



Centro Cooperativo de Investigación y Formación Para el
Desarrollo Humano. Montevideo Uruguay

Agosto 2020 Número
4 EDICION ESPECIAL

REVISTA URUGUAYA DE DERECHO DE INFANCIA



Presentación

Los artículos que integran este número especial de la Revista, han sido seleccionados entre los trabajos realizados por estudiantes y docentes que participaron en el curso sobre Derecho de Infancia, organizado por el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y por Centro C. de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano, en el marco del convenio de cooperación con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y con el auspicio del Instituto de Políticas Públicas y Derechos Humanos del Mercosur.

AUTORES QUE COLABORARON EN ESTE NÚMERO

Sofía E. Fernández Leyes

Juan Ignacio Franca

María Gabriela Silva

Dra. Micaela Castillo

Dra. Vanessa Méndez Luján

Dr. Diego Fernández Sosa

COMITÉ EDITORIAL

Hugo Barone (h)

Susana Falca

Fabián Piñeyro

Diseño y edición: Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. Montevideo Uruguay

Contenido

Prologo.

Dr. Hugo Barone (h).....pág. 2

De la potesta a la autonomía. Un breve recorrido por la historia de la relación filial en Occidente

Sofía Fernández Leyes.....pág. 3

El Principio de la Autonomía Progresiva y el Instituto de la Patria Potestad.

Juan Ignacio Franca.....pág. 10

La relevancia del paradigma

Proc. María Gabriela Silva.....pág. 15

Los paradigmas interpretativos y la práctica profesional.

Dra. Vanessa Méndez Luján.....pág. 23

Autonomía Progresiva de Niñas, Niños y Adolescentes desde la óptica forense.

Dra. Micaela Castillo.....pág. 27

Orientaciones generales para la determinación del objeto procesal en los ámbitos del Derecho de Infancia y el Derecho de Familia

Dr. Diego Fernández Sosa.....pág. 32



Montevideo, 17 de Agosto de 2020

Con gusto recibo para prologar este valioso conjunto de artículos, primeros frutos del trabajo en los Talleres de Infancia organizados por el Centro Cooperativo de Formación e Investigación para el Desarrollo Humano, y el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, con apoyo de UNICEF y el auspicio del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR.

Estos trabajos, en su conjunto, reflejan la inquietud de las nóveles generaciones por aportar sentidos nuevos a las instituciones del derecho de infancia, analizando la realidad desde una perspectiva crítica.

Con todo lo discutido y discutible que es la utilización en las ciencias sociales del concepto kuhniiano de paradigma, los autores con gran claridad logran exponer las diferencias conceptuales de los actuales modelos de pensamiento en infancia, y las consecuencias que para los derechos de los niños tiene la elección, que de uno u otro, haga el intérprete.

Partiendo de la aplicación directa de principios definidos en la Convención de Derechos del Niño, en especial del principio de autonomía de la voluntad, surge para los articulistas un nuevo sujeto de derecho, para el que ya no basta ser titular de derechos, sino que reclama también la libertad de ejercerlos.

Así los niños y los adolescentes, en su calidad de tales, no solo aparecen como sujetos ajenos al proceso de necesaria pero no vinculante consulta, sino y principalmente, como personas habilitadas a pretender por sí mismas, y con la legitimación para exigir el respeto de su proyecto vital, más allá, y no obstante, la conflictiva puesta a consideración de los jueces por sus padres.

No rehúyen, tampoco los autores, el análisis de las múltiples repercusiones que un cambio de mirada tan profundo implica para la praxis cotidiana de abogados y jueces.

Cambio que por cierto ubican en la consagración normativa de una revolución en las relaciones jurídicas familiares, en tanto sostienen que la versión clásica de la *patria potestas*, ha dejado su lugar a un programa normativo mucho más respetuoso de los proyectos individuales, siempre en construcción y necesariamente abiertos a la diversidad, sin exclusiones por edad, e inclusive, en base al desarrollo personal de la voluntad y el querer.

Se trata en definitiva de excelentes aportes, que nos confirman en la confianza puesta en los jóvenes juristas, garantía del desarrollo y avance de la justicia, como garantía fundamental de los derechos humanos, en especial de los que conciernen a nuestros niños y adolescentes.

Dr. Hugo A. Barone (h)

De la Potesta a la Autonomía.

Un breve recorrido por la historia de la relación filial en Occidente

Sofía Fernández Leyes



Introducción

Este artículo pretende dar cuenta de las transformaciones históricas más importantes en torno a la forma en la cual el Derecho ha regulado el vínculo entre padres e hijos en Occidente.

En el *mundo* romano el vínculo entre padres e hijos se estructuró como una relación de estricta subordinación; ese modelo con variantes y atenuaciones se continuó hasta hace unas décadas.

El Derecho, en su sentido moderno de límite y mecanismo de protección individual, ha alcanzado, en nuestro tiempo, al ámbito de las relaciones familiares y definido una esfera de autonomía y libertad que los padres tienen el deber de respetar; garantizando, de esta manera, las posibilidades de desarrollo autónomo de los hijos. Se produjo, de esta manera, un claro apartamiento de la tradición Latina, a la que, por ejemplo, se afilió nuestra legislación civil hasta, por lo menos, la sanción del Código de la Niñez y la Adolescencia (2004).

Para un correcto entendimiento de esta afirmación, es necesario realizar un análisis de la línea de tiempo en la que ha evolucionado este vínculo, hasta llegar a la actualidad. Camino que ha implicado la elaboración y aplicación de diversas normas internacionales para su regularización, las que han sido ratificadas por el derecho interno (incluido Uruguay), siendo en esta lista, de gran importancia la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que brinda nuevos conceptos para aplicar en la forma de entender el vínculo entre “padres e hijos”, incluso por los terceros como abogados, jueces, etc.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL VÍNCULO

Desde el punto de vista histórico es posible distinguir tres eras bien diferenciadas:

La edad antigua: el Derecho Romano en su forma más clásica, estructuró un régimen que establecía que las familias estaban constituidas por todos los sujetos que convivieran en una sola casa, bajo la

autoridad de una sola persona, el Paterfamilias, el que regía al grupo tanto en lo personal como en lo patrimonial (Adame Goddar)¹.

El Paterfamilias, tenía el poder absoluto sobre sus hijos (y sus esposas, y nietos), por lo que se entiende que se ejercía una patria potestad “temporalmente ilimitada”², que se extendía a las relaciones afectivas y la carrera profesional (militar o de negocios), hasta el fallecimiento del Pater o la emancipación del hijo.

En el Derecho Romano, la libertad de los hijos se limitaba a la representación de la familia en los negocios (que estaban a cargo del Paterfamilias).

El quiebre de este tipo de vínculo comienza con el “avance” del cristianismo, dado que esta religión propició una cierta mengua del poder del Paterfamilias, al quedar sus facultades recortadas por un exhaustivo *código moral*; esa mengua no alcanzó el ámbito de las relaciones económico-familiares.

El vínculo en la Edad Media: tránsito de la antigüedad al régimen feudal que implicó cambios sociales, culturales y económicos muy profundos, modificó también el régimen regulatorio de los vínculos de las familiares. La rígida estructura estamental que va a consolidarse paralelamente a la disolución del orden esclavista y, la relativización del concepto romano de propiedad privada, que pierde su carácter absoluto, le va a dar forma a una nueva estructura regulatoria de los vínculos filiales, cuyos caracteres serán distintos en cada uno de los principales estamentos que compone la sociedad feudal. Aunque en todas los casos, la influencia de la religión va a condicionar la relación de los padres e hijos, de tal forma que “la obediencia a los padres era sinónimo de obediencia a Dios” (Piñeyro F/ Falca S)³.

Para la familia campesina, en la cual era común el gran número de integrantes, el cuidado del vínculo no era primordial, ya que era común la violencia paterna hacia los hijos.

