sobre los Derechos del Niño

Estas profundas y hasta radicales transformaciones de la familia se vieron acompañadas por el reconocimiento jurídico-político de derechos igualitarios a favor de la mujer, la consideración del niño como sujeto de derecho, la protección de la dignidad del anciano y las personas con discapacidad, etc. En lo atinente a los menores de edad, la palanca para el cambio fue la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de 1989, que precisamente este año cumple 30 años de su aprobación. Una convención que ha tenido —por lo menos en el plano de las ratificaciones— un éxito tal que puede considerarse un documento universal sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Su influencia ha impregnado el derecho interno de los Estados parte con constituciones en las que, como en el caso de Argentina, se hace una clara referencia a la convención o se recoge como valor esencial de la comunidad nacional el respeto y la promoción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Pero la expansión no se detiene en las cartas magnas, sino que se proyecta hacia la redacción de códigos específicos referidos a la infancia y la adolescencia o a la modificación de los códigos civiles, no siempre en forma radical, sino muchas veces en etapas sucesivas, a medida que se hace evidente la necesidad de ir cubriendo el objetivo por el cual fue creado el referido documento internacional. De todos modos, la convención se ha convertido en el punto de conexión general del nuevo sistema relacionado con la minoridad.

Nos parece imprescindible, para una comprensión adecuada del tema, partir de las principales disposiciones de la convención que se refieren al objetivo de este trabajo. En primer término, en el preámbulo se destaca lo siguiente:

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

No pretendemos comentar la totalidad de la convención de marras, sino examinar los tres pilares, soportes o criterios-guía sobre los que se fundamenta. Ellos son: la consideración del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el reconocimiento de sus capacidades progresivas y el derecho a ser oídos. Es aquí donde se inserta una doctrina concordante

con el segundo pilar mencionado: la doctrina del menor maduro o de los grandes menores, objeto de nuestro análisis en este momento.

Sin duda, la incorporación de estos tres valores trae como consecuencia una reorganización de la familia. Al respecto, DE LAMA AYMÁ considera que la familia ha dejado de concebirse como una institución jerárquica y autoritaria, y se ha convertido en una asociación en la que cada uno de sus miembros cobra importancia individualmente y en cuyo seno se fomenta el libre y pleno ejercicio de los derechos fundamentales. Ningún miembro de la familia debe sacrificar su personalidad, su individualidad ni sus particularidades en aras de un pretendido interés familiar decidido unilateralmente por el *pater familiae*. Solo cuando el interés del individuo no tenga valor constitucional, primará el interés familiar sobre el individual, porque la familia es un concepto constitucionalmente protegido, en la medida en que su finalidad es garantizar los derechos fundamentales de sus miembros.⁴ Comentarios extrapolables a la Constitución uruguaya, en la que todos los integrantes de la familia son sujetos que requieren igual consideración, atención y respeto.

2.2. El interés superior del menor

En cuanto al interés superior del menor, contamos con el artículo 3, que dice: «1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas será en el interés superior del niño». El interés superior del menor puede ser examinado desde un triple enfoque: como un derecho, como un principio interpretativo o como una norma procedimental. En primer término, nos hallamos ante un derecho sustantivo del niño, niña o adolescente que lo resguarda ante las decisiones que puedan involucrar o afectar sus intereses. En segundo término, ante las interpretaciones discordantes de un mismo texto o de documentos simultáneamente aplicables, se tomará aquella que mejor satisfaga sus intereses. Y en tercer término, en el proceso de la toma de decisiones, debe considerarse no solo la situación actual del involucrado, sino también sus repercusiones positivas y negativas en el futuro.⁵

4 DE LAMA AYMÁ, Alejandra (s/f., pp. 92, 93, 95, 100, 102 y 106): «El contenido esencial del interés del menor consiste, básicamente, en proteger y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad. [...] El desarrollo de la personalidad se canaliza a través de la actuación de los padres, que actúan como intérpretes de la personalidad del hijo. [...] La intervención paterna deberá ser inversamente proporcional a la madurez del hijo. [...] Si bien en otros ámbitos, como el patrimonial, puede ser útil establecer determinadas edades fijas, en el ámbito de la personalidad la persona como valor solo será respetada si, caso por caso, se analiza la concurrencia o no de la madurez. La seguridad no puede primar por sobre el respeto riguroso de la personalidad y la dignidad del individuo».

5 CILLERO BRUÑOL, Miguel (s/f., p. 10); SANTOS BELANDRO, Ruben (2012, pp. 21 y ss.): «El interés superior del niño no alude ni puede aludir más que a la satisfacción de sus

2.3. El derecho a ser oídos

Al respecto, el artículo 12 se expresa en los siguientes términos:

1. Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del mismo en función de su edad y madurez.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La premisa de que un niño *debe* ser escuchado implica la consideración de que puede asumir un rol activo y preocuparse por el manejo de sus intereses y por tomar las decisiones inherentes a su vida. Ello significa que hay que aprender a dialogar con él en familia. Para ello, los progenitores deben educarlo para que tenga la aptitud de escuchar. Hay una co-construcción del interés superior del niño, niña o adolescente, pues al ser escuchado reafirma su rol de sujeto de derecho y su involucramiento en su propio destino o biografía. La importancia de este requisito debe ser justamente valorado.

Como señala AHUMADA, estamos ante un niño-sujeto, lo que implica el desplazamiento de la imagen adultocentrista, por cuanto el niño, niña o adolescente deja de ser un apéndice de sus padres. Sin duda, cumple un rol central para determinar si el menor tiene la capacidad suficiente para realizar determinado acto y, como señala la autora, el principio de la inmediación en la etapa procesal cumple un papel relevante a la hora de efectivizar este derecho, ya que el contacto personal y directo del magistrado con el niño, niña o adolescente es determinante en la evaluación y en la importancia de las decisiones tomadas sobre estos. Desde este enfoque, podemos considerarlo un sujeto de derecho participativo.⁶ La determinación del rango de autonomía del niño, niña o adolescente puede ir desde el deber de escucharlo, el de complementar su voluntad o el de darle autonomía completa para el otorgamiento de un acto específico. Se pasa claramente del niño-objeto al niño-sujeto, dotado de una capacidad mínima o incipiente, que va creciendo y asentándose con el transcurso del tiempo. Por todo lo expuesto, debe procurarse el mayor acceso del menor al examen de su propio caso, en la medida en que ello sea posible.

derechos fundamentales. El interés superior del niño siempre es la satisfacción de sus derechos y nunca puede aducirse un interés del niño superior a la efectiva vigencia de sus derechos. Ni el interés de los padres ni el del Estado pueden ser considerados, en adelante, el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia».

6 AHUMADA, Mirta Ángela (2015, pp. 89 y 91).

Nos parece oportuna la aclaración de RIBERO, en el sentido de que puede haber un equívoco al decir que, a partir de la convención, se reconoce al menor como sujeto de derecho, cuando, desde el inicio del movimiento para consagrar los derechos humanos fundamentales, se incluye a *todas* las personas (y, por supuesto, a los niños) en el goce de dichos derechos. Pero, quizás, con la afirmación de que el niño es considerado sujeto de derecho desde la convención se está queriendo decir que, a partir de esta, ha cambiado la relación de poder dentro de la familia y el menor ya no necesita del padre ni de la madre para manifestarse, sino que se le reconoce la posibilidad de ejercitar dichos derechos él mismo. Este niño, niña o adolescente se convierte en un sujeto protagonista, decisor de su propio destino, y este cambio es muy importante.

Finalmente, solo cabe precisar que el menor no puede delegar el derecho a ser oído. Es él y no otro quien debe ser escuchado si tiene la capacidad suficiente para expresarse.

2.4. La aceptación de la capacidad progresiva

Finalmente, el artículo 5 se presenta como fundamental para el desarrollo de estos comentarios:

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y la orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención.

Esta noción se vincula con los tiempos madurativos de quien se encuentra en las primeras etapas de su existencia; puede, incluso, hablarse de *madurez evolutiva*. Cada niño tiene su propio tiempo de madurez: hay maduradores tempranos, maduradores promedio y maduradores tardíos. Se habla de que la convención ha instaurado la presunción de capacidad, es decir, la presunción de que el menor con una madurez suficiente es capaz de ejercicio, y solo en ausencia de esta puede hablarse de incapacidad de obrar. Se ha dicho también:

Puede inferirse una presunción *iuris tantum* de la capacidad de ejercicio de los adolescentes. [...] Se trata de un término que anuncia la posibilidad de una biografía madura en un sujeto de biología inmadura, o sea que se refiere a un paciente que se considera moralmente con capacidad de intervenir con responsabilidad.⁷

7 ARANCIBIA FLEITAS, Yairis (s/f., p. 954).

De esto se deduce que, en interés y protección de su capacidad progresiva, las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores deben interpretarse en forma restrictiva.

2.4.1. *La propuesta tradicional dicotómica: capacidad/incapacidad*

Pero antes de entrar en el tema nos parece conveniente hacer una referencia a la cuestión de la capacidad tal como ha sido tratada por los códigos civiles de los países occidentales hasta el momento en que la vigencia de la convención de la ONU comenzó a tener efecto. Aquellos con cierta edad nos hemos formado en una clara división en materia de las aptitudes del sujeto para actuar en la vida jurídica, que se traduce en la dicotomía capacidad/incapacidad. Se distinguía entre la capacidad de goce —o sea, la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, que corresponde a toda persona sin distinción alguna desde que nace hasta que muere— y la capacidad de ejercicio —o sea, la posibilidad de actuar por sí mismo en la vida jurídica—. Los códigos del siglo XIX consideraban que se era menor de edad generalmente hasta los 21 años —luego esta edad fue rebajada a los 18 años—, que el grupo etario inferior a ese límite era incapaz y objeto de protección y que su posibilidad de actuar solo podía llevarse a cabo a través de la representación de sus padres o tutores. A los 21 años —y luego a los 18 años— se cruzaba el Rubicón y el joven se convertía en una persona con capacidad plena para actuar. La tradición había consolidado, pues, una contraposición categórica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, instaurando una barrera etaria para legitimar o prohibir los actos que un sujeto podía realizar.

No obstante lo dicho, esa barrera no consistió nunca en un umbral indefectible hacia la capacidad total, pues había dos posibilidades para que quien no había llegado a la mayoría de edad pudiera tener una capacidad de obrar en forma directa: la emancipación para actuar en el comercio y la habilitación por medio del matrimonio, por cuanto generalmente en este último caso se reconocía la facultad de contraer nupcias una vez que varones y niñas llegaban a la pubertad (hoy, con una tendencia a recorrer el camino inverso y aumentar la edad para contraer matrimonio a los 16 años). Fuera de estas dos hipótesis, la posibilidad de reconocerle al niño, niña o adolescente una capacidad de obrar era prácticamente inexistente. Pero, una vez que la convención entró en vigor, esta comenzó a ejercer su influencia para presionar por la modificación de esta situación, debido a que en la sociedad contemporánea esta división categórica se presentaba de un modo cada vez más evidente, como fuera de contexto e injustificable. El debate entre paternalismo y autonomía comenzó a ceder a favor del último concepto (tomándose, al fin, como política legislativa). Para ello, se elaboró la doctrina del menor maduro, que significa que todo ser humano cuenta con la capacidad de ejercicio si tiene la edad, pero también con la

madurez suficiente para comprender el acto que realiza por sí mismo y la aptitud para evaluar sus consecuencias.

O sea que la persona en desarrollo (físico, mental, intelectual, afectivo) no se transforma de un día para otro en una persona capaz, como predicaban los códigos decimonónicos, sino que esa capacidad se va adquiriendo gradualmente, a medida que se dan esas condiciones de madurez. Existe, por tanto, una capacidad anticipada con carácter general, por lo que la doctrina afirma que, teniendo el menor la madurez suficiente para entender o comprender, la capacidad debe ser la regla y la incapacidad, la excepción. Se ha querido salir de un modelo paternalista hacia un modelo autonomista. FAMÁ es una de las autoras que piensan lo siguiente: «La minoría no es una causa de incapacidad, sino una circunstancia modificativa de la capacidad de obrar, basada en circunstancias subjetivas de las personas. El menor de edad no es un incapaz, sino que tiene una capacidad de obrar limitada».⁸ De todos modos, hay advertencias de la doctrina de que los menores tienen limitaciones serias para ver generalizada su autonomía e, incluso, su derecho a no ser abandonados en su autonomía, ya que la carencia de suficiente madurez y discernimiento conduce a hablar de aleatoriedad, de cierta aventura en su actuación, como a menudo acontece con el manejo de las redes sociales a través de internet.⁹ Cabe decir que este nuevo enfoque no ha tenido aún un despliegue general sobre la capacidad de los niños, niñas y adolescentes, debido a que su reconocimiento pleno se ha logrado en el ámbito de los derechos de la personalidad, pero mucho menos en el campo de los derechos patrimoniales. Esta división, que aún se mantiene en el ámbito de la capacidad de obrar, ha sido criticada por la doctrina, pues se ha considerado que se les da más valor a los bienes que a la propia persona. De todos modos, en este aspecto hay también algunos cambios.