En la familia noble, el vínculo se limitaba al cumplimiento del padre a que se educara a su hijo y su buen posicionamiento económico.

¹ Citado en “El estatuto del niño en la familia” Introducción a la Teoría General del Derecho de Infancia. páginas 53, 53

² Ibídem

³ Obra citada página 56

Para la familia urbana, el régimen a aplicar, era el de predisponer los roles, oficios y futuro de los hijos, cuyo número estaba ya planificado por los padres.

Esto indica que la conceptualización del individuo era nula para este período cultural, ya que los vínculos paterno-filiales eran una mera responsabilidad y cumplimiento social.

En la Modernidad, A hombros de la nueva noción de individuo que va a estructurar todos los aspectos del orden moderno y, de la revitalización del viejo concepto romano de propiedad el vínculo filial, va a ser nuevamente resignificado el ejercicio de la patria potestad, y va a ser entendida como el ejercicio de una libertad básica. Los padres son quienes diseñan autónomamente el futuro de sus hijos, escogiendo su profesión, ideología política, relaciones afectivas, concepción religiosa, etc., limitando al hijo en su libertad individual a ejercerla dentro de lo ya establecido; teniendo en cuenta que, en el contexto, el concepto de individuo comenzaba a tomar fuerza para las relaciones personales en lo laboral y lo comercial.

La influencia del pensamiento moderno se extendió hasta avanzado el siglo XX. Respecto al poder-deber de los padres sobre sus hijos, sigue de alguna manera vigente en muchas formas de pensar. Sabiendo que el Derecho respaldaba a los padres en “el cuidado, protección y desarrollo de sus hijos”. Esto influyó grandemente en el concepto de subjetividad que se formaría socialmente, dado que los padres ejercían un “poder omnímodo” sobre sus hijos, es decir, “administran sus bienes, eligen el centro educativo y hasta la clase de formación y capacitación que quieren para sus hijos”, esto implica que todas las decisiones de los padres sobre los hijos tienen un carácter irrevocable y obligatorio para estos últimos⁴.

Como expresé anteriormente, aún en la actualidad se ven reflejos de ese poder-deber que se consideraba que los padres tenían sobre los hijos. Para comprenderlo es necesario conocer la normativa que abalaba este “poder” y cómo es que se pretende que cambie.

CONSIDERACIÓN DEL DERECHO DE LOS HIJOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

El Derecho Internacional exige de los Estados que participan en los tratados internacionales que los cumplan y los respeten.

⁴ Obra citada página 59

El primer instrumento internacional, más conocido como la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” del año 1948, aprobado con posterioridad a la 2ª Guerra Mundial, en el cual se establece, que los Derechos Humanos tienen, todos, la misma importancia, dándole el deber a los Estados de garantizarlos y protegerlos. Se da un reconocimiento general y urgente de los derechos de los individuos, pero no es precisamente una declaración que regule el vínculo padres-hijos en sus obligaciones y derechos como tales.

En los instrumentos aprobados en el año 1966, llamados Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, son pactos que tienen importancia para el Derecho de Infancia, en tanto que establecen que los Estados están obligados a garantizar y regular el vínculo de los padres e hijos; vínculo que se regula en que los padres son quienes orientan y deciden sobre la educación y formación de los hijos, e incluso tendrán el poder de invalidar una decisión de sus hijos cuando lo consideren necesario. Tratados que, en su contexto histórico, se ubican en la modernidad, período en el que rigió un paradigma que expresa que los padres tienen el poder sobre sus hijos⁵, y por ello están habilitados a imponerles una determinada forma de pensar, de concebir el mundo y su entorno, es decir, que las personas menores de edad carecen de facultad para oponerse a lo que sus padres establecen para su vida. Es relevante destacar que este paradigma comenzó a formarse en base a la interpretación del 6^{to} tratado internacional, muy importante para el Derecho de Infancia, que es del año 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño, este tratado habla específicamente del vínculo que debe existir entre padres e hijos, y las obligaciones y derechos de unos y otros.

Con especial importancia, su artículo 5º establece: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*, esto significa que a ojos del paradigma opuesto al de “la escucha”, llamado “de la autonomía”, el niño debe ser tomado como una persona independiente, capaz de formar su propia concepción del entorno (considerando su edad y desarrollo), aunque siendo guiado por sus padres o responsables, pero no con una línea de pensamiento dependiente de su autorización

⁵ Piñeyro F. – Falca S. *“El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía”*

o control. Entendiendo que es la forma de llevar a cabo lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, referido a un concepto importante que es “la autonomía progresiva” de estos, con la edad que van adquiriendo y su potencial para ser ciudadanos plenamente capaces.

Considerando que se trata de Pactos Internacionales, es necesario que los Estados los lleven a cabo por medio de la normativa interna (ratificando tal tratado); al hacerlo, el Estado no continúa en una actitud pasiva, sino que, por el contrario, será el responsable de su implementación.

ROL DEL ESTADO EN LA REGULARIZACIÓN DEL VÍNCULO PADRES-HIJOS

No será solamente función del Estado respetar los tratados internacionales, sino de llevarlos a la práctica, tal como establece el artículo 2º del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *“Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas [...] hasta lo máximo de los recursos de que disponga [...] para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”*; y como a su vez establece el artículo 23º de dicho Pacto, solicitar ayuda a la Comunidad Internacional en caso de *“no poder utilizar el máximo de posibilidades en cuanto a políticas y recursos financieros disponibles en el ámbito interno estatal”*, la cual deberá prestarle socorro. Por tanto, el Estado deberá garantizar la protección al niño y su familia por medio de políticas sociales, las cuales cubrirán las necesidades básicas, promoverán el progreso social, elevando el nivel de vida de las familias.

Esencialmente, deberá por medio de su actuar, garantizar que el instituto de la patria potestad, por medio del cual (según el Código Civil uruguayo en su Título VIII, y el Código de la Niñez y Adolescencia) se les exige a los padres *“un conjunto de obligaciones y derechos orientado a la protección de los hijos menores de edad (...) y al desarrollo de estos”*, se cumpla efectivamente, ya que a los ojos de la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce a la infancia y adolescencia como “modos particulares de lo humano”, lo que quiere decir que, los niños son “ciudadanos en formación” (Piñeyro F.)⁶, y estos participan de la vida social y política en la comunidad a la que pertenecen, por lo tanto, es obligación del Estado que se garanticen los medios para que en el desarrollo de niños y adolescentes como futuro ciudadanos, se hayan dado las

⁶ Piñeyro F. *“La autonomía progresiva como manifestación de la libertad”*. Rev. Uruguaya de Derecho de Infancia. Centro C. de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano 2017

condiciones de una socialización adecuada, teniendo en cuenta que el primer agente socializador influyente en un ser humano, es la familia.

CONCLUSIÓN:

Es por medio de la Convención de los Derechos del Niño que se ha roto con el pensamiento tradicional de que la educación/formación de un hijo es pura y exclusiva responsabilidad de sus padres, ya que esto significaría una reproducción de ideas y conceptos de generaciones a generaciones, que no permitirían la independencia de pensamiento e impedía a los individuos desarrollarse como sujetos autónomos.

La Convención se orienta decididamente hacia la protección de la autonomía progresiva de niños y adolescentes, no solo frente a las intromisión indebida de los padres, sino también de terceros que puedan tener gran influencia en su desarrollo, en determinadas circunstancias como podrían ser, por ejemplo, un abogado

El Estado debe ser la vía de ejecución de las garantías consagradas por los tratados internacionales que ha ratificado, asumiendo su responsabilidad frente a la comunidad internacional. De allí que sea un deber jurídico internacional de nuestro estado garantizar a todos los niños y adolescentes una esfera de libertad personal que permita su desarrollo como sujetos autónomos.

BIBLIOGRAFÍA:

Carballeira Rifón, Yolanda. “La evolución del lugar del padre a través de la historia y en la consulta terapéutica. Cambios en la estructura psíquica del niño actual”. Revista de la Sociedad Española de Psiquiatría y Psicoterapia del Niño y del Adolescente SEPYPENA N°48 Año: 2009

Falca Susana- Piñeyro Fabián. “El Estatuto del Niño en la Familia” Introducción a la Teoría General del Derecho de Infancia. Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. 2016

http://centrocooperativo.org/wp-content/uploads/2016/10/derecho_de_infancia.pdf

Falca Susana- Piñeyro Fabián. “El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía”

<http://centrocooperativo.org/wp-content/uploads/2020/05/Paradigma-de-la-escucha-y-paradigma-auton%C3%B3mico.pdf>

Piñeyro Fabián. “La autonomía progresiva como manifestación de la libertad”. Revista Uruguaya de Derecho de Infancia N° 0. Dic. 2017 Centro C. de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. Montevideo, Uruguay

Enlaces

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

<https://www.seypna.com/articulos/evolucion-lugar-padre-historia/>



El Principio de la Autonomía Progresiva y el Instituto de la Patria Potestad.

Juan Franca Vidal.

El principio de la autonomía progresiva aparece como proposición normativa con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 5ª, *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”* y ratificado por el Estado uruguayo mediante la ley 16.137.

La autonomía progresiva como principio, una de las cuestiones que abarca, es la forma en la cual debe regirse la relación entre el menor y su representante legal, ya sean tutores o padres. Este principio consiste en que, a las personas menores de edad, se les debe de otorgar la libertad de desarrollarse por sí mismo, en los diferentes ámbitos de la vida, y de forma progresiva a medida que crece y se desarrolla.

Estamos hablando de que el niño, pueda tomar decisiones en torno a la forma de vida que quiere llevar adelante con respecto su forma de pensar, de sentir, sus creencias y que tipos de conductas configuran su personalidad.

Por otro lado, la autonomía progresiva le quita al representante legal ese rol de conductor en cuanto a la vida del niño refiere, pasando a ser el encargado de proporcionar al mismo, las herramientas necesarias para que, por sí mismo, pueda decidir con respecto al tipo de persona que quiere ser dentro de su comunidad y así generarle al niño un sentido de la responsabilidad desde una temprana edad.

Esta nueva forma de pensar la relación entre el niño y sus representantes está en consonancia con las concepciones aceptadas por las democracias modernas; fomentando la pluralidad de filosofías de vida, formas de pensar y la tolerancia entre los sujetos que piensan y actúan de manera diferente.

También podría decirse que ayuda a la formación intelectual de las nuevas generaciones, promocionando en ellas un espíritu crítico y libre que será fundamental a la hora de transitar por la enseñanza formal.

A medida que este modo de relación intrafamiliar se vaya propagando, va a ir disminuyendo aquel proyecto de individuo formado para respetar órdenes jerárquicos y estructuras de funcionamiento

preestablecidas sin cuestionarse sus implicancias morales y subjetivas. Siendo estas concepciones que aportan y enriquecen de forma significativa al progreso de una sociedad más democrática.

El principio de la autonomía progresiva “*convive*”, al menos formalmente, con estructuras normativas y dinámicas institucionales y vinculares, inspiradas en una concepción en torno a los vínculos filiales muy distinta de aquella que sustenta, en el orden conceptual y valorativo, a dicho principio. La más importante de dichas estructuras es, sin lugar a dudas, el instituto de la patria potestad, por ello resulta imperativo realizar un análisis encaminado a determinar qué tan desajustado se encuentra, el instituto de la patria potestad tal como está regulado en el orden jurídico nacional, con el principio de la autonomía progresiva consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El instituto de la patria potestad está definido formalmente por el artículo 252 de Código Civil y establece que “es el conjunto de derechos y deberes que la ley le atribuye a los padres en la persona y en los bienes de los hijos menores de edad”.

La patria potestad es uno de los institutos más antiguos de la historia del derecho. El Derecho Romano lo definía como “el poder que tienen los padres sobre sus hijos” y vemos que nuestro código, al decir que es el derecho que tienen los padres sobre la persona de sus hijos menores, no se aleja mucho de ese concepto arcaico y sumamente contrario al principio de la autonomía progresiva. De hecho, el artículo 259 usa el mismo término que usaban los romanos: “los padres pueden exigir de los hijos que están en su PODER...”. (Mayúscula me pertenece)

Como vemos el instituto de la patria potestad está regulado en base al paradigma de “raigambre latina” ya que coincide con las costumbres de la antigua Roma, que consiste en que los padres del *menor* tienen las más amplias facultades para poder dirigir en su totalidad la vida de éste, ya sea con respecto a que valores inculcarle, su educación y la administración de sus bienes.

Estas concepciones establecidas en el instituto de la patria potestad son contrarias al principio de la autonomía progresiva, debido a que esta última le quita ese poder absoluto que tienen los padres sobre sus hijos, por lo tanto les entrega un rol más bien de auxiliar del niño, debiendo brindarle todas las herramientas para que éste, por sí mismo, pueda tomar decisiones en los distintos ámbitos de su vida a medida que se desarrolla como persona.

Además de analizar las contradicciones conceptuales que tiene el instituto de la patria potestad y el principio de la autonomía progresiva, que reitero, es un principio vigente en nuestro ordenamiento jurídico, dado que está establecido en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que fue ratificado por el Estado uruguayo, expondremos cuáles son los artículos que regulan

dicho instituto que reflejan de forma más clara cuán apartado está del principio de la autonomía progresiva.

Cómo ya se adelantara, el artículo 252 en su definición de la patria potestad denota una serie contradicciones con respecto a lo que consagra el principio de la autonomía progresiva, ya que establece ese poder de naturaleza imperativa que tienen los padres sobre sus hijos.

El artículo 253 dice:

“Cualquiera de los padres podrá solicitar la intervención del Juez Letrado competente para corregir o prevenir los actos o procedimientos del otro que considere perjudiciales para la persona o bienes del menor, con arreglo a lo determinado en los artículos 288 y siguientes de este Código”.

Se puede apreciar que el artículo brinda una solución contraria a la autonomía progresiva.

Uno de los progenitores puede solicitar la intervención de un juez cuando crea que las decisiones que quiere tomar el otro progenitor sobre los bienes o la persona del *menor* lo van a perjudicar, y no se prevé que el magistrado exija, como requisito previo, que el niño o el adolescente se exprese acerca de la conveniencia de dichas decisiones.

El artículo 257 permite que los padres puedan exigir que sus hijos permanezcan viviendo en su hogar, o en el hogar que los primeros prefieran, y en caso de que los menores desobedezcan dicha orden, los padres pueden pedir la ayuda de la fuerza pública para que estos vuelvan al hogar indicado o más bien como dicen textualmente el artículo “al efecto de hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus padres”. Éste es otro ejemplo claro de lo apartado que se encuentra el instituto de la patria potestad con respecto al principio de la autonomía progresiva.

Siguiendo con la misma idea, el artículo 258 establece que los padres dirigen la educación de sus hijos. Este artículo viola el derecho de los niños de poder elegir cual es el tipo de formación que quiere realizar, ya que es un derecho establecido en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que a su vez, haciendo una interpretación con el artículo 5 de la misma Convención, se entiende que es el niño quien decide cuál es tipo de educación al quiere acceder.

Estos tres artículos son algunos de los tantos ejemplos que se pueden encontrar en el articulado que regula el instituto de la patria potestad, los cuales son contrarios a un paradigma mucho más democrático y beneficioso para la sociedad.

En conclusión, el código Civil Uruguayo comenzó a regir el 1 de enero de 1869, donde la patria potestad se ajustaba a la sociedad de la época que claramente es muy diferente a la de la actualidad.