8 FAMÁ, María Victoria (2015): «La noción de capacidad progresiva se incluye dentro de los conceptos jurídicos indeterminados o abstractos; de ahí que sea necesario establecer o determinar en qué consiste esta autonomía progresiva. He dicho que jurídicamente el principio se encuentra vinculado a una graduación en el ejercicio de las facultades de niños y adolescentes. En consecuencia, para una mayor precisión del concepto, es necesario definir qué se entiende por *evolución de sus facultades* o *desarrollo psicofísico* y en qué contextos se connotan y reconocen estas premisas. El discurso jurídico se ha mostrado insuficiente, por lo que debe buscarse el apoyo de otras disciplinas, en especial, de los estudios de psicología evolutiva».

9 DE LA TORRE OLID, Francisco (s/f., p. 110). En nuestro ordenamiento jurídico, se percibe, en el artículo 40 de la Constitución, un interés preferente en proteger a los menores, ya que la familia se concibe en su sentido funcional y no como una institución en sí misma.

2.4.2. **Primer corolario del reconocimiento de la capacidad progresiva: cambios en la patria potestad**

Sin duda, reconocerle al menor una capacidad anticipada estaría chocando o, por lo menos, interpellando sobre la verdadera función de la patria potestad. El mismo concepto de patria *potestad* se presenta como desajustada en esta nueva corriente, por cuanto consiste, precisamente, en evitar el ejercicio de un *poder* de los progenitores sobre sus hijos menores de edad (que rememoraría, sin quererlo, a la patria potestad romana), sino la de irle adjudicando al niño, la niña o el adolescente una autonomía progresiva respecto del mundo adulto, transformándose en un sujeto dueño (y responsable) de sus acciones. El concepto de potestad o de poder de los progenitores sobre sus hijos menores de edad ya no puede admitirse. Por tal motivo, las nuevas legislaciones dejan de referirse a ella y la sustituyen por el de autoridad parental. No obstante, este cambio duró poco, debido a que tampoco el concepto de autoridad parecía ser de recibo, por lo que el día de hoy puede hablarse de un término más amigable o coincidente con la función de los padres como es el de *responsabilidad parental* (Código Civil y Comercial Argentino, título VII).¹⁰

¿Cuál es el significado de este nuevo concepto? Sin perjuicio de reconocer la importancia de obtener una adecuada precisión conceptual de la institución, lo importante es determinar cuál es el rol de los padres en el ejercicio de esa *responsabilidad* si ya no se respalda la noción de poder ni un criterio más medido como el de autoridad. Como señala AHUMADA, la reforma (en el derecho argentino) no solo cumple una función de amoldar la terminología a las disposiciones internacionales vigentes, sino que reviste real importancia su fundamento: el cambio de paradigma por el que se reconoce a los menores de edad como sujetos de derecho capaces, y no como meros objetos de regulación, implicó una nueva cosmovisión acerca de lo que se entiende por niño, niña y adolescente, así como también el pleno reconocimiento de sus capacidades.¹¹

10 BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2013, p. 4). En Chile, por ejemplo, se habla de autoridad parental para aludir a la persona del menor, pero no respecto a los aspectos patrimoniales de la filiación, que se regulan dentro de la patria potestad.

11 AHUMADA, Mirta Ángela (2015, pp. 51 y 55): «El uso del vocablo no es inocuo, ya que la responsabilidad refiere a una función y no ya a un poder o potestad que recaía en los padres sobre sus hijos. De esta forma, las relaciones entre los miembros de una familia se convierten en horizontales y no en un vínculo de absoluta subordinación. La modificación de la terminología implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos padres, que se refleja en un conjunto de facultades y deberes tendentes a satisfacer el interés superior del niño, ya se encuentren juntos o separados. [...] Con ello se cambia la perspectiva de la protección, que ahora es la persona del niño, niña y adolescente, y no el poder del padre sobre el hijo [...]. El verticalismo se transformó en una vinculación de tipo horizontal, por lo que ya no predomina el derecho de los padres sobre la persona de los hijos sino a la inversa: son las funciones parentales las que se regulan para con los hijos y en resguardo

¿Responsabilidad para qué y responsabilidad sobre qué o sobre quién? Todo parece indicar que la obligación principal de los padres es educar y formar a sus hijos para que estos obtengan el mayor y más adecuado despliegue de su personalidad. Por tanto, pensamos que el criterio a seguir es considerar su función como la de orientación y asesoramiento y, por qué no, la de adiestramiento.¹² Podríamos insistir aún más, expresando que se trata de una función de apoyo en el pleno ejercicio de los derechos por parte de los menores como sujetos en formación, en la medida en que se encuentren aptos para ello, por lo que puede decirse que la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes marca un límite a la autoridad de los padres,¹³ «una función que se desarrolla de manera fluida entre padres e hijos en pos de su desarrollo integral».¹⁴ Y solo en casos excepcionales puede permitirse una actuación unilateral de los progenitores.

Reconocemos que el concepto puede resultar muy vago e impreciso, pero es el que combina mejor con el de la capacidad progresiva de los hijos menores de edad. Ya en 1868 la misma Constitución de Uruguay, en el artículo 40, establecía, acertadamente: «La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, *para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad*» (énfasis agregado). Esto quiere decir que se propiciará el desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes como función principal de la familia, pero igualmente para que sean seres sociables y, de esta manera, derramen su potencialidad para mejorar el medio en el que actúan. Dicho en otros términos: el mejoramiento de la formación de los niños, niñas y adolescentes ha de repercutir en un mejoramiento colectivo, lo que provoca, de este modo, un doble efecto.

El concepto de responsabilidad tiene, entonces, un sentido muy profundo y más afín en términos de derechos humanos: fomentar el autogobierno o la autodeterminación de los hijos menores de edad, una tarea paulatina,

de su integridad y bienestar. El fin del instituto no es más que la protección integral de los hijos». Cabe agregar, por nuestra parte, que *integral* corresponde a *íntegro*, equivalente a *total, completo*.

12 GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (2018, p. 2): «A los padres o personas a cargo les corresponde dirigir y orientar al menor para que pueda ejercer sus derechos, lo cual implica que estos tienen la responsabilidad de ir modificando continuamente los niveles de apoyo y orientación que otorgan al niño, niña y adolescente. Estos ajustes deben tener en cuenta los intereses y deseos del menor, así como las capacidades de este para la toma de decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior».

13 Marisa HERRERA y Verónica SPAVENTA (2009, pp. 74 y 78) destacan que «padres e hijos ocupan lugares diferentes»; que la autoridad paterna no puede anular las potencialidades de crecimiento de niños y adolescentes; que la autoridad debe ir adaptándose al desarrollo cognitivo y al desarrollo del discernimiento del niño, y que dicha autoridad debe estimular la capacidad decisoria de estos últimos. En suma, que se ha sustituido el poder de corrección por el de orientación y guía.

14 AHUMADA, Mirta Ángela (2015, p. 71).

que se hace a medida que crecen en años y van adquiriendo madurez. Paradójicamente, hay una relación antitética (o, por lo menos, una tensión) entre responsabilidad parental y autonomía progresiva: cuanto menos desarrollado esté el autocontrol del hijo, más amplia será la responsabilidad de sus padres y más fuerte será la dependencia del primero; cuanto más maduro sea el hijo, menor será el rol de aquellos, pues la patria potestad debe ceder ante el desarrollo de la personalidad del menor.¹⁵ Normalmente, la responsabilidad de los padres irá disminuyendo hasta anularse cuando el hijo llegue a la edad emblemática de 18 años. Pero, como hemos visto, quizás ello se produzca antes.

Obsérvese, además, que la referencia *a quién* no se hace al menor, sino a los niños, niñas y adolescentes, una expresión algo extensa pero indispensable, porque el concepto de menor se presenta como indefinido, propio de la antigua concepción de que todo menor es incapaz. Cuando se habla de niños, niñas y adolescentes, se alude a dos cosas: en primer lugar, a que es un proceso que no diferencia a los sexos —tanto varones como mujeres pasan por el mismo proceso de maduración—; en segundo lugar, a que la minoridad es diferente en uno y otro caso —por eso las expresiones *niños* y *niñas*, por un lado, y *adolescentes*, por otro—, y esa diferencia debe ser reconocida. Estas observaciones nos están dando una respuesta a la pregunta de si el tránsito de la incapacidad a la capacidad debe ser brusco y repentino o, por el contrario, gradual y progresivo: hay que superar la dicotomía impuesta por los códigos decimonónicos y considerar a los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

2.4.2.1. La edad: un requisito rígido aplicado en solitario

A lo largo de la historia humana, la organización de las sociedades se ha basado en la edad y el sexo como elementos a tomar en cuenta para deter-

15 DELLE VEDOVA, María Julia (*s/f.*, p. 4): «Debe existir entre los niños y sus representantes legales una relación inversamente proporcional: a menor autonomía del hijo, aumentan las funciones y los deberes de los progenitores en el ejercicio de los derechos del niño; y, a medida que aquel va adquiriendo progresivamente capacidad, van disminuyendo, también en forma paulatina, los deberes y las funciones de los padres sobre sus hijos». Ver también FAMÁ, María Victoria. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (p. 4): «El sistema de la voluntad sustituida está en abierta contradicción con la doctrina de la Convención [sobre los Derechos del Niño], que establece el principio de la autonomía progresiva, que reconoce que los niños son sujetos de derecho con una voluntad que les permite expresar intereses y deseos de acuerdo con sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres, tutores o curadores». HERRERA, Marisa (p. 36): «Como conclusión, podríamos decir que el principio de la autonomía progresiva es un mandamiento supralegal y, como tal, está destinado a deconstruir y reconstruir el régimen legal en materia de capacidad de niños, niñas y adolescentes. Esto implica, de modo inexorable, flexibilizar el sistema, permitiendo la penetración de las ideas de madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento».

minar la inclusión o exclusión social.¹⁶ Respecto de la edad, esta ha sido abordada como «la relación que guarda el paso del tiempo (un *continuum* segmentado en años) con los cambios biológicos asociados, a su vez, con comportamientos y capacidades concurrentes». Como señalan GUTIÉRREZ y RÍOS, existen ejes basados en la reproducción y ejes basados en el poder. Hablar de la edad no alude a nada sustancial y mucho menos universal. No puede biologizarse puramente la edad, sino que una correcta visión de esta obliga a adjudicarle un carácter histórico y social, porque, de lo contrario, se miraría la edad de los sujetos como la medida del *tener* y no como la del *ser*. Y especialmente en el tema que nos ha tocado desarrollar puede hablarse de una adolescencia temprana, media y tardía, y a cada una de ellas le corresponde un tratamiento especial.¹⁷ Sociedades distintas generan niños diferentes, cada época construye sus etapas humanas vitales, los jóvenes conocen cada vez más de cerca proyectos vivenciales diferentes y heterogéneos, y la información telemática compite con la educación que le pueden proporcionar los padres, quienes están normalmente largas horas fuera del hogar, por razones laborales.

Al día de hoy, la edad es un concepto más amplio que la simple edad cronológica. Hay una edad cronológica, una edad psicológica, una edad social y una edad legal. Ello supone pensarlas entrelazadas, de tal manera que la edad depende del desarrollo de la psiquis, la ley, la biología y el medio social, que no es uniforme en toda persona. Más que en un corte abrupto, habría que pensar en un tránsito de la minoría hacia la autonomía moral¹⁸ o en el concepto de edades deslizantes, únicamente condicionadas a la adquisición del niño, niña o adolescente de suficiente juicio y aptitudes madurativas. Por tanto, cabe colegir que no hay minoría de edad, sino minorías.¹⁹ De todos modos, no ha sido posible prescindir totalmente de la edad en la evaluación de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, y los ordenamientos jurídicos se inclinan para determinar su *conditio aetatis*, generalmente por alguna de las cuatro soluciones que seguidamente mencionaremos, sin dejar de advertir que es de opinión común que, al día de hoy, se considera que el esquema dualista o antitético de la edad (capaz/incapaz) debe ser sustituido por uno gradualista:

16 FEIXA, Carles (s/f., p. 1). Quien destaca la organización de las fronteras y los tránsitos entre las diversas etapas biográficas.