Hasta ahora la patria potestad solo sufrió una reforma⁷ muchos años después de que se promulgara el Código Civil. Los cambios operados no alcanzaron ni mucho menos a consagrar un cuadro dispositivo acorde con los principios establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño la que había sido ratificada por el Estado uruguayo cinco años antes (1990).

El instituto de la patria potestad responde a concepciones arraigadas profundamente en la cultura occidental, ellas han organizado las relaciones, entre los padres y los hijos, en el concepto de *Potesta*; esas concepciones aún se mantienen muy vigentes⁸ y las mismas constituyen un obstáculo que han dificultado la efectiva puesta en vigencia de las soluciones establecidas en la Convención.

La pervivencia, de las referidas concepciones, ha determinado que no se haya llevado a cabo una reforma del instituto de la patria potestad que parta de las bases del principio de la autonomía progresiva; pero dicha reforma debe de ser acometida, ya que, de ello depende, en buena medida, la aplicación efectiva del principio de la autonomía progresiva.

El artículo 4⁹ de la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados Partes a adoptar todas las medidas necesarias para efectivizar los derechos en ella reconocidos, obligación a la que el Estado uruguayo hizo caso omiso cuando procedió a reformar el Código Civil en el año 1995.

Por todo lo dicho anteriormente, es sumamente importante que Uruguay cumpla de forma adecuada con lo que el mismo se obligó al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta que a su vez dicho convenio regula derechos esenciales que hacen a la vida del niño o adolescente.

Esperemos que, en el futuro próximo, los legisladores de la República planteen un nuevo cambio en el instituto de la patria potestad que se adecue a los principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente a lo preceptuado en sus artículos 4 y 5.

⁷ Ley 16.603 de 19 /10/1994

⁸ Falca, S. Piñeyro F. "Manual de Derecho de Infancia"

⁹ Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Bibliografía:

Adame Goddard J. (2009). Curso De Derecho Romano Clásico I. Publicación electrónica

<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/adame.pdf>

Ares Nogueira, Alicia – Vassallo, Silvina (2018). “*De la patria potestad a la responsabilidad parental regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación.*” Revista Jurídica Electrónica. Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

HTTPS://www.derecho.unlz.edu.ar/revista_juridica/05/02.pdf

Piñeyro Fabián - Falca Susana (2016). “*El Estatuto del Niño en la Familia*” Introducción a la Teoría General del Derecho de Infancia: <http://centrocooperativo.org/publicacion-introduccion-a-la-teoria-general-del-derecho-de-infancia/>

Piñeyro Fabián - Falca Susana (2018) Manual de Derecho de Infancia.

<http://centrocooperativo.org/manual-de-derecho-de-infancia/>

La relevancia del paradigma



Proc. María Gabriela Silva

Aprobada la Convención de los Derechos del Niño, da origen a dos corrientes diferentes de interpretación normativa de *orientación* claramente *divergentes*, corrientes que adjudicaron nociones muy distintas a la Convención, a la *naturaleza* y la magnitud de cambio que la Convención trajo consigo misma,

La discrepancia de ambas corrientes se presentó en relación a la extensión que cada corriente le atribuyó a lo establecido en los artículos 5 y 12 de la Convención.

En lo que refiere al artículo 5 *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*

Quienes se adhieren a la corriente que se ha denominado *el paradigma de la escucha* argumentan que el contenido del artículo no presenta modificaciones al marco legal que regula las relaciones entre padres e hijos o los representantes legales, curadores, tutores etc. y los menores de edad; la norma concentra el poder y la facultad en los adultos responsables; quienes podrán disponer e imponer la dirección y modelos de conducta en los menores según lo percibido como adecuado o correcto para sus representantes legales; en aras de brindarle la educación necesaria.

Mientras el Estado es quien debe proteger y garantizar el derecho de los padres, tutores o curadores, a impartir la educación que estos creen más adecuada, a tomar todas las decisiones en el ámbito de la vida del menor, la norma hace hincapié en el poder que han tenido los padres sobre la vida de sus hijos sin modificarlo, si no que reafirma la facultad de los representantes legales; asimismo fija un límite jurídico al Estado en lo relativo a la intervención en el ámbito familiar.

Los impulsores del paradigma de la escucha, creen que la promulgación de la norma no ha realizado ninguna transformación en régimen de la patria potestad.

La facultad y libertad de decisión continúa concentrada en los padres, por consiguiente, los menores de edad mantendrán la imposibilidad de poder emitir una acción contraria al mandato de sus

responsables legales, es en base a estos argumentos que sostienen que precepto no ha alterado el instituto de la representación.

Reconocen que, conforme a lo mencionado en el artículo, los padres tienen la obligación de brindarle a sus hijos los medios adecuados para que estos logren a futuro tener autonomía y convertirse en ciudadanos plenos.; pero se mantiene en los padres la decisión final dotándolos del derecho a negarse ante una decisión del menor que sea contraria a lo que sus padres interpreten como idóneas para el menor.

En oposición al paradigma de la escucha, se pronunció la corriente del *paradigma autonómico*, según su visión interpretativa, la Convención de los Derechos del Niño cambiaría el marco regulatorio entre padres e hijos o sus responsables, cambio que se refleja al concebir a los menores como sujetos de derecho; lo que denotaría que la autonomía progresiva es el concepto al que debería apegarse la normativa que reglamente el vínculo de relacionamiento jurídico entre padres e hijos, la idea de haber reconocido el derecho a los menores de gobernarse a sí mismos, tomar decisiones que involucren su propio destino; conforme a su desarrollo evolutivo podrán evaluar cada situación, por lo tanto la autonomía deberá estar acompañada con el desarrollo etario de los menores y ampliándose siguiendo su progreso físico, psicológico, emocional.

El paradigma autonómico se sustenta en el artículo 5 de la Convención siendo diferente al paradigma de la escucha, su construcción interpretativa ha sido elaborada en base a dos argumentos, *el histórico contextual* y *el tenor literal de la norma*.

El argumento histórico: tanto el Pacto de Derechos Políticos y Civiles como el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la comunidad internacional han reconocido de forma expresa el derecho de los padres a educar a sus hijos según la percepción que estos tengan del mundo, *ideas, religión, valores, costumbres*, concediendo la validez jurídica internacional a la normativa dominante, en relación al vínculo entre padres e hijos, planteo que ha inspirado al instituto de la Patria Potestad como fuera regulado en el Código Civil Patrio.

Siendo aprobada la Convención de los derechos del Niño no hizo referencia en ninguno de sus artículos a la potestad de los padres de educar y criar a sus hijos conforme a su percepción del mundo, para quienes se adhieren al *paradigma autonómico*, esto significaría un evidente cambio de la apreciación en la *comunidad internacional* en relación a ese tema; al ratificar la convención los Estados intervinientes aceptaron *normativizar* ese cambio, porque no hicieron referencia alguna en otorgar facultad a los padres de decidir sobre la crianza de sus hijos si no que la convención reconoce

a los menores de edad como sujetos de derecho que están facultados a manifestar sus derechos por sí mismos, se les otorga el derecho de desarrollarse de forma autónoma, por consiguiente dentro de ello se encontraría el formar su propias opiniones y percepción del mundo, aceptar o no una creencia religiosa, serían los derechos que se les reconoce en la Convención, la misma hace referencia expresa al deber que tienen los padres de guiar y orientar a sus hijos para que los menores pueden ejercer sus propios derechos.