17 GAETE, Verónica (2015): «De todos modos, el adulto joven que emerge de este proceso no es un “producto acabado”. El desarrollo es un proceso que tiende a continuar a lo largo de toda su vida».

18 ARANCIBIA FLEITAS, Yairis (s/f., pp. 924 y 925): «Asomarse al mundo adolescente es entrar en un terreno de diversidad en el que solo es posible estudiar patrones generales. Esta idea sirve para confirmar la conveniencia de no tomar a los adolescentes como todo un gran segmento homogéneo, ya que, según parece, aglutina dentro de sí a personas muy distintas».

19 DELGADO VIZCAÍNO, Luisa María (s/f., p. 6). También OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco (2014, p. 32).

- *Establecer una lista de edades fijas y prescriptivas para la adquisición gradual de los derechos.* Es el ejemplo de los códigos decimonónicos que establecen la mayoría de edad a los 18 años. No puede ocultarse la claridad en la solución, pero, al mismo tiempo —como hemos venido señalando—, la inflexibilidad provoca uniformidad —lo cual impide examinar las facultades reales de los niños, niñas y adolescentes—, se los subestima en el desarrollo de su personalidad y se los excluye en la toma de sus propias decisiones.²⁰ No se toman en consideración las facultades evolutivas reales de cada niño en particular. De todos modos, fuera de lo criticable que puede ser establecer una única edad que permita el acceso a la capacidad plena, el abandono de un único escalón por el establecimiento de varios proporciona, por lo menos, claridad y certeza en el ejercicio de los derechos.
- *Excluir cualquier fragmentación por edades.* El carecer del amparo de un texto legal que establezca por lo menos algunos escalones etarios conduce ineludiblemente al examen de cada caso concreto, de cada individuo en particular. Se parte de la base de que el niño es capaz y de que son los terceros (o el propio niño) quienes deben demostrar su incapacidad. Habría que revisar el umbral cotidianamente. Si bien se conjuga bien con la tesis de la autonomía progresiva, tiene la desventaja de que se vuelve indispensable la organización de toda una estructura para evaluar cada caso concreto y debilita enormemente el carácter tuitivo que a veces tiene la fijación de una edad determinada.²¹ Adoptar una solución de este tenor conlleva la sustitución de escalones fijos por una evaluación individual de cada niño, niña o adolescente, pero produce una gran inseguridad jurídica, ya que requiere un despliegue judicial o administrativo permanente, con el aditivo de un aumento en los costos.
- *Consignar escalones fijos de edades, pero con la posibilidad de demostrar in casu la capacidad del menor.* Esta solución ecléctica parece ser la más aceptable, pues conjuga seguridad y flexibilidad. Es posible que se le reconozca al menor cierta capacidad por el solo tránsito a una edad determinada, pero si se la quiera adelantar, aquella debe ser probada. O sea que no se cierra en una solución rígida, sino que permite reconocerle al niño, niña o adolescente una capacidad mayor —aun cuando no haya llegado a la edad establecida por la ley— si ella puede ser acreditada. Por tanto, en este tercer criterio se conjugan dos cosas: un carácter tuitivo y claro de la capacidad por edad y un criterio flexible que permite apartarse (y, en cierto modo, adelantarse) del criterio de los escalones si puede comprobarse que el niño, niña o adolescente tiene la capacidad suficiente para entender

20 PELLEGRINI, María Victoria (2009, p. 3).

21 PELLEGRINI, María Victoria (2009, p. 4).

y comprender el acto a realizar y las consecuencias de la decisión a asumir. En definitiva, se le reconoce un rol protagónico. No se trata, por tanto, de una clasificación inflexible, pero concretarla requiere o exige un tratamiento multidisciplinario, no puramente legal.²²

— *Estipular límites de edad fijos solo para aquellos derechos que corren el riesgo de ser vulnerados por los adultos y presumir la capacidad del niño, niña o adolescente para los demás derechos.* Esta opción es mixta, como la anterior, pero si se trata de daños autoinfligidos —como el abuso en el consumo de alcohol o drogas— o trabajo infantil, recoge una edad fija, en tanto que, para el ejercicio de aquellos derechos que solo tienen repercusión en el propio niño, niña o adolescente, hay presunción de suficiencia y les corresponde a los adultos destruir la presunción legal. Según el derecho de que se trate, habrá o no una movilidad en los límites cronológicos.

Las soluciones mixtas suponen o exigen un trabajo más artesanal, pues tienen que examinar el tipo o la naturaleza de los actos a realizar, e implican atender las edades determinadas legalmente con fines indicativos e, incluso, aceptar que en ciertos casos puede prescindirse de algún elemento. En todo caso, hay una conquista progresiva de espacios de libertad por el niño, niña o adolescente, pasándose de la heteronomía a la autonomía.²³

2.4.2.2. La madurez: un requisito flexible

En la actualidad, el derecho experimenta una reconstrucción interpretativa de la capacidad del menor, tomada, además, como el mínimo ganado y no como el máximo a obtener. No corresponde que la minoría de edad sea entendida como discapacidad. La doctrina entiende que el menor es limitadamente incapaz, y no un incapaz absoluto. La observación de la madurez —o, mejor dicho, del grado de maduración— del niño, niña o adolescente introduce un elemento de flexibilidad que permite coadyuvar en la determinación del nivel de autonomía progresiva que pueda tener. Esa maduración es difícil de definir, en modo alguno es uniforme y depende de un sinnúmero de circunstancias: las propias condiciones psicofísicas del menor, según tenga o no vitalidad en ambos planos; la educación que reciba; la alimentación; el medio socioeconómico en el que está evolucionando; las restricciones; la libertad que le reconozcan las superestructuras culturales, sociales, religiosas, etc., y, lamentablemente, la fortuna o el infortunio de haber nacido o no en un país del primer mundo.²⁴ Ese conjunto de condicionantes impide considerar la madurez como un concepto que tiende a la uniformidad en todos los menores de edad; por el contrario, su examen lo

22 PELLEGRINI, María Victoria (2009, p. 4).

23 HERRERA, Marisa (2011, p. 40).

24 ARANCIBIA FLEITAS, Yairis (s/f., pp. 932 y 933).

vuelve inevitablemente un tópico, propio de cada caso concreto. Esta constatación convoca ineludiblemente a examinar su existencia o inexistencia por medio de un personal especializado y la presencia de un magistrado para el caso de conflicto (con los progenitores o con terceros).

Muchas veces se plantean situaciones en las que el adolescente decide ejercer sus derechos de un modo que vulnera o amenaza su integridad, su desarrollo como persona o la realización de otros derechos, lo que puede tener un impacto negativo para sí mismo. Por ejemplo, el adolescente desea comprarse una moto, pero para realizar carreras clandestinas que le apasionan. Indudablemente, el conflicto de intereses que puede producirse entre la negativa de los padres y la decisión del hijo terminará en los tribunales. En tal hipótesis, ¿se considerará el interés superior del adolescente contemplado por sus padres o se respetará su autonomía progresiva? O, como dice DELLE VEDOVA, ¿se adoptará una postura tutelar o una postura liberal? Se trata de un dilema difícil de resolver. La autora considera:

Freeman propone que se busque un punto de equilibrio a la hora de adoptar medidas concernientes a los niños y habla de «paternalismo liberal»: importa tanto el resguardo de los niños como su autodeterminación. Esta última solución podrá hacerse efectiva con la aplicación del tercer principio que forma parte del nuevo paradigma de la protección integral del niño: el derecho a ser oído. De este modo, el joven coparticipará con el juez interviniendo en la definición de lo que será mejor para su interés.

Pero su opinión, si bien será tenida en cuenta, no será vinculante para resolver: «En otras palabras, no debe aceptarse incondicionalmente el deseo del joven si ello puede resultar perjudicial para su persona». Parece oportuno hacer un tratamiento diferencial respecto de los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales de los niños, niñas y adolescentes, por cuanto las políticas legislativas seguidas en el derecho comparado son diferentes. Comencemos, por tanto, con los primeros.

a. UNA HABILITACIÓN SIN RESTRICCIONES RESPECTO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD (O CAPACIDAD EXTRAPATRIMONIAL). Los textos legales y convencionales reconocen, sin ninguna variante, que cualquier persona física tiene personalidad jurídica desde su nacimiento hasta su muerte y que esta corresponde innatamente a toda persona, en cuanto permite la expresión de su humanidad. Dado su carácter esencial y personalísimo, su ejercicio debe quedar en manos exclusivas de cada sujeto, lo cual tiene consecuencias importantes a la hora de examinar cada hipótesis en particular.

Como hemos dicho, estos derechos de la personalidad, en la medida en que son inherentes a la persona y se califican como derechos subjetivos, solo pueden ser ejercidos por su titular. Significa que el principio de la autonomía progresiva del niño, niña y adolescente viene a afectar la facultad de representación. El problema se suscita cuando el menor no tiene la capacidad de autogobierno suficiente para ejercer sus derechos subjetivos.

Indudablemente, en dicho momento aparece la figura de los padres, pero ¿en qué función? Si no pueden ejercer una representación legal en virtud de que los derechos de la personalidad solo pueden ser ejercidos por su titular, ¿en qué calidad actúan? Al respecto se ha afirmado que hay que acudir a la teoría del interés, «en el sentido que permitirá que los padres intervengan en el ámbito de la personalidad del hijo en aras de la protección del interés del menor», ya que «los padres tienen un interés legítimo en la protección de los bienes jurídicos de su hijo menor de edad» y el «derecho-función» que ejercen debe abarcar no solo la protección del hijo frente a terceros (el Estado o particulares), sino también en la formación del menor en la autonomía.²⁵

Los derechos de la personalidad son indelegables y no admiten representación. Como temas álgidos en este momento, podemos citar el derecho al aborto sin asumir responsabilidad alguna durante un plazo prefijado legalmente y la posibilidad de modificar el cuerpo en su genitalidad en el caso de los transexuales. El derecho a la integridad encierra el concepto de *incolumidad, intangibilidad*, a no ser maltratado, violentado, obstruido en su desenvolvimiento.²⁶ Nos hallamos ante una capacidad extrapatrimonial. A la capacidad extrapatrimonial no se le aplican las reglas de la representación legal de la patria potestad, por cuanto dichas reglas aluden a actos patrimoniales. En principio, serán los padres los convocados a determinar si el niño, niña o adolescente tiene la calidad de un menor maduro y, en casos difíciles, será el juez el encargado de determinar dichas condiciones, que son tres: edad, madurez suficiente y entidad del acto a realizar. Como expresa CILLERO BRUÑOL, hay un perfeccionamiento gradual de los instrumentos de protección de los niños, centrándose, sobre todo, en el derecho a tener derechos.²⁷

Como expresa ARANCIBIA FLEITAS,

25 DE LAMA AYMÁ, Alejandra (s/f., pp. 76 y 77).

26 ARANCIBIA FLEITAS, Yairis (s/f., p. 946).

27 CILLERO BRUÑOL, Miguel (s/f., p. 6): «Todo se fundamenta en que el niño tiene “derecho” a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez debido a que los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres no son poderes ilimitados, sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo, progresivo, de los derechos del niño, que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado. [...] De este modo, la idea de la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos del niño se constituye en la clave para interpretar la función del Estado y de la familia en la promoción del desarrollo integral del niño. El niño, como sujeto de derecho, debe gozar de todos los derechos que se reconocen en las constituciones, los tratados internacionales y las leyes internas. [...] Igualmente, la Convención sobre los Derechos del Niño opera un cambio conceptual, que se traduce en el paso de la consideración de las necesidades hacia los derechos y se basa en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos, que permitan al portador de necesidades percibirse y organizarse como sujeto de derechos».

mientras que la capacidad jurídica es esencia y atributo inherente del hombre, la capacidad de ejercicio es potencia y depende de elementos que deben estar presentes, como la inteligencia y la voluntad, y, por consiguiente, en dependencia de la intensidad con que se manifieste, [esa capacidad de ejercicio] puede ser amplia o restringida.