El argumento emanado del tenor literal: fórmula que el artículo 5 reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, los habilita a ejercer por sí mismos sus derechos debiendo ser reconocidos como sujetos autónomos, aluden que la norma no contiene disposición alguna que mencione el instrumento de la representación que faculte a los padres a ejercer los derechos de los que son titulares sus hijos; tampoco contiene ninguna disposición en relación a la concepción o percepción del bien y el mal, valores o ideologías de los padres. Afirman que la norma establece el deber a los padres de aportar una *orientación* o *guía* a los hijos, imponiendo la obligación de prestar asistencia, consejos, información, en ninguna situación la norma habilita a los padres a impedir a sus hijos que lleven a cabo las decisiones que estos tomen en ejercicio de la autonomía de sus propios derechos. Los niños serán quienes estén facultados para ejercer sus propios derechos, según entiende la corriente del paradigma autonómico, esto se establecería en el artículo 5 en su inciso final cuando expresa: “*para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención...*”. Del mismo artículo se interpreta que el ejercicio de los derechos de los menores debe ir acompañado con su desarrollo etario, con su evolución irá adquiriendo mayor grado de autonomía, en mayor grado podría ejercer sus derechos conforme a su desarrollo físico, psicológico, intelectual.

En relación al artículo 12 de la Convención se plantea la misma diferencia entre ambos paradigmas “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*”

Para la corriente del *paradigma autonómico* la primera parte del artículo establece que los adultos responsables y el Estado deben respetar la *esfera autonómica* creciente de los menores; por lo establecido en el artículo se debe reconocer un espacio *creciente* de libertad a las personas menores de edad, en términos normativos es que la manifestación de los menores de edad tenga *efectos*

vinculantes. Con la Convención se les ha reconocido a niños, niñas y adolescentes la libertad de formular su opinión y el valor de la misma estará condicionada a su desarrollo de la capacidad de comprensión según la edad concreta que transiten. El artículo 12 tiene dos contenidos, uno de ellos menciona el derecho a manifestar sus opiniones, mientras que el otro contenido se vincula con la *validez y la eficacia* de la manifestación de voluntad; la eficacia de la manifestación de voluntad estará relacionada con la edad del menor y el *grado de complejidad* de la situación a tratar; en consonancia con esto el Estado deberán tomar como válidas las decisiones que tomen los menores de edad con respecto al asunto que se trate; en relación a estas variables el Estado y los responsables tendrán que tomar como *válida y eficaz* la concentración de voluntad de los menores de edad: respaldan estas afirmaciones en los *principios* que rigen el sistema de protección de los *derechos humanos* que se encuentra contenido en la *Constitución de la República, principio de la dignidad humana*.

En consecuencia, los impulsores de la autonomía progresiva entienden que la Convención de los derechos del niño impone a los Estados y los responsables, la obligación de otorgar a los niños, niñas y adolescentes una esfera de autonomía de libertad y a tomar como válida y eficaz las manifestaciones de voluntad de los menores en vinculación con los asuntos que surjan progresivamente en su esfera; esto significa que se debe garantizar a los menores el gobierno propio de los asuntos en un ámbito que debe ir amoldándose conforme a su evolución física, psicológica, emocional y que al llegar a la mayoría de edad alcance la plenitud de su libertad.

Esta interpretación se sostiene además en lo que la Convención plantea en materia penal, debido a que en la Convención se establece una edad mínima determinada, la cual deben proponer cada Estado, el menor sea considerados capaces desde el punto de vista penal, lo que implicaría el reconocimiento que las personas antes de cumplir la mayoría de edad, tendrían la idoneidad, el desarrollo cognoscitivo para ser susceptible de reproche penal por parte del Estado. La corriente del *paradigma de la autonomía* sostiene que resultaría absurdo atribuir a los menores de edad *responsabilidad penal* y negarle la posibilidad de ejercer su derecho a tomar decisiones sobre determinados asuntos de su vida personal, en este punto la argumentación emitida consiste, en que, si para el derecho penal el menor tiene capacidad para comprender la *anti-juricidad de una conducta*, evaluar las consecuencias, controlar sus estímulos y adaptar su conducta a lo exigido por la Ley, entonces han de ser capaces de ejercer su libertad de decisión, con respecto a asuntos que involucren sobre su vida, como elegir con que progenitor desean vivir, el carácter laico o religioso del lugar educativo al que asistirán, establecer un vínculo de pareja. Para la corriente interpretativa más estricta, el artículo 12 con respecto al alcance de las disposiciones plantea, que ni el Estado ni los

padres están obligados a acatar lo que el niño quiere, si no a tomar en cuenta la manifestación de voluntad de los niños y adolescentes en relación a los asuntos de validez y eficacia.

La corriente *autonómica* menciona que el segundo inciso del artículo plantea el derecho que tienen los menores a ser escuchados por las autoridades *administrativas y judiciales*, y además el derecho a comparecer, a plantear sus pretensiones jurídicas en calidad de actores, de demandados o de tercero de interesados principal, convocar en caso que se una discrepancia entre sus progenitores en relación a una situación que le interese al menor, proponer cuando se trate de una opinión sobre algo que afecta directamente a este; la opinión del niño deberá tener un efecto vinculante para el magistrado.

Por el contrario, para quienes se inclinan por el *paradigma de la escucha*, plantean que lo que se manifiesta en el inciso 2 del artículo 12 de la Convención, es solamente el deber que tiene la autoridad administrativa o judicial de escuchar al menor de recibir la opinión del niño y tomarlas en consideración en el momento de fallar. Algunos adeptos a esta corriente han planteado que el artículo 12 establece al Estado el deber de habilitar la participación del niño como sujeto procesal, pero esta disposición no emana el carácter vinculante de la manifestación de voluntad de los menores, en ningún caso el querer del menor determina la decisión del Juez, pudiendo este apartarse de los que el niño o adolescente quiera, aunque el asunto lo involucre directamente a él.

¿Qué implicancia tiene que el Abogado del niño o el Juez elija uno u otro paradigma interpretativos?

El paradigma en el que se posicione tanto el Juez como el Abogado defensor del menor, es de gran implicancia, de ello dependerá que el niño, niña o adolescente pueda ejercer de forma efectiva sus derechos conforme a su desarrollo etario y su propio beneficio.

Desde la corriente que propugna el Paradigma de la escucha, se propone un claro planteo donde se iguala la interpretación de la normativa del Convenio de los derechos del Niño de 1989 a los Pactos de 1969.

Aluden que no existe modificación alguna al instituto de la Patria Potestad, no habría cambios en el marco jurídico que regula la relación entre padres e hijos; siendo estos quienes mantienen las decisiones sobre todos los ámbitos de la vida del niño. La concepción de la escucha ,interpreta el inciso del artículo 5 de la Convención del Niño, dejando de lado la importancia de la extensión de la misma, las demás normas que integran la Convención y el propósito en sí de la misma; garantizar, proteger y asegurar el cumplimiento del reconocimiento de los Derechos en niños, niñas y adolescente en armonía con su autonomía progresiva; si bien de alguna forma entiende que la norma

hace mención en cuanto a que los padres deben ir habilitando a los menores espacios de libertad para que puedan ir formándose como sujetos autónomos, siempre la decisión final quedará sujeta al entender conveniente de los padres, sin la posibilidad de que los menores puedan manifestarse en favor de sus derechos, aun cuando su desarrollo, psicológico físico y emocional, el que acompaña a los menores en cada etapa de su crecimiento; lo habiliten a decidir sobre cuestiones que involucren su vida y su ser, no se les permite poder decidir, carecen de la libertad de elección y expresión, por lo tanto no estarían siendo reconocidos como sujeto de Derechos.

Si el Juez opta por el paradigma de la escucha y la idea que la extensión de la aplicación del artículo 5 es de misma referencia que las convenios de 1969, los menores quedarían en una completa desprotección y vulnerabilidad en cuanto a sus derechos, siendo estos expresamente consagrados en la Convención; de ahí la importancia que la Autonomía Progresiva como principio sea reconocido y aplicado en aras de proteger y asegurar los derechos del menor; de esta forma distinguir la evolución de los menores en cuanto a disponer de la seguridad de ser protegido por el Derecho en cada etapa de su desarrollo y atendiendo en gran importancia como su evolución física psicología e intelectual le permita dirimir sobre las situaciones que interfieren en su vida. Tal como sucede en las situaciones que los menores se ven en medio de procesos donde son directamente afectados, como los procesos de tenencia, visitas, divorcios, entre otros. Si el Juez atiende en primer lugar a la conveniencia de los padres por comprender que la norma mencionada no modifica el instituto de la Patria Potestad, el menor no estaría recibiendo la protección como sujeto de Derecho.