La autora agrega:

En el derecho actual, puede considerarse plenamente sentada la idea de que, en el ámbito de los derechos de la personalidad, no rigen las reglas generales de la capacidad de obrar, dado que el núcleo básico de estos derechos es la libertad y la dignidad de la persona, y su ejercicio contribuye al libre desarrollo de la personalidad. Por tal motivo, debe permitirse a todo individuo en este campo tomar sus propias decisiones, siempre que tenga el suficiente discernimiento para comprender el acto que realiza.²⁸

Por tanto, siguiendo el hilo de su pensamiento, toda persona tiene la capacidad natural de entender, querer y discernir para tomar una decisión o realizar un acto jurídico en determinado momento. Y en el ámbito de los derechos de la personalidad, como el interés predominante es el del propio sujeto que actúa, dicho interés debe prevalecer frente a los intereses de terceros y la injerencia externa solo es admisible con el objetivo, precisamente, de resguardar los derechos fundamentales de la persona. Se concluye, entonces, que si el sujeto tiene la madurez y el discernimiento suficientes, ello puede ser tomado como criterio habilitante para ejercer por sí mismo sus derechos personalísimos, lo cual conduce a evaluarlo para constatar si ha alcanzado las mencionadas aptitudes.

Relacionada con este tema, tenemos la cuestión del secreto médico en relación con los adolescentes, subespecie del secreto profesional. La doctrina nacional ha considerado que es posible que un adolescente pida el amparo de la confidencialidad, incluso en relación con sus padres, en la realización de un aborto o en el caso de tener el virus del sida o cualquier otra enfermedad de transmisión sexual. El derecho del menor a la confidencialidad médica está consagrado de modo expreso en el artículo 25 de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes. El secreto médico, según ADRIASOLA, «es una manifestación del derecho constitucional a la intimidad, que solo puede ser relevado por el consentimiento expreso de su titular (el paciente) y ni siquiera la Justicia puede relevar al médico contra la voluntad del titular del secreto».²⁹ Todo ello siempre que nos hallemos ante un menor maduro. En caso de conflicto entre la voluntad del menor

28 ARANCIBIA FLEITAS, Yairis (s/f., p. 935).

29 ADRIASOLA, Gabriel (2008, p. 213): «No existe, entonces, la menor duda de que el menor de 18 años puede ser titular del secreto médico y, como contrapartida, el médico está obligado no solo a guardar dicho secreto, sino a defenderlo en función de su naturaleza estatutaria. Esta significa que el médico no solo está obligado a guardar silencio, sino también a ejercer una defensa proactiva del secreto del que es depositario».

maduro y sus padres o representantes legales, debe prevalecer la voluntad del menor, por cuanto, de acuerdo con ADRIASOLA, afecta bienes como la libertad, la salud y la vida del paciente. Si hay dudas sobre las condiciones de madurez del menor, el médico debe acudir al juez o al Ministerio Público. Y, reiterando lo ya expresado en párrafos anteriores, también la evaluación de la madurez del menor debe ser un acto médico diferente para cada caso. Evidentemente, en este aspecto, la patria potestad retrocede. ADRIASOLA es terminante cuando afirma que «la confidencialidad es un derecho humano de los niños sin discusión alguna».³⁰ Ahora bien, para aceptar este aspecto del derecho de la personalidad, se requiere previamente un consentimiento informado, puesto que es el médico quien efectiviza la autonomía del paciente. Constituye la base para comprender la situación planteada, los valores en juego, las posibles opciones y sus consecuencias previsibles, con la finalidad de tomar una decisión coherente. Por tanto, el médico no puede actuar sin el previo consentimiento informado, salvo en algunas situaciones excepcionales.³¹

En definitiva, el tema nos conduce al rol de los padres en esta área. Se ha dicho que no tiene sentido que los supuestos jurídicos relacionados con la personalidad se adecuen siguiendo esquemas inicialmente pensados para situaciones patrimoniales, pues el ámbito de la personalidad debe tener su propio sistema de protección. Así, DE LAMA AYMÁ expresa:

Si en la esfera patrimonial comienzan ya a quedar obsoletas y deben matizarse, en el de la personalidad son inaceptables. La capacidad natural debe operar tanto en el ámbito patrimonial como en el de la personalidad. En el ámbito patrimonial, también la capacidad de obrar es una manifestación de la personalidad, pero solo de forma indirecta, pues los derechos patri-

30 ADRIASOLA, Gabriel (2008, pp. 215 y 216): «La Convención Iberoamericana [de los Derechos de los Jóvenes] sostiene que, a partir de los 15 años, si un joven no puede ser disuadido por el médico de realizar un aborto y este manifiesta un conflicto de intereses con sus padres, en principio el médico debe tratarlo como un mayor de edad si se dan las condiciones propias de una adolescencia madura».

31 BERRO ROVIRA, Guido (2013, p. 19); DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja D. (2018, p. 221): «La capacidad del menor debe ser evaluada siempre». CASADO BLANCO, Mariano *et al.*: «La doctrina mayoritaria estima que prima la capacidad natural sobre la jurídica, ya que el precepto (artículo 6.2 del Convenio de Oviedo) reconoce, al contrario, la facultad del menor de autorizar la práctica de la intervención de que se trate, otorgando a su opinión una importancia creciente “en función de su edad y de su madurez”». Con referencia al derecho español, agrega: «Respecto de la asistencia sanitaria, no es preciso el consentimiento por representación en los menores que han cumplido 16 años. Es lo que se ha llamado *emanipación sanitaria* y mal llamada *mayoría de edad sanitaria*, en cuanto se entiende que tras cumplir 16 años el paciente se encuentra legitimado y con capacidad suficiente para entender y comprender el acto médico en su totalidad, en lo referente a la naturaleza, los riesgos, las consecuencias y la finalidad de este, por lo que estaría capacitado para dar un consentimiento válido». CASANOVA TORRADO, Pablo (p. 246): «En caso de conflicto con sus padres, rige el principio de beneficencia, que predica la necesidad de realizar lo más beneficioso para el paciente».

moniales no recaen sobre cualidades directas del individuo, como acontece con los derechos de la personalidad.

Considera que, si bien en ciertos casos puede suscitarse alguna incertidumbre para el tercero en relación con si debe contratar con el representante legal o debe hacerlo con el menor, «ello no acontece con los derechos de la personalidad, donde, como regla general, solo afecta al menor en su actuación con suficiente autogobierno». Y agrega:

La protección de los intereses económicos del menor que persigue el ordenamiento jurídico queda garantizada en la esfera patrimonial con la intervención del representante legal, incluso cuando el menor tuviera la suficiente madurez para hacerlo, en tanto que, en el ámbito de la personalidad, la intervención de los padres cuando el menor tiene la suficiente capacidad natural es un menoscabo directo de los intereses existenciales que se pretende tutelar y, por tanto, debe evitarse, de modo que el menor de edad pueda ejercer sus derechos fundamentales siempre que tenga suficiente autogobierno. [...] Todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales.³²

b. UN MUNDO APARTE (POR EL MOMENTO): LA CAPACIDAD PATRIMONIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Ya hemos adelantado algunas consideraciones sobre este punto. Al examinar las legislaciones nacionales, todo parece indicar que estas han sido cautas a la hora de regular la capacidad de los niños, niñas y adolescentes respecto de su patrimonio, y muchas de ellas se inclinan por mantener en esa etapa de la vida una carencia de espacios de autonomía privada. Se ha afirmado que

la circunstancia de que la personalidad del menor, por su temprana edad, todavía no está plenamente definida lo convierte en un sujeto que debe ser protegido en el ámbito negocial, por su inexperiencia, por su poco conocimiento del valor de los bienes y, en última instancia, por el riesgo que soporta el ser más fácilmente engañado por la otra parte contratante.³³

No obstante, algunas legislaciones se han atrevido a reconocerles la capacidad de obrar en aquellos actos definidos como de la vida cotidiana, o sea, pequeños negocios privados de particular relevancia económica, como la compra de un libro o un periódico, la compra de un boleto para trasladarse en un medio de transporte, la adquisición de una entrada a un espectáculo deportivo o musical y la compra de los materiales de estudio. Sin duda, en un sentido estricto, estos actos estarían privados de validez, pero el legislador ha considerado que debe haber un período de adiestramiento previo a la mayoría de edad, por lo que estos actos negociales de la vida cotidiana beneficiarán el desarrollo de la personalidad del menor.

32 DE LAMA AYMÁ, Alejandra (s/f., pp. 43 y ss.).

33 BERTI DE MARINI, Giovanni (2016, p. 84).

Sin embargo, la doctrina no ha quedado convencida de un ámbito de actuación negocial tan limitado de los niños, niñas y adolescentes, y señala que «la falta de adecuación de las soluciones normativas excesivamente rígidas con el pretexto de proteger al menor acaba por limitar de manera drástica su capacidad de autodeterminarse en el campo negocial» y que la «necesidad de tutela del menor debe ser interpretada también como la exigencia de dotarlo de todos los instrumentos necesarios para garantizarle un crecimiento progresivo y equilibrado». ³⁴ Todo estaría indicando que hay que evitar que el menor de edad sufra un tránsito brusco y repentino hacia la capacidad plena, por lo que la solución rígida en materia patrimonial también estaría exigiendo su reformulación. ³⁵

BERTI DE MARINI se pregunta

si debe seguirse presenciando una orientación que ubica en primer plano la protección estática del menor a través de la conservación de su patrimonio o si, por el contrario, debe iniciarse una nueva aproximación a la materia, dirigida a fomentar el desarrollo de su personalidad.

Apoyado en este último sentido, considera que la personalidad del individuo también se manifiesta externamente, a través de la conclusión de negocios jurídicos, por lo que debe evitarse un exceso de tutela estática e inclinarse, más bien, a privilegiar una tutela dinámica que le permita al menor de edad actuar más ampliamente, acorde a su grado de madurez, sin que sea tachado de nulo el negocio contractual que haya realizado. De lo contrario, afirma el autor, «privar al titular de un derecho de la posibilidad de ejercitarlo equivale, de hecho, a vaciarlo de contenido». ³⁶ Las reflexiones de este tenor no estarían indicando una liberación plena del menor, sino

34 BERTI DE MARINI, Giovanni (2016, p. 85).

35 PINTO ANDRADE, Cristóbal (s/f., p. 3): «No puede pretenderse que un sujeto incapaz adquiera la capacidad plena obviando cualquier situación intermedia. [...] Cabe preguntarse si la capacidad de obrar del menor y su sujeción a los diversos aspectos de la patria potestad de sus padres es absoluta o, más bien, limitada. O dicho de otro modo: si es siempre la misma o es graduable en el tiempo».

36 «La maduración del individuo es un proceso progresivo, que el ordenamiento jurídico debe estimular, lo cual solo puede conseguirse atribuyendo gradualmente al menor todas aquellas facultades que, una vez que sea completamente maduro, pueda ejercitar de modo pleno y absoluto. El hecho de que la conclusión por parte del menor pueda causar un daño a su patrimonio no es razón suficiente para eliminar de modo drástico la posibilidad de celebrarlo. Ciertamente, la necesidad de prever sanciones invalidantes persiste; lo que sucede es que debe ampliarse necesariamente el margen de autonomía reconocido al menor para concluir negocios válidos. Si el principio personalista se coloca en el centro del ordenamiento jurídico con valor axiológico, debería fomentarse la posibilidad de que el menor —incluso perdiendo dinero— pudiera actuar según sus propios intereses con tal de que estos fuesen legítimos y merecedores de protección en razón de su edad. Por consiguiente, resulta necesario abandonar concepciones paternalistas del derecho y afirmar que el menor es un individuo que debe ser considerado un sujeto capaz de celebrar válidamente actos encaminados a alcanzar intereses merecedores de tutela en relación con su edad, a través de los cuales pueda ir desarrollando su personalidad» (p. 97).

reconociendo que hay una tensión entre los deberes de los progenitores y la autonomía progresiva del hijo, por lo que también parece adecuada la implementación de un sistema mixto para determinar su capacidad de ejercicio, «caracterizado por una variable rígida (la edad) y otra flexible (la madurez para el acto)». Por tanto, la capacidad de ejercicio variará según la naturaleza del acto a ejercer: en algunos se considerará solo la edad; en otros, únicamente la madurez, y, finalmente, estarán aquellos actos que requieran el cumplimiento de las dos exigencias.³⁷

El tema sigue en debate, pues otra parte de la doctrina considera que «limitar la autonomía a corto plazo permite maximizarla a largo plazo —de esta forma, el menor puede aprender de sus padres cómo actuar libre y responsablemente—», que «la incorporación del deber de requerir el consentimiento del hijo adolescente ciertamente constituye una aplicación del principio de la autonomía progresiva en relación con la administración de los bienes del hijo»³⁸ y que, por el momento, sería suficiente.