El menor no puede ser visto como un objeto inerte en un proceso, donde se toman decisiones que modifiquen su vida, sin brindarle especialmente protección y las garantías, para que sus derechos no sean vulnerados, tanto en relación a la edad que éste transite aportarle los medios necesarios para preservar los derechos del menor y la posibilidad de decidir.

De forma similar estaría dada la importancia en el rol que cumple el abogado como defensor del menor, si se define por la corriente de la escucha, similar a la actitud del Juez, no estaría cumpliendo con su rol como tal, defender y priorizar el derecho del menor conforme a su edad y su desarrollo cognitivo.

Para la corriente de la Autonomía el artículo 5 de la Convención estaría redefiniendo el Instituto de la Patria Potestad, modificando el régimen jurídico que regula la relación entre niños, adolescentes y padres o los responsables del menor, reconociendo a los menores la posibilidad de dirigir su vida, de auto gobernarse ,decidir sobre su vida en y beneficio de ella, reconociendo a los menores como sujetos de derecho, por lo tanto la autonomía de los menores deberá ir aumentando en relación al

desarrollo de niño a mayor edad mayor será la autonomía. Para la corriente de la autonomía, el artículo 5° atribuye a los padres el deber de orientación y guía, pero no la decisión arbitraria anulando la posibilidad al menor de ejercer sus derechos conforme a su desarrollo.

Desde la posición de la Autonomía la importancia que tiene adoptar esta corriente desde rol del Juez, será reconocer la autonomía del menor, entender que el menor puede decidir, como sujeto de Derecho, que éste podrá elegir ,emitir su opinión en las cuestiones que afecten su vida y se vinculen con sus ser, el Juez desde este paradigma tendrá que evaluar entre la opinión del menor observando el desarrollo cognoscitivo del menor y el derecho que media entre estos, pudiendo apartarse de lo planteado por el menor para fallar.

Deberá observar que se cumpla lo establecido en el Convenio y las leyes de protección a los menores y cumplir con las garantías, así como velar por los medios que proporcionen el ordenamiento jurídico para que los menores, ejerzan los derechos que acompañan su desarrollo etario.

El rol del abogado defensor es de gran relevancia desde la postura de la autonomía, es justamente el abogado defensor quien tiene en sus manos la responsabilidad de manifestar en todo momento oportuno; que se respeten los derechos del menor conforme a su autonomía y su desarrollo tanto físico, psicológico como intelectual.

Realizar una evaluación entre lo expresado por el menor y la autonomía evolutiva de este para manifestarse en defensa del niño, niña o adolescente, cuidar que se respeten las garantías del menor en cada etapa del proceso; asegurarse que las decisiones que se tomen en referencia al menor hayan sido adoptadas en razón a la opinión del propio niño involucrado en el proceso. Explicarle al menor conforme a su edad de manera clara todo lo referente al proceso y a sus derechos. El abogado tiene que defender el derecho del menor a ser escuchado, promover las acciones judiciales que sean necesarias para garantizar la efectividad de los derechos del menor. Solicitar la asistencia y opinión de técnicos y profesionales para que la defensa sea realizada de forma adecuada; deberá apelar un fallo que este en discrepancia con lo formulado por el menor o con su beneficio.

Es sin lugar a duda que el paradigma de la autonomía es la corriente que interpreta de forma acertada la aplicación del Artículo 5 y 12 de la Convención de los Derechos del Niño y consagra el principio de la autonomía progresiva de los menores en relaciona a sus derechos y la edad que los habilita a los mismos a poder ejercerlos.

Bibliografía de referencia:

Dr. Piñeyro Fabián. Dra. Falca Susana. *“El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía. La pugna hermenéutica y los efectos de una u otra opción interpretativa.”* Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. 2020

<http://centrocooperativo.org/el-paradigma-de-la-escucha-y-el-paradigma-de-la-autonomia/>



Los paradigmas interpretativos y la práctica profesional.

Dra. Vanessa Méndez Luján

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), entró en vigor el 2 de setiembre de 1990 y fue ratificada por Uruguay el 20 de noviembre de 1990.

Una vez que se aprueba la CDN surgen diferentes corrientes interpretativas respecto al sentido que se le ha dado a la misma y particularmente a algunos artículos de dicho instrumento.

Por un lado, están los que entienden que la Convención, y en particular su artículo 5¹⁰, no introducen mayores novedades respecto al marco normativo que regula las relaciones de los padres con sus hijos, (*Paradigma de la Escucha*).

Aducen que este artículo reafirma los poderes y facultades de los padres y establece un límite a la intervención del Estado en la vida familiar, pero que no ha modificado el instituto de la patria potestad. Los niños, niñas y adolescentes siguen siendo un centro de imputación de normas, la decisión última la siguen teniendo los padres o quienes ejercen la representación de esos niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, están quienes, plantean que a partir de la CDN hay una nueva estructuración en torno al vínculo de los hijos con sus padres o responsables. (*Paradigma Autonomico*). Ellos plantean que, a partir de este artículo 5, se les reconoce a las personas menores de edad la condición de sujeto de derecho, esto quiere decir que ellos mismos van a poder ir construyendo su destino.

Sostienen que, dicha norma, les impone a los padres el deber de orientación y guía; siendo los niños, los que según el citado artículo 5, están facultados para ejercer por sí mismos los derechos que la Convención les reconoce. Esa orientación y guía deberá estar en consonancia con la evolución de las facultades de esos niños, niñas o adolescentes.

De lo anterior se desprende que cuanto mayor capacidad tenga un niño o niña para entender una situación, evaluarla y tomar una decisión respecto de ella, mayor es el grado de autonomía normativa que la Convención les reconoce. La dirección y orientación que deben brindar los padres debe estar en consonancia con lo mencionado, por ende no va a ser siempre igual, dependerá de cada niño.

¹⁰ Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Estas dos corrientes interpretativas, también difieren en cuanto al alcance que se le debe dar al artículo 12 del referido instrumento internacional¹¹.

Por un lado, quienes se afilian al paradigma de la escucha, sostienen que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresar su opinión y que se debe tener en cuenta lo que expresan, pero que no tiene efecto vinculante. Es decir, que las manifestaciones de voluntad de los menores no tienen validez y eficacia. Por más que el asunto le interese de manera primordial al menor, su querer no obligará al juez.

Por el otro lado, para quienes se adhieren al paradigma autonómico, sostienen que el inciso primero de este artículo les confiere una esfera creciente de libertad a las personas menores de edad, de manera tal que sus decisiones y su voluntad tenga efectos vinculantes

Dicen los Dres. Piñero y Falca en su trabajo: *“En suma, los propugnadores del paradigma de la autonomía entienden que la Convención sobre los Derechos del Niño ordena al Estado y a los responsables a concederle a los niños, niñas y adolescentes, un ámbito creciente de autonomía y de libertad, y a asumir como válidas y eficaces las manifestaciones de voluntad de estos respecto de los asuntos que se van progresivamente integrando a esa esfera. Ello significa que, de acuerdo a lo que plantean quienes se afilian al paradigma autonómico se les debe asegurar a los niños, niñas y adolescentes, el gobierno exclusivo sobre una esfera de asuntos y de temas que debe ir ampliándose en función de la edad, y que debe acercarse a la casi plenitud de la libertad, en la fase final de la adolescencia.”*

El segundo inciso del mencionado artículo reconoce a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a comparecer en todo procedimiento judicial o administrativo y relacionándolo con el inciso anterior, que sea escuchado y su opinión sea tenida en cuenta de forma vinculante.