Llegados a este punto, cabría pensar que la medida más adecuada consistiría en determinar la capacidad de obrar según el acto a realizar. Porque obsérvese que en el mundo actual los niños, niñas y adolescentes se lanzan a realizar actividades onerosas a una edad cada vez más temprana: jóvenes que integran bandas de rock que se vuelven mundialmente famosos y recaudan sumas millonarias; jugadores de fútbol a los que se les descubren en la infancia cualidades extraordinarias, como fue el caso de Lionel Messi; virtuosos del violín, el piano o cualquier instrumento musical, o del empleo de su propia voz, etcétera. La vida diaria nos interpela brutalmente sobre las categorías legales en las que ubicamos a los menores de edad. ¿Puede otorgársele al niño, niña o adolescente la administración y la disposición del patrimonio ganado con su esfuerzo y negarle aquel recibido por herencia, legado o donación? Estos cambios sociales han repercutido en el ámbito jurídico. Piénsese en el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos pertenecientes al peculio ordinario. En el derecho argentino, la respuesta de algunos autores ha sido drástica:

Conceder solo la administración y la disposición de los bienes adquiridos por los niños y jóvenes que trabajan y someter el resto de su patrimonio al usufructo paterno-materno resulta inconstitucional, pues desconoce el fun-

37 PELLEGRINI, María Victoria (2009, p. 6): «Las ventajas [del modelo mixto] son que equilibra la protección ante la vulnerabilidad y el reconocimiento de las capacidades en evolución del niño, incrementa el respeto a las capacidades del niño, permite cierta flexibilidad y respeta las diferencias. Las desventajas radicarían en que se presentarían dificultades para cada niño en la demostración de sus habilidades y en que la ausencia de límites puede ser utilizada por los responsables del niño para obstaculizar su ejercicio y, en suma, aquellas ventajas ya reseñadas para los modelos que no establecen límites fijos».

38 Busso, Giuliana (2019, p. 2).

cionamiento pleno de la adquisición progresiva de habilidades para el ejercicio de los derechos al establecer una distinción carente de justificación.³⁹

El Código Civil y Comercial de la República Argentina ha propiciado un cambio que se orienta en esa dirección: el artículo 685 ya no permite a los padres usufructuar los bienes de sus hijos, sino solo la administración.

3. LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Realizaremos la misma división que hemos llevado a cabo en las páginas precedentes para su mejor comprensión.

3.1. Derechos de la personalidad

Es en esta área en la que se ha cambiado sustancialmente el tratamiento y la consideración de los niños, niñas y adolescentes, con excepción del Código Civil.

3.1.1. Código Civil de 1868

A pesar de la evolución experimentada en el derecho comparado, el Código Civil de Uruguay ha mantenido el término *patria potestad* para señalar los derechos y los deberes de los padres en relación con sus hijos menores de edad, lo cual parece apartarlo de la corriente general. Si bien reconoce que «son personas todos los individuos de la especie humana» y, por tanto, todos tienen capacidad de goce, respecto de la capacidad de ejercicio, se adquiere plenamente a los 18 años. Y establece la edad mínima para celebrar matrimonio a los 16 años. Los mayores de 12 y 14 años, según sea mujer o varón, pueden otorgar testamento, otorgar un contrato de depósito, celebrar capitulaciones matrimoniales. Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, salvo excepciones, y el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) les da derecho a reconocer un hijo extramatrimonial, pero si son impúberes, se requiere aprobación judicial, etcétera.

3.1.2. Código de la Niñez y la Adolescencia (ley 17.823, de 2004)

A partir de la sanción de este código se ha producido un giro copernicano en el tratamiento y la consideración jurídica de los niños, niñas y adolescentes. La influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño es claramente perceptible, al punto de que su ascendencia no solo está marcada en el texto

39 PELLEGRINI, María Victoria (2009, p. 7).

original, sino igualmente en las sucesivas y numerosas modificaciones que ha tenido con posterioridad, que lo acerca aún más al texto convencional. El código se aplica «a todos los seres humanos menores de 18 años» y considera «niño a todo ser humano hasta los 13 años y adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años». Su capacidad de goce se encuentra consagrada en el artículo 2, que afirma que «todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas». Se considera a los niños, niñas y adolescentes sujetos en desarrollo, lo que amerita la protección de su familia, la sociedad y el Estado. El artículo 6 define el interés superior del niño, niña y adolescente como «el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana». «En consecuencia, este principio no podrá invocarse para menoscabo de tales derechos», concluye.

El código contiene dos artículos eje. El primero es el 8, que establece:

Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este código y las leyes especiales. En todo caso, tiene derecho a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Podrá acudir a los tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

El segundo es el artículo 9, que considera:

Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, descanso, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, religión, etnia o condición social.

El artículo 11 consagra el derecho a la privacidad de sus vidas y el artículo 11 bis les reconoce el

derecho a la información y acceso a los servicios de salud, inclusive los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda. De acuerdo a la edad del niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos médicos que pudieran corresponder se adopten en concurrencia con sus padres u *otros referentes adultos de su confianza*, debiendo respetarse, en todo caso, la autonomía progresiva de los adolescentes. En caso de existir un riesgo grave para la salud del niño, niña o adolescente y de que no pudiera llegarse a un acuerdo con este o con sus padres o responsables del mismo en cuanto al tratamiento a seguir, el profesional podrá solicitar el aval del juez competente en materia de derechos vulnerados o amenazados de niños,

niñas y adolescentes, quien, a tales efectos, deberá recabar la opinión del niño, niña o adolescente, siempre que sea posible [énfasis agregado].⁴⁰

El artículo 12 bis prohíbe el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante como forma de corrección o disciplina de niños, niñas y adolescentes, y dispone que el Estado promueva, en cambio, formas de disciplina positivas, participativas y no violentas.

Pero, a su vez, el niño no solo tiene derechos, sino que debe cumplir deberes, especificados en el artículo 17, entre los cuales se destacan el de respetar y obedecer a sus padres o responsables, siempre que las órdenes de estos no lesionen sus derechos ni contravengan las leyes ni el cuidado y el respeto de su vida y su salud.

En los casos de adopción plena, el artículo 140 exige que el niño, niña o adolescente preste su consentimiento, pero si no es capaz de hacerse entender de ninguna forma, exige que preste el consentimiento su defensor, que se le designará a tales efectos. El artículo 160 señala que todo adoptado tiene derecho a conocer su condición de tal a la más temprana edad, dentro de lo que sea aconsejado a los padres, según el caso concreto.

El artículo 162 fija la edad de 15 años para que los adolescentes puedan ejercer cualquier empleo público o privado. Hay un control exigente en cuanto a la posibilidad de que los adolescentes trabajen. Y el artículo 178 le reconoce a todo adolescente que trabaje el derecho a la administración exclusiva del salario o la remuneración que perciba, que debe serle abonada directamente, siendo nula cualquier renuncia a sus derechos.

3.1.3. Ley 18.426, de Defensa del Derecho a la Salud Sexual y Reproductiva, de 2008

Esta ley inicia una regulación más precisa de los derechos de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en cuanto a la defensa de su derecho a la salud sexual y reproductiva. El artículo 1 determina que «el Estado garantizará condiciones para el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población». La misma ley modifica el CNA al incluir el artículo 11 bis, que establece que

todo niño, niña y adolescente tiene derecho a la información y acceso a los servicios de salud, incluidos los referidos a la salud sexual y reproductiva, debiendo los profesionales actuantes respetar la confidencialidad de la consulta y ofrecerle las mejores formas de atención y tratamiento cuando corresponda,

40 Obsérvese que la intervención cada vez más frecuente de «adultos de confianza» del menor recorta las posibilidades de actuación de los padres en el ejercicio de la patria potestad.

por lo que está consagrando el derecho a ser informado en materia de salud sexual y reproductiva, y a mantener la confidencialidad.

El inciso 2 del artículo 11 bis agrega que,

de acuerdo a la edad el niño, niña o adolescente, se propenderá a que las decisiones sobre métodos de prevención de la salud sexual u otros tratamientos que pudieran corresponder se adopten en concurrencia con sus padres *u otros referentes adultos de su confianza*, debiendo respetarse en todo caso la autonomía progresiva de los adolescentes. [Énfasis agregado]

O sea que este inciso reconoce la capacidad progresiva de los adolescentes de tomar decisiones que se refieran a ese aspecto de la salud y dispone que pueden ser acompañados, pero no sustituidos, por sus padres o el adulto de su confianza al cual se hayan dirigido.

El inciso final del mismo artículo pretende regular el conflicto de intereses entre el niño, niña o adolescente y sus padres o responsables, conflicto que será resuelto por el juez a petición del médico tratante, haciendo mención expresa de que la materia son «los derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes» y de que el magistrado tiene la obligación de «recabar la opinión del niño» y hacer valer su derecho a ser oído «siempre que sea posible».

3.1.4. *Ley 18.620, sobre el Derecho a la Identidad de Género y al Cambio de Nombre y Sexo en los Documentos Identificatorios, de 2009*

Reconoce, en el artículo inicial, que «toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro». Autoriza, además, la adecuación de la mención registral de su nombre, sexo o ambos cuando estos no coincidan con su identidad de género.

3.1.5. *Ley 18.895, sobre la Restitución de Personas Menores de 16 Años Trasladas o Retenidas Ilícitamente, de 2012*

Considera, en el artículo 16, que puede rechazarse la solicitud de restitución: «A) si se comprobare que la persona de menos de 16 años de edad se opone por motivos fundados a regresar y, a juicio del tribunal, su edad y madurez justificare tomar en cuenta su opinión». Y el inciso 3 del artículo 19 establece que «se oirá a la persona de menos de 16 años, a las partes y al Ministerio Público (en la audiencia al respecto)» y que, «de acuerdo con la edad y circunstancias de la persona cuya resolución se solicita, será oída directamente por el tribunal o a través de profesionales especializados designados por el tribunal».

3.1.6. Ley 18.987, sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo, de 2012

Contiene el artículo 7, relacionado con el consentimiento de los adolescentes, que dice:

En los casos de mujeres menores de 18 años no habilitadas, el médico ginecólogo recabará el consentimiento para realizar la interrupción del embarazo de acuerdo a lo establecido en el artículo 11 bis de la ley 17.823, del 7 de setiembre de 2004, en la redacción dada por el artículo 7 de la ley 18.426, del 1 de diciembre de 2008. Cuando por cualquier causa se niegue el asentimiento o sea imposible obtenerlo de quien debe prestarlo, la adolescente podrá presentarse con los antecedentes producidos por el equipo médico actuante ante el juez competente. El juez deberá resolver, en un plazo máximo de tres días corridos contados a partir de la presentación ante la sede, respecto a si el consentimiento ha sido expresado en forma espontánea, voluntaria y consciente. A tales efectos, el juez convocará a la adolescente y al Ministerio Público, para oírlos y recabar su consentimiento para la interrupción del embarazo, conforme a lo previsto en el artículo 8 del CNA. El procedimiento será verbal y gratuito.

Su decreto reglamentario (375/012) reconoce la presencia de tres principios en esta área: la confidencialidad, el consentimiento informado y el respeto de la autonomía de la voluntad (art. 2).

3.1.7. Ley 19.075, sobre el Matrimonio Igualitario, de 2013

Reconoce, en el artículo 26, el matrimonio sin distinción de sexos y establece los 16 años como edad mínima para contraerlo.

3.1.8. Ley 19.167, sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 2013

Titula el artículo 10 como «Interés superior del menor» y lo explica en los siguientes términos: «El o los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida tendrán derecho a reconocer el procedimiento efectuado para su concepción».