Adoptar una u otra corriente interpretativa tendrá consecuencias muy distintas en la práctica profesional, ya sea que esa opción la haga el magistrado, o el abogado del niño, niña o adolescente

Los paradigmas y la práctica profesional

La consecuencia que puede tener que el abogado del niño o el juez elija uno u otro de los paradigmas que hemos mencionado anteriormente, va a estar relacionada con la participación real que va a tener el niño, niña o adolescente en el proceso y con el resultado del mismo.

No es lo mismo considerar que los menores de edad son sujetos de derecho autónomos (autonomía que se debe entender teniendo en cuenta la edad, las facultades cognitivas y la complejidad del

¹¹ Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

asunto) y por ende que sus manifestaciones de voluntad tienen efecto vinculante y que tienen derecho a ser parte e intervenir en un proceso en el que se están tratando cuestiones vinculadas principalmente a ellos y ellas; a entender que los niños, niñas o adolescentes carecen de la facultad de decisión y que serán sus progenitores, tutores o el Estado quienes definirán lo que es más conveniente para ellos y ellas, tomando en cuenta opinión a sea realmente tenida en cuenta. Digo realmente, porque por más que el “paradigma de la escucha” propugne que se debe escuchar al niño, niña o adolescente, termina afirmando que su opinión no tiene carácter vinculante, por ende no hay poder de decisión real del verdadero interesado.

La autonomía progresiva supone que en la medida que los niños, niñas y adolescentes van desarrollando sus capacidades toman el control de ámbitos de decisión que antes tenían sus padres, por ende opera como límite a la autoridad.

La diferencia va a estar dada además, por el hecho de que el niño, niña o adolescente, pueda formar su propio camino, tomando sus decisiones o que otros lo hagan por ellos y ellas, generando una identidad heredada. Que vayan teniendo esa autonomía creciente, tiene su correlato, además, en las responsabilidades que deben asumir por sus propias decisiones.

Entiendo que adoptar uno u otro paradigma se vincula directamente con el autoritarismo en la construcción de la identidad del niño, niña o adolescente.

Invocando el interés superior del niño, muchas veces puede llegar a suceder que lo que se expresa no es en realidad una manifestación de voluntad del niño, niña o adolescente sino que es algo que los adultos (padres, abogados patrocinantes, defensores, jueces) entienden que es mejor para ese niño.

Por esa razón es muy importante tener en cuenta toda la normativa referida a la infancia y no conceptos sueltos que sean usados para beneficios propios y no de los niños, niñas o adolescentes que son el centro de la cuestión.

El principio del interés superior del niño tiene como objetivo garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención, no debe haber jerarquía de derechos, todos responden a ese interés superior y en caso de coalición, habrá que estar siempre a ese principio, por eso el contenido de dicho principio debe verse caso a caso.

El derecho a opinar que tienen los niños, niñas o adolescentes es una manifestación del derecho a la libertad de expresión; su particular visión de los asuntos que los afectan, que son de su interés, deben ser tenidos en cuenta y valorados sin prejuicios.

Los niños en aquellos procesos en que se discute derechos relativos a ellos o en los que se decide sobre su futuro son parte, no terceros, por ende tienen derecho a una defensa, a manifestar su voluntad y a participar de las diferentes etapas del proceso.

Como operadores del derecho debemos tener en cuenta la voluntad del niño, ser respetuosos de sus opiniones, incluirlos en la situación que se está resolviendo.

En este sentido, los jueces al momento de tomar sus decisiones, deben tomar en cuenta el derecho de las personas menores de edad a manifestar su deseo, su querer, y valorar dichas manifestaciones de

acuerdo a los principios establecidos en la CDN, en la Constitución de la República y en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, y apartándose de su particular concepción de la vida.

Conclusiones

La adopción de uno u otro de los paradigmas por parte de los abogados que representan al niño o por parte del juez, va a llevar a que en ese proceso el niño, niña o adolescente sea verdaderamente parte o sea un mero espectador de las decisiones que se toman respecto a su vida.

Apoyar una interpretación de la Convención que lleva a que el niño no sea tenido en cuenta en cuanto a sus decisiones, nos hace retroceder en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, como personas capaces de construir su autonomía.

Habrá que estar a cada caso concreto y aplicar los principios reconocidos en la CDN y recogidos por nuestro derecho positivo de manera tal que los niños, niñas y adolescentes sean respetados en su calidad de sujeto de derecho.

Bibliografía

Dr. Fabián Piñeyro, Dra. Susana Falca. “El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía. La pugna hermenéutica y los efectos de una u otra opción interpretativa”.

<http://centrocooperativo.org/el-paradigma-de-la-escucha-y-el-paradigma-de-la-autonomia/>

Dr. Fabián Piñeyro, Dra. Susana Falca. Manual de Derecho de Infancia. Cap. II. “El niño como sujeto de derecho”. Págs. 23 a 44. Centro Cooperativo de investigación y formación para el desarrollo humano. <http://centrocooperativo.org/manual-de-derecho-de-infancia/>

Gómez de la Torre Vargas, M. (2018). Las implicancias de considerar al niño como sujeto de derecho. Revista De Derecho, (18), 117-137. <https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1703>

Silvia E. Laino Pereyra. “Autonomía progresiva de la voluntad”. Manual para la defensa jurídica de los Derechos Humanos de la Infancia. Págs. 17 a 37. Primera edición, agosto 2012.

Dr. Ricardo Pérez Manrique. “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”. Justicia y derechos del niño – número 8 – UNICEF – Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Págs. 249 a 275. Primera edición. Santiago, Chile, noviembre 2006.

Autonomía Progresiva de Niñas, Niños y Adolescentes desde la óptica forense



Dra. Micaela Castillo

Resumen: El presente trabajo tiene la intención de contribuir a la reflexión desde la óptica forense sobre las interpretaciones que despierta los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los derechos del Niño, surgiendo lo que podemos denominar el paradigma de la escucha y el paradigma autonómico.

Ambos paradigmas aplicados en la praxis forense, conllevan al desarrollo de procesos judiciales antagónicos.

1. Introducción

La calidad de sujeto jurídico de niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA), reconociendo su estatus jurídico, es consagrada en 1989 mediante la Convención de Derechos del Niño. Desde la ratificación de la Convención, han surgido diversas normas como el Código de la Niñez y la Adolescencia, Código de Procedimiento Penal, ley 19.580 (sobre violencia hacia la mujer basada en su género), ley 19.463 “Ley de trata” y la ley 19.747.

Las normas que atienden a NNA, han revolucionado el actuar forense, suponiendo cambios desde lo estructural hasta lo cultural. Ello ha logrado que hoy podamos hablar de un estatuto procesal protector para NNA¹² y frente al mencionado estatuto estamos en situación de obediencia al mismo, oficiando en la especie como freno al actuar del mundo adulto. Así es como NNA adquieren formalmente la calidad de partes en los procesos jurisdiccionales.

2. Paradigma de la Escucha – Paradigma Autonómico

Luego de que Uruguay ratificara la Convención, han surgido interpretaciones sobre la misma con orientaciones marcadamente distintas y ello radica específicamente en los artículos 5 y 12 (objetos de análisis del presente trabajo).

¹² Cavalli Eduardo, Ginares Virginia, Hacia la conformación de un estatuto procesal de NNA. XIX Jornadas de derecho procesal, FCU Pag. 431

El art. 5 de la Convención¹³ ha dado origen a dos interpretaciones antagónicas. Una entiende que el presente artículo no ha modificado sustancialmente las relaciones jurídicas entre NNA y quiénes son responsables de su crianza; mientras que otra interpretación sostiene que sí, que el presente artículo ha modificado la lógica jurídica que debe estructurar el vínculo entre NNA y el mundo adulto, posicionando a NNA como sujetos de derechos.