3.1.9. Ley 19.684, Integral para Personas Trans, de 2018

Considera, en el inciso 3 del artículo 21, que, «para que las personas menores de 18 años accedan a intervenciones quirúrgicas genitales irreversibles, con el fin de adecuar su cuerpo a su identidad de género, la autorización o la anuencia de los representantes legales será de precepto». Y en el artículo 6, que, para

el caso de que los menores de edad no obtengan la anuencia de sus representantes legales o sea imposible obtenerlo de quien debe prestarla, podrán

recurrir a los mecanismos previstos en los artículos 110 del Código Civil y 404 del Código General del Proceso, concordantes y complementarias, debiéndose tener en cuenta el interés superior del menor, siendo de aplicación lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los artículos 8 y 11 de la ley 17.823 (Código de la Niñez y la Adolescencia).

3.1.10. *Ley 19.747, de 2019, modifica el CNA en relación con la protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños, niñas y adolescentes*

Refiere a los procedimientos administrativos o judiciales en los que tenga que actuar para recibir un trato digno y «a que, cualquiera sea su edad, se tenga especialmente en cuenta su opinión, necesidades y expectativas para la efectiva restitución de sus derechos, atendiendo en los casos que corresponde el principio de autonomía progresiva; a no ser discriminado; al asesoramiento y patrocinio letrado; a ser acompañado en todas las instancias *por una persona adulta de su confianza*; al respeto de su vida privada, su identidad e intimidad; a ser informado respecto del estado de las actuaciones y las posibles resultancias del procedimiento» (énfasis agregado). Finalmente, el artículo 120.1 obliga a «asegurar el cumplimiento estricto del interés superior del niño».

3.1.11. *Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, de 2005*

Fue adoptada en la ciudad de Badajoz (España) el 11 de octubre de 2005 y considera joven a toda persona nacional o residente en algún país de Iberoamérica que tenga entre 15 y 24 años. Esta convención es compatible con la Convención sobre los Derechos del Niño de acuerdo con lo determinado en el artículo 1. Su objetivo es que los Estados parte se comprometan a «respetar y garantizar a los jóvenes el pleno disfrute y ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales». Y reconoce los siguientes derechos civiles y políticos en el capítulo II: a la vida; a la integridad personal; a la protección contra los abusos sexuales; a la objeción de conciencia; a la justicia; a la identidad y la personalidad propias; al honor; a la intimidad y la propia imagen; a la libertad y la seguridad personal; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de expresión, reunión y asociación; a la libertad de formar parte de una familia, y a la participación en la vida política. El capítulo III enumera los derechos económicos, sociales y culturales: a la educación, a la educación sexual, a la cultura y el arte, a la salud, al trabajo y las condiciones de trabajo, a la protección social, a la formación profesional, a la vivienda, a un medioambiente saludable, al ocio y el esparcimiento, al deporte y el desarrollo.

En lo atinente a la educación sexual, el artículo 23 reconoce que «el derecho a la educación también comprende el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa, así como la información relativa a la reproducción y sus consecuencias», educación que

se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad, orientada a su plena aceptación e identidad, así como a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH (sida), los embarazos no deseados y el abuso o violencia sexual.

El artículo 25 considera que «tienen igualmente derecho a la confidencialidad y al respeto personal de los servicios de salud, en particular en lo relativo a su salud sexual y reproductiva».

3.2. Derechos patrimoniales

La parte relacionada con los derechos patrimoniales permanece incambiada desde la creación del código. Los padres tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, que se extingue al llegar estos a la mayoría de edad, a los 18 años. No obstante, quedan excluidos del usufructo aquellos bienes adquiridos por herencia, legado o donación y los obtenidos por el trabajo o la industria del menor de edad. Para enajenar o gravar los bienes inmuebles de los menores, los padres deben obtener la venia judicial prescrita por el artículo 271 ante una necesidad evidente. En este aspecto nada ha cambiado.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El ordenamiento jurídico uruguayo cuenta con tres instrumentos que refieren a la capacidad de las personas con carácter general: uno, interno, los artículos 17 y 20 de la Ley General de Derecho Internacional Privado, 19.920, del 17 de noviembre de 2020 (que sustituyó al Código Civil); los otros dos se hallan contenidos en los artículos 1 y 2 de los tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1889 y 1940. La pregunta es si la categoría capacidad se adhiere a la distinción tajante entre capacidad e incapacidad o si, por el contrario, estaría permitiendo o contemplando, incluso, la adquisición de una capacidad progresiva de los menores de edad o, como se los menciona actualmente, los niños, niñas y adolescentes. Esto, por un lado. Pero, por el otro, si cubre o no la distinción entre los derechos de la personalidad o extrapatrimoniales y los derechos patrimoniales, o si habría que hacer una reinterpretación excluyendo alguna de las dos áreas que no se compadecen —o, incluso, que no requieren— con la conexión de la ley del domicilio. Antes de abocarnos al análisis de los documentos mencionados, hay dos problemas específicos del derecho internacional privado

que resolver: la extensión de la categoría capacidad y la necesidad, o no, de conectarla a una ley específica.

4.1. La posibilidad de hablar de *competencia* en lugar de *capacidad*

El término *competencia* surgió en el derecho anglosajón a raíz de la solución del caso Gillick versus Norfolk and Wisbech Area Authority. En 1986 la señora Gillick se opuso a que a sus cinco hijas menores de 16 años se les suministraran anticonceptivos sin su autorización. La Cámara de los Lores desestimó el pedido de la madre, porque se consideró que «el derecho de los padres solo existe para beneficio de los hijos y para permitir cumplir con sus deberes» y que «el derecho de los padres a decidir si sus hijos deben seguir o no un tratamiento médico concluye cuando los hijos se encuentran en condiciones de comprender la sugerencia propuesta», puesto que *la competencia* o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende solo de la edad, sino también de la madurez del niño, niña o adolescente y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión. A partir de aquí, el concepto de competencia es el comúnmente usado en materia de derechos sexuales y reproductivos, y ha sido acogido por la doctrina argentina —no por el Código, que habla de *capacidad*— al comentar su Código Civil y Comercial.

La pregunta que nos interpela es si la capacidad respecto de los derechos de la personalidad debería mantenerse dentro de la categoría tradicional o si debería otorgársele una solución aparte y diferente. Los textos anotados han permitido crear —al margen de la capacidad general— capacidades especiales, como la capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para testar, y nada impediría que también aconteciera en esta hipótesis. Incluso, sería lo más adecuado, siempre y cuando la solución fuera material y no diera conflicto, y se especificara que los derechos de la personalidad se les reconocen a todas las personas, desde su nacimiento hasta su muerte, en cualquier lugar en que se encuentren. Por consiguiente, se está hablando de la extensión a adjudicarle a la categoría capacidad, que, según nuestro modo de ver, en el futuro debería ser más restringida, al extraerse de su seno el reconocimiento material de los derechos de la personalidad.

4.2. La necesidad, o no, de conectarla a una categoría específica

Como hemos expresado, todo parece indicar, de acuerdo con lo expuesto, que ciertas capacidades no requerirían la conexión a una ley determinada para hacerlas valer ni, sobre todo, para que tengan eficacia (tanto interna como internacional), en tanto que otras necesitarían todavía el auxilio de alguna conexión. Veamos los textos vigentes en la actualidad.

4.2.1. *El Código Civil derogado*

El artículo 2393 del Código Civil determinaba que «el estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio». Se trataba de una regla de conflicto localizadora, clásica, que conectaba al punto de conexión domicilio *todo* lo relacionado con la capacidad o la incapacidad de las personas. Cabe citar, igualmente, el derogado artículo 2396, que consignaba que las relaciones de los padres con sus hijos se rigen por la ley del domicilio matrimonial.

4.2.2. *El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889*

El artículo 1 considera que «la capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio». Luego, el artículo 2 apunta al cambio de domicilio: considera que dicha circunstancia no altera la capacidad adquirida, pero hace una precisión muy específica al mencionar que el criterio de favor en la adquisición de la capacidad es «por emancipación, mayoría de edad o habilitación judicial». O sea que solo en estas tres hipótesis es pensable admitir la eficacia internacional del aumento de la capacidad.

En cuanto a la patria potestad, el artículo 14 establece que lo referente a «los derechos y deberes personales se rige por la ley del lugar donde se ejecuta». El artículo utiliza un verbo poco apropiado: *ejecutar* (como si fuera un contrato). Para entenderlo correctamente, habría que relacionarlo con el artículo 1, que consigna que la capacidad se regula por la ley del domicilio y, como los menores de edad no tienen domicilio propio, sino que viven en el de sus representantes legales, habría que concluir que «los derechos y deberes personales» se regirían por el domicilio de sus progenitores en el ejercicio de la patria potestad. Pero esta solución es solo para «las relaciones personales entre padres e hijos», en otras palabras, para el ejercicio de «los derechos y deberes personales» emergentes de la patria potestad.

Es el artículo 15 el destinado a resolver los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos; y con respecto a su enajenación y demás actos que los afecten, determina que estos se rigen por la ley del Estado donde dichos bienes se hallan situados. En tal caso, debería hacerse, entonces, una clara división entre: *a)* determinar si una persona es capaz o incapaz —lo cual lo resuelve la ley *lex domicilii* de este último, que es el de sus representantes legales (condiciones de la capacidad)— y *b)* tener en cuenta que «los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos» se regulan por la *lex rei sitae* (consecuencias de la capacidad). Normalmente, la jurisprudencia ha aplicado este artículo en los casos de incapaces domiciliados en el Estado A que tienen bienes en el Estado B, a los efectos de tramitar la venia judicial que establece el inciso 1 del artículo 271 del Código Civil. Pero la disposición de marras es mucho más amplia y debe ser entendida del modo correcto, lo cual significa que también debe resolverse del mismo

modo: averiguar si los padres en ejercicio de la patria potestad pueden administrar el patrimonio del menor, si tienen el usufructo de este, qué derechos tienen los progenitores sobre los bienes adquiridos por el hijo con su peculio profesional o industrial, o cuando ha recibido herencias, legados o donaciones con expresa mención de que los padres no tengan el usufructo o, a la inversa, cuál es la capacidad de obrar sobre estos aspectos. Es una solución que debemos calificar de muy incoherente, porque adviértase que los derechos, las obligaciones y las prohibiciones de los padres del menor de edad varían según el Estado donde estén situados los bienes.

4.2.3. *El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940*

Sin duda, los congresistas del siglo XX percibieron el desacierto de la solución de los congresistas del siglo XIX e hicieron algunas innovaciones, tanto en el aspecto de la capacidad como en el de la patria potestad. En cuanto al primer punto, el artículo 1 agrega «la existencia, el estado» a la capacidad, mencionada sola en el texto decimonónico. Pero agrega el principio material de que «no se reconocerá incapacidad de carácter penal ni por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión», lo cual significó —en los años cuarenta— el prelude para un reconocimiento más amplio de los derechos humanos, entre los que se destaca, como en este caso, el de no discriminación.⁴¹

En lo atinente al articulado sobre la patria potestad, el artículo 18 resulta mejorado técnicamente, puesto que consigna que «la patria potestad, en lo referente a los derechos y los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien lo ejercita», lo que viene a coincidir con lo mencionado en los párrafos precedentes. En tanto, el artículo 19 comienza de una manera muy diferente al 15 del tratado de 1889: dice que «por la misma ley [o sea, la ley del domicilio de quien ejerce la patria potestad] se rigen los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad».

El cambio es importante en cuanto a las facultades de los progenitores en el ámbito patrimonial de los hijos: por un lado, centraliza las facultades de los primeros sobre los bienes de sus hijos, *cualquiera sea el Estado donde dichos bienes estén situados*; por el otro, uniformiza el tratamiento al tener que consultar una sola ley y presentarse (eventualmente) ante un único magistrado, y determina las facultades de los padres en este aspecto. No cabe duda de que, desde el punto de vista de la evaluación humana que cabe hacer necesariamente, este magistrado y esta legislación parecen ser

41 Para el caso en que tengan que regular relaciones privadas internacionales que supongan una incapacidad decretada en un Estado parte por los motivos expresados, dicha incapacidad no tiene efectos extraterritoriales. Incluso, pensamos que si un Estado parte consagra tales discriminaciones en el derecho interno, estaría infringiendo el tratado, en cuanto este lo ha considerado un ataque a un derecho humano fundamental.

los más adecuados para decidir si es necesario y beneficioso para el menor gravar o desprenderse de todo o de parte de su patrimonio.

¿Están las tres soluciones del derecho internacional privado anotadas en consonancia con la evolución experimentada en el derecho de familia y, especialmente, en el derecho de la minoridad? Para dar una respuesta adecuada, es necesario distinguir —como lo hemos desarrollado en las primeras páginas— entre los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales de los niños, niñas y adolescentes.

4.3. Los derechos de la personalidad

En cuanto a los derechos de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, ninguno de los tres textos los menciona, lo cual es lógico, dada su antigüedad. Hay que tener en cuenta que la evolución profunda se manifiesta a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño. De todos modos, creemos conveniente analizar el tema de la capacidad acudiendo a la división entre los derechos de la personalidad y los derechos patrimoniales que ha sido desarrollada en las páginas anteriores.

En ninguno de los tres documentos mencionados se habla de la capacidad progresiva, ni del interés superior del menor, ni del derecho a ser oído, ni de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad, etc. ¿Cuál debe ser, entonces, la solución? En nuestra opinión, al ser considerados derechos de la personalidad, no estarían atados a ninguna conexión específica: ni a la nacionalidad, ni al domicilio, ni a la residencia habitual. Esos derechos son inherentes al sujeto —en este caso, el niño, niña o adolescente—, él los «porta» adonde quiera que vaya, por cualquier lugar que transite o se asiente. Esos derechos de la personalidad constituyen una coraza, un blindaje, una armadura *inseparable* de los niños, niñas y adolescentes, quienes, por el solo hecho de ser humanos, gozan, sin más, de su disfrute. En el tema de la salud sexual y reproductiva se habla a menudo de la *indemnidad sexual* de los niños, niñas y adolescentes, expresión que podría ser usada perfectamente con un alcance de carácter general. A mayor abundamiento, diremos, entonces, que los derechos de la personalidad no resultan alcanzados por la normativa analizada ni necesitan de ninguna conexión, porque la única conexión posible es la de ser personas. Gozan, por tanto, de un «pasaporte» internacional y extralegal en ese ámbito.

Solo un apunte final: por más que la legislación uruguaya haya enfatizado en los últimos tiempos el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos de la personalidad no se circunscriben solo a ellos, sino que comprenden tanto la esfera corporal o física de la persona (derechos a la vida, a la integridad física, al aborto, al cambio de género, etc.) como su esfera espiritual (derechos al honor, a la fama, a la propia imagen, a la intimidad personal y familiar, a la identidad personal, etcétera).

4.4. Los derechos patrimoniales

Una vez realizado este recorrido legal y convencional sobre los derechos de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes, cabe preguntarse si la evolución actual, en la consideración de sus derechos fundamentales, no alcanzaría también al ámbito de su patrimonio. Todo parece indicar —al examinar el derecho comparado en las páginas precedentes— que en esta área hay una especie de morosidad (o cautela) en reconocerle la capacidad progresiva para la enajenación o el gravamen de sus bienes inmuebles, pues aún se requiere un control judicial a través de una venia o una autorización u homologación. Ello significaría que la capacidad de obrar o de ejercicio en el ámbito patrimonial y en el plano internacional continúa adecuándose a la solución de conflicto anotada precedentemente.

De todos modos, como hemos señalado, la aguja parece inclinarse a reconocer a los menores ámbitos mayores de competencia si tienen la edad y la madurez suficientes. Por lo pronto, algunos ordenamientos jurídicos permiten, como aprendizaje para la realización de actos futuros de mayor enjundia, que el menor realice actos y contratos de la vida corriente. En algunas legislaciones nacionales los padres ya no tienen el usufructo de los bienes de sus hijos, sino solo la administración, y el menor puede exigirles una rendición de cuentas. Todo parece indicar que la importancia (y la pertinencia) de las soluciones convencionales irá decreciendo a favor de la autonomía progresiva.

Como resumen final, cabría expresar que la capacidad de goce y ejercicio de los derechos de la personalidad no necesita conectarse a ninguna solución conflictual legal o convencional para que puedan protegerse, ejercitarse y hacerse valer, por cuanto forman parte inherente de la naturaleza de la propia persona. En los tres documentos la extensión de la categoría capacidad quedaría, entonces, restringida a los derechos patrimoniales, en tanto y en cuanto estos no sufran una evolución semejante a los derechos de la personalidad.

4.5. La Ley General de Derecho Internacional Privado

Es significativo, sin duda, el hecho de que la redacción de la Ley General de Derecho Internacional Privado se presente luego de 30 años de entrada en vigor la Convención sobre los Derechos del Niño. En este tiempo, como hemos destacado, la convención ha derramado toda su influencia en el pensamiento jurídico acerca de la minoridad en todos los niveles: las constituciones, los códigos, las leyes, los reglamentos, la jurisprudencia, la doctrina e, incluso, las convenciones internacionales que se han aprobado con posterioridad. Es por ello que el numeral 1 del artículo 17 de la ley afirma: «Son personas todos los individuos de la especie humana. Todas las personas físicas gozan de capacidad de derecho». A lo cual habría que agregar el inciso 2 del artículo 20, que consagra tres principios adicionales:

1. La capacidad de ejercicio de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. A efectos de determinar si una posee o no su capacidad de ejercicio, se considera domicilio su residencia habitual. 2. No se reconocerán incapacidades fundadas en razones de carácter penal, de raza, religión, sexo, nacionalidad u opinión. 3. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Finalmente, el artículo 21 —que trata sobre la protección de los incapaces sometidos a la patria potestad— rige su protección por la ley del domicilio del incapaz, definido de acuerdo al artículo 16. El numeral 1 del referido artículo considera que «los menores sujetos a la patria potestad tienen su domicilio en el Estado donde se domicilian sus padres cuando estos ejercen efectivamente su representación»; fuera de este caso, «los menores incapaces se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual». El numeral 2 agrega: «La misma ley rige los derechos y deberes personales entre los incapaces y sus padres, tutores o curadores, salvo las obligaciones alimentarias. Asimismo, rige los derechos y obligaciones respecto de los bienes de los incapaces».

Se nos presenta alguna dificultad en cuanto a determinar los efectos reales de los derechos de la personalidad y patrimoniales en la presente ley y si los niños, niñas y adolescentes pueden actuar por sí mismos (y, en caso afirmativo, con qué margen), prescindiendo de la representación de sus progenitores. Si acudimos a las normas materiales consignadas en esta normativa, no parecería que hubiera obstáculo alguno para reconocerles a los niños, niñas y adolescentes los derechos de la personalidad sin acudir a la representación de sus padres. Solo en el caso de ser necesaria una protección específica del menor de edad habría que considerar el domicilio de sus padres y, en defecto de este, su propia residencia habitual.

En cuanto a los derechos patrimoniales, continúa privilegiándose como ley aplicable (viva o no el menor con sus padres) la residencia habitual, lo cual significa un progreso, porque mira al menor a través del propio arraigo en un determinado medio social, individualizándolo, de alguna manera, como sujeto de derecho. Pero no soluciona aquellos casos en los que tiene amplias facultades para administrar su patrimonio (o más facultades) según la ley del lugar donde sus bienes están situados (basada en la teoría de la capacidad progresiva), en relación con las soluciones legales del lugar de su domicilio o residencia habitual. ¿Cuál de las dos leyes debe prevalecer? Las normas materiales del artículo 17 no nos dan una solución, porque hablan de la capacidad de goce o jurídica. Tampoco lo hace el artículo 20. Además, determina que la capacidad de ejercicio de las personas físicas se regula por la ley del domicilio, pero, por otro lado, menciona que la capacidad —en la medida en que esta sea reconocida— no disminuye por el afincamiento de una persona de un Estado en otro, sino que queda igual o aumenta. Pero ¿qué acontece si un menor de edad, sin cambiar de domicilio, tiene bienes raíces en otro u otros Estados donde se le reconoce una capacidad mayor (o una capacidad progresiva)? ¿Prima-

rá, en este caso, la mayor capacidad (o capacidad progresiva) reconocida en el o los Estados donde tenga su patrimonio o habrá que atenerse a la capacidad más restringida de la ley de su residencia habitual?

5. JURISPRUDENCIA

Ha sido realmente importante el despliegue de la jurisprudencia apoyando las orientaciones antes señaladas. No cabe otra cosa teniendo en cuenta que el verdadero funcionamiento de todo el nuevo sistema, una vez en vigor sus disposiciones, recae sobre el magistrado. Nos resulta imposible, por la extensión de este trabajo, hacer un inventario exhaustivo de la jurisprudencia, por lo que nos limitamos al glosario de unos pocos casos que demuestran la inserción en nuestro derecho de los principios sustentados respecto del menor maduro.

5.1. Sentencia SEF-0010-000081/2014-1 del TAF, de 30 de mayo de 2014

Muestra un caso de violencia doméstica en el que el marido mata a su esposa delante del hijo menor de edad. Este no quiere ver a su padre. El tribunal señala al respecto que, basados en la doctrina denominada *tutelar* (anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño), muchas personas entendían que el de comunicación era un derecho de los adultos respecto de esos niños o adolescentes, como si estos fueran un objeto de su derecho. Tal posición debe cambiar cuando tanto la convención como el CNA establecen que los niños son personas individuales, con todos los derechos que se les reconoce a los adultos. A tales efectos, teniendo presente su condición de personas en desarrollo, la familia, la sociedad y el Estado deben tomar las medidas de protección necesarias para que realmente se efectivicen sus derechos. La sentencia hace una exhaustiva evaluación de la autonomía progresiva y considera que no se trata de un conflicto de lealtades: es la decisión de un hijo que ha perdido a la madre como consecuencia de los actos de su padre, lo que resulta aún más doloroso y lo que ha causado un trauma en el niño. Por otro lado, no hay indicios de que la familia materna haya manipulado la voluntad del menor (síndrome de alienación parental), por lo cual el tribunal termina por respetar su voluntad.

5.2. Sentencia 290/014-2 SW del TA Penal, de 1 de octubre de 2014

Trata del análisis de las relaciones sexuales entre un adulto joven de 25 años y una menor de 13 años de edad para determinar si podían ser calificadas de violación o no. Parte de la consideración de que desde los 12 años, si no existe coacción psíquica y/o física (en cuyo caso se encastra en figuras

penales definidas), el legislador entendió en 1995 que esa persona está con madurez psíquica y física como para consentir libremente la relación sexual, y ningún protagonista judicial puede cuestionar si eso es adecuado, si es moral, si está de acuerdo o no; el legislador ya lo definió. La menor de 12 años aceptó y consintió no solo tener relaciones sexuales con el indagado, sino también el día y el lugar donde tuvieron la primera relación sexual y las posteriores. La ley no distingue la asimetría de edades; la madurez de una persona con respecto a otra no establece los límites, y el intérprete no puede ir más allá, porque sería anteponer su visión de la vida, de la moral o la propia ley, que es lo único que debe aplicar, guste o no. Finalmente, fue la menor quien decidió terminar la relación, puesto que comenzó a gustar de otro chico, y la calificación de violación fue desechada.

5.3. Sentencia SEI-0010-000126/2016-1 del TAF, de 16 de junio de 2016

Este caso es interesante debido a que hace una importante mención del derecho comparado y define el término *competencia*. La madre de un menor de edad le exigió al padre de este que devolviera los gastos en que había incurrido por el hijo, porque alegaba que no los había aportado. El hijo se presentó en el juicio, pero luego, al mostrarle el padre los documentos que demostraban que había cumplido con sus obligaciones, desistió. El fallo considera que el reconocimiento de la autonomía progresiva de la voluntad ha sido recogido de diferentes maneras en los diferentes ordenamientos: unas veces reconociéndolo sobre los derechos de la personalidad; otras, incluyendo cierta capacidad negocial. Considera también que está claro que las nociones tradicionales de menor de edad, capacidad, incapacidad y representación ya no son adecuadas para describir todo el régimen de los actos que involucran al niño o niña, su interés superior y su dignidad. En efecto, una persona puede tener aptitud para decidir ciertas cuestiones pero no otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación. La noción de competencia no es, pues, intercambiable con la capacidad regulada en el Código Civil. Como surge del artículo 8.1 del CNA, este se refiere a los derechos de la personalidad (derechos inherentes a la persona humana); por eso dice que serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades (autonomía progresiva de la voluntad). Por lo expuesto, se consideró que un niño de 10 años no podía entender los documentos de pago que el padre exhibió sin el debido asesoramiento y asistencia.

5.4. Sentencia 15/0272017-8 del Juzgado Letrado de Familia Especializada

Este caso se centra en la tenencia de dos niños con los abuelos paternos, situación que había sido objetada por la familia materna, debido a que

el padre de los niños había matado a su madre en presencia de estos. La sentencia destaca que los derechos de los niños han sido vulnerados por dos razones: por un lado, por el relacionamiento violento entre los padres; por otro, por la excesiva publicidad que los medios de comunicación dieron al caso, lo que habría vulnerado su privacidad y lesionado su derecho a la dignidad. El magistrado consideró que la Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado sobre derechos humanos que, sobre la base de la condición jurídica y social, garantiza el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afecten, pero harán efectivo su derecho conforme a su capacidad madurativa y su edad, de modo que tienen derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en la decisión a tomar. Los niños, de 7 y 10 años, demostraron tener la capacidad madurativa, la personalidad y la salud física y mental para expresar su voluntad, por lo que su querer fue así valorado. Ambos quisieron concurrir a la sala con su abogada y su actitud de absoluta soltura y desinhibición en el diálogo dio cuenta de la posibilidad de brindar su opinión. Cuando uno de ellos no quiso responder algo, como el tema de la novia, puso el límite y dijo: «Eso no lo contesto: es privado». La sede consideró que los padres ya no son titulares del derecho de reproducir en sus hijos su particular concepción del bien ni están facultados para moldear su subjetividad. Ahora pesa sobre aquellos el deber de orientarlos en este proceso. Por ello se exige, en este caso y en todos los de afectación de los derechos de los niños, que se atienda la autonomía progresiva de la voluntad, pues esta dibuja nuevos lindes competenciales que vienen a modificar el universo de las relaciones del Estado con la familia. Los niños rechazaron convivir con su abuela materna porque los insultaba soezmente, trabajaba mucho y se pasaba mirando el celular. Respecto del personal actuante, señalaron:

[Las psicológicas] eran personas buenas. Acá hable con varias personas, pero la más piola sos vos [refiriéndose a la defensora]. Nadie me dijo lo que me iban a preguntar. Yo me estaba esperando algo más serio que esto [se ríe]. Me esperaba que la jueza fuera más seria. Y aquella de allá está muy callada [señala a la fiscal].

Las expresiones reproducidas son elocuentes y los comentarios huelgan. En consonancia con lo expuesto, la magistrada mantuvo la medida.

5.5. Sentencia 166/017-1 del TAF, de 13 de setiembre de 2017

Se centra en el perjuicio que le provoca a un menor de 15 años la decisión de la madre de mudar su domicilio a otro departamento del país. El menor se opuso a la medida, pero no fue oído por su madre, quien, pese a la negativa, igualmente procedió al traslado, lo que le causó un gran desarraigo de su lugar de origen y lesionó claramente sus derechos como persona, por lo que el tribunal resolvió sustanciar la acción de amparo. Se apoya en

el hecho de que en nuestro derecho interno se ha recogido el concepto de *residencia habitual* —nacido en el derecho internacional—, definido como el lugar donde el niño o adolescente tiene su colegio, sus amigos y sus familiares; tan es así que se tiene en cuenta su opinión en casos como el de la restitución internacional (se inclina por la procedencia del amparo).

5.6. Sentencia del TAF 39/018-2, de 2 de abril de 2018

Nos encontramos ante un pedido de restitución solicitado por un padre —radicado en Chile— de ocho hijos —radicados en Uruguay con su madre—, de los cuales siete eran menores de 16 años. De la sentencia surge que el referido padre ejerció violencia contra sus hijos y la madre de estos, quien, en realidad, había consentido el traslado debido a varios indicios (como la entrega en Chile de la casa donde ellos vivían, diversas comunicaciones que fueron aportadas en las que tenía conocimiento de que el conjunto familiar iba a radicarse en Uruguay, etc.). Se demostró, igualmente, que tres de los niños experimentaban episodios de enuresis y encopresis, episodios epilépticos de tipo emocional y la falta de control de los esfínteres, respectivamente. Los adolescentes de 15 y 13 manifestaron que la situación de violencia «hacía mucho tiempo que se había ido de las manos» y que ese movimiento familiar era inevitable como factor de protección. El tribunal considera que, dado lo expresado y otros argumentos, la situación perdió cualquier nota de ilicitud. Se afirma que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos y que el principio del interés superior se impone a las autoridades: no las inspira, sino que las obliga. En virtud del grave riesgo para los niños, se resuelve revocar la sentencia de inferior instancia, debido a que la restitución podría provocarles un peligro físico o psíquico, o una situación intolerable.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ADRIASOLA, Gabriel. «Aproximación al secreto médico del adolescente». En *Revista Médica del Uruguay*, 24, 2008, pp. 212-221.
- AHUMADA, Mirta Ángela. *Responsabilidad parental de los progenitores adolescentes. Impacto de la capacidad progresiva*. Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, 2015.
- ARANCIBIA FLEITAS, Yairis. *El menor de edad como persona: una visión iusfilosófica y teórico-jurídica contemporánea en el ámbito de sus derechos sexuales y reproductivos*, s/f.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo. «La capacidad extra patrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez». En *Ius et Praxis*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 1-23.
- BARTOLDI DE FOURCADE, María Virginia, et al. «El ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. ¿Una cuestión de hecho o de derecho?». En *Anuario del CIJS*, pp. 241-265.
- BERRO ORIBE, Guido. «Consentimiento informado». En *Revista Uruguaya de Cardiología*, 28, 2013, pp. 17-31.
- BERTI DE MARINI, Giovanni. «La protección de los menores en el ámbito contractual». En *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 22, 2016, pp. 80-97.
- BUSSO, Giuliana. «La capacidad de ejercicio de las personas menores de edad para actos patrimoniales en el nuevo régimen civil argentino». En *El Derecho*, 278, 2019, pp. 1-7.
- CASADO BLANCO, Mariano, et al. «Dilemas legales y éticos en torno a la asistencia médica a los menores». En *Revista Pediatría de Atención Primaria*, 2015.
- CASANOVA TORRADO, Pablo. «El consentimiento informado en los menores de edad». En *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 26, 2014, pp. 239-247.
- CILLERO BRUÑOL, Miguel. *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios*, s/f.
- DE LA TORRE OLID, Francisco. *El menor maduro: la doctrina que explica la capacidad natural*, s/f.
- DE LAMA AYMÁ, Alejandra. *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*. Universidad Autónoma de Barcelona. Tesis, s/f.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, Borja D. «El consentimiento informado de los menores. Situaciones problemáticas y el menor maduro. Especial referencia a la STC 154/2002». En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 8, 2018, pp. 213-229.
- DELASCIO, Nelly. «Código de la Niñez y Adolescencia, variaciones procesales introducidas que interesan al escribano». Taller de Técnica Notarial. Montevideo: AEU, 2005, pp. 1-17.
- DELGADO VIZCAÍNO, Luisa María, et al. *Tendencias actuales de la capacidad del menor y su derecho a ser escuchado*. Cuba, s/f.
- DELLE VEDOVA, María Julia. *La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior del menor. Especial análisis de los actos médicos del adolescente*, s/f.

- ESPINOZA COLLAO, Álvaro Daniel. «¿En qué está la familia en el derecho del siglo XXI? El camino hacia un pluralismo jurídico familiar». En *Tla-melaua. Revista de Ciencias Sociales*, año 10, n.º 41, 2016-2017, pp. 222-240.
- FAMÁ, María Victoria. «Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial». En *La Ley*, 463, 2015, pp. 1-16.
- FEIXA, Carles. *Antropología de las edades*. Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales, s/f.
- GAETE, Verónica. «Desarrollo psicosocial del adolescente». En *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 86, n.º 6, 2015, pp. 1-10.
- GARANTO VALLÉS, Patricia. *La autonomía de la voluntad de los menores de edad*. Barcelona: Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona, 2015.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. «Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos». En *Revista de Derecho*, n.º 18, 2018.
- HERRERA, Marisa. «La democratización de las relaciones de familia. Desafíos de la relación entre padres e hijos desde el principio de capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes». En *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, n.º 4, 2011, pp. 17-56.
- HERRERA, Marisa, y SPAVENTA, Verónica. «Vigilar y castigar... El poder de corrección de los padres». En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 10, n.º 1, ago. 2009, pp. 63-83.
- HERRERA, Marisa, y SPAVENTA, Verónica. «Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia. Academia». En *Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, n.º 7, 2006, pp. 123-152.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. «Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014». En *Revista Jurídica La Ley*, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. «La autonomía de la voluntad en el Derecho de familia argentino. El Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea». En *Infojus*, 2014, pp. 3-43.
- KRAUSKOPF, Dina. «Los marcadores de juventud: la complejidad de las edades». En *Scielo*, vol. 23, n.º 42, 2015, pp. 1-8.
- LANDESTOY MÉNDEZ, Pedro Luis. «La capacidad jurídica del menor de edad y el dictamen 4/2014 de la Dirección de Notarías y Registros Civiles». *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año IX, n.º 36, 2015, pp. 119-133.
- LAFFERIÈRE, Jorge Nicolás. «¿Solos con su cuerpo? Capacidad de los adolescentes para los actos médicos en Argentina». En *Revista de Derecho Ucuadal*, 2.ª época, año 13, 2017, pp. 67-100.
- LANDI, Sabrina. «Entrevista con Aída Kemelmajer de Carlucci sobre el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina. Entre la tradición y la innovación del derecho civil codificado». En *Revista de Derecho Privado*, n.º 30, 2016, pp. 371-377.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. *La responsabilidad extracontractual del menor*. Universidad de Alicante, 2001. Tesis doctoral.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Carmen. «Aspectos éticos en la adolescencia: del menor maduro al menor autónomo». En *Adolescere. Revista de Formación Conti-*

- nuada de la Sociedad Española de Medicina de la Adolescencia, n.º 2, 2013, pp. 22-26.
- MEDINA, Graciela. *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación*. AR/DOC/7379772014.
- MILLÁN CALENTI, Rafael Álvaro. «Las edades y la capacidad de obrar en la sanidad: la doctrina del menor maduro». XVIII Congreso. Mesas de Trabajo, vol. 19 (extraordinario), pp. 125-128.
- MUÑIZ, Javier. «Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2, 2012, pp. 105-139.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. «El menor maduro ante el derecho». En *Eidon*, n.º 41, 2014, pp. 28-50.
- PELLEGRINI, María Victoria. «Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad». En *Revista de Derecho de Familia*, n.º 42, 2009, pp. 85-97.
- PINTO ANDRADE, Cristóbal. «El patrimonio de los menores sometidos a patria potestad». En *Noticias Jurídicas*. Artículos doctrinales, s/f.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique. «Niños y jóvenes en el Derecho civil constitucional». En *Derecho Privado y Constitución*, n.º 7, 1995, pp. 167-229.
- RIBERO, Mabel. «Algunas normas del Código Civil luego del Código de la Niñez y la Adolescencia». En *Revista de Derecho UCUDAL*, pp. 209-232.
- RIVERA AYALA, Luis. «La figura del menor maduro (*mature minor*) en materia sanitaria a partir del art. 12 de la Convención sobre los derechos del niño». En *Derecho en Sociedad*, n.º 6, 2013, pp. 1-24.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara. «Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos». En *Ius et Praxis*, año 16, n.º 1, 2010, pp. 55-84.
- SÁNCHEZ JACOB, Marta. «El menor maduro». *Boletín de la Asociación de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León*, vol. 45, n.º 193, 205, pp. 156-170.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. *Minoridad y ancianidad en el mundo actual. Un estudio desde el derecho internacional privado comparado. El testamento vital*. Montevideo: AEU, 2012.
- SANTOS BELANDRO, Ruben. *Derecho civil internacional y de familia*. Montevideo: AEU, 2013.
- SERRANO GÓMEZ, Rocío. «La capacidad negocial del menor adulto». En *Estudios Socio-jurídicos*, 9 (1), 2017, pp. 166-182.
- SIVERINO BAVIO, Paulo, y MUJICA, Jaris. «Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida». En *Derecho PUCP*, n.º 69, 2012, pp. 81-97.
- TOBÓN BERRÍO, Luz Estela. «Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: patria potestad y autoridad parental». En *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 45, n.º 122, 2015, pp. 153-173.

VALENTE, Luis Alberto. *Algunas consideraciones en torno a la aptitud del menor de edad en el Código Civil y Comercial. Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana.*

ZELAYA, Mario, y ARRÚE, Federico Daniel. *La aptitud del adolescente a partir de los 16 años para consentir actos vinculados al cuidado de su propio cuerpo. Nuevas reglas referidas al régimen de capacidad de la persona humana.*