A la primera postura se la ha denominado paradigma de la escucha y a la segunda paradigma autonómico¹⁴

Bajo el denominado paradigma de la escucha, se interpreta al artículo antes referido como una especie de confirmación de los poderes que otros instrumentos jurídicos ya le atribuían a quienes tienen a su cargo la crianza de NNA. Entienden que la Convención no modifica sustancialmente la trama regulatoria del vínculo de NNA con el mundo adulto, lo que sí reconocen es el derecho NNA a manifestar su opinión, siempre con la salvedad de que la decisión última, debe estar a cargo de sus responsables, otorgándoles así un poder de veto respecto de las decisiones que pudieran tomar.

El paradigma autonómico, es la interpretación antagónica al paradigma de la escucha. Bajo ésta nueva interpretación se plantea que el artículo 5 aparece una nueva forma de relacionamiento entre NNA y quienes están a cargo de su crianza, ya que entiende a NNA como sujetos plenos de derecho y por lo tanto, se les reconoce de forma expresa el derecho a gobernarse. Este paradigma tiene en cuenta la evolución de la personalidad, lo que implica reconocerles una autonomía progresiva. La autonomía que se les otorga es progresiva en virtud de la edad, siendo la ecuación básica: a mayor edad, mayor autonomía.

Las divergencias interpretativas que existen entre ambos paradigmas emergen nuevamente respecto del artículo 12¹⁵ de dicho instrumento internacional.

¹³ Art. 5 Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención

¹⁴ Piñeyro Fabián y Falca Susana .El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomía. La pugna hermenéutica y los efectos de una u otra opción interpretativa.

¹⁵ Artículo 12 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Para quienes acuerdan con el paradigma de la autonomía, surge claro en el primer inciso que NNA cuentan con una autonomía de naturaleza progresiva, debiendo ésta ser respetada por el mundo adulto (incluso el Estado) y se les debe de reconocer una libertad evolutiva. De aquí es donde emerge que la voluntad de NNA, tenga carácter vinculante en el ámbito jurídico.

Se le otorga al artículo un doble contenido, el derecho de NNA a expresar su opinión y la eficacia de esa manifestación de voluntad.

En cambio para quienes optan por el paradigma de la escucha, interpretan que el referido artículo, consagra el deber de escuchar la opinión de NNA, pero la escucha no significa que la opinión deba de ser vinculante.

En función de ambos paradigmas, adelantamos la relevancia de la elección de uno u otro en el ámbito forense. Mientras que el paradigma de la escucha, hace honor a su denominación: se escuchará al NNA en un proceso, pero su opinión no será vinculante; para el paradigma autonómico, la opinión de NNA será tomada como una manifestación válida jurídicamente, lo que implica que no estará sujeta a condiciones u observancias del mundo adulto.

3. Paradigmas desde la óptica forense

Como se planteó anteriormente, la elección o preferencia por un paradigma u otro, supone el desarrollo de procesos judiciales prácticamente antagónicos.

Desde el punto de vista forense, rápidamente podemos visualizar la importancia e incidencia del uso de un paradigma u otro. Sucintamente, el empleo de uno u otro, hace a la posición e incidencia que tendrá NNA en el proceso judicial. Podrá ser considerada/o parte en el proceso con opinión vinculante (paradigma autonómico) o se le dará participación en el mismo para ser simplemente escuchada/o (paradigma de la escucha) y ello depende primordialmente de cuál es la postura asumida por quien le patrocine.

Importa también cuál es la posición que asuma el Tribunal que estará encargado de resolver el conflicto, ya que es quien dirige el proceso y por lo tanto tendrá como consecuencia directa, por ejemplo, si tomara la manifestación de voluntad de NNA como una manifestación jurídicamente válida (paradigma autonómico), o la entiende como una opinión más que debe de escuchar, para tener en cuenta al momento de dictar sentencia, dentro de un cúmulo de aspectos para analizar (paradigma de la escucha).

Debemos de tener presente que generalmente ambos paradigmas no son utilizados de forma cabal, lo que conlleva a que no se pueda identificar de forma clara a cuál postura se afilian quienes participan en el proceso, logrando una confusión sobre cuál es el marco teórico empleado.

Ahora bien, la postura de quién asiste jurídicamente a NNA cobra vital relevancia. Como punto de partida debemos de comprender que la praxis del patrocinio no debería de ser distinta a la que se ejerce cuando se patrocina a una persona mayor de edad.

El artículo 8 del CNA¹⁶ establece que todo NNA tiene el derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida, reconociéndoles el derecho de asistir a los Tribunales y ejercer todos los actos procesales (con asistencia letrada), salvo en los casos en que por la corta edad de niña/o corresponda que la sede le designe un curador.

El artículo 8 lit. B de la ley 19580¹⁷ les otorga el derecho a la comunicación libre antes, durante y después de los actos procesales.

El artículo 9 de la ley 19580¹⁸, establece los derechos de NNA ante procesos judiciales y administrativos, (las normas señaladas son algunas de las que conforman el estatuto de NNA al que se hizo referencia anteriormente).

¹⁶ Artículo 8 CNA (Principio general).- 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 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. Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.

¹⁷ Artículo 8 literal B ley 19580 A comunicarse libre y privadamente con su abogado patrocinante, antes, durante o después de los actos del proceso judicial o administrativo.

¹⁸ Artículo 9 ley 19580 (Derechos de las niñas, niños y adolescentes en los procesos administrativos y judiciales).- Se reconoce a las niñas, niños y adolescentes, sean víctimas o testigos de actos de violencia, sin perjuicio de los derechos que establecen las normas aplicables, el derecho a: A) Ser informados por su defensa sobre sus derechos, el estado y alcance de las actuaciones administrativas, los plazos y resoluciones judiciales en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía. B) Que su relato sobre los hechos denunciados sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración. C) A la restricción máxima posible de concurrencia a la sede judicial o policial, así como a ser interrogados directamente por el tribunal o por personal policial. D) Ser protegidos en su integridad física y emocional, así como su familia y testigos, frente a posibles represalias, asegurando que los mismos no coincidan en lugares comunes con las personas denunciadas en los espacios judiciales y policiales E) En las audiencias no podrá estar presente la persona denunciada como agresora y la defensa no podrá formular preguntas a la niña, niño o adolescente salvo previa autorización del Tribunal y solamente a través del personal técnico especializado. F) El respeto de la privacidad de la víctima y familiares denunciados respecto de terceros, manteniendo en reserva su identidad e imagen y la adopción de medidas necesarias para impedir su utilización por los medios de comunicación G) Recibir información previa accesible a su edad y madurez. Para la

Para poder desarrollar una correcta praxis forense como patrocinantes de NNA, debemos de tener presente la existencia de ambos paradigmas y sostener aquel que entendamos cual es el que se adecua mejor a los estándares consagrados en la Convención, las actuaciones deben de ser un fiel reflejo a la postura asumida.

Se puede decir que si se asume la postura del paradigma autonómico, en virtud de la edad y la madurez de su cliente, se debe desarrollar una postura activa en el proceso, no sólo ante el Tribunal, sino con su patrocinada/o, como lo establece el CNA manteniendo una comunicación fluida y privada durante todo el proceso. En cuanto a las actitudes procesales, por ejemplo se contestará la demanda y no se asumirá una actitud de expectativa, (actitud procesal que no se asume como regla patrocinando mayores de edad), y eventualmente apelará el fallo del Tribunal si así lo entendieran. Velará en todo momento porque la manifestación de su representada/o sea jurídicamente válida.

En cambio, si la postura a tomar es la del paradigma de la escucha, transcurrirán de una forma pseudo- pasiva el trámite del proceso, donde se presentará a la manifestación de voluntad de NNA como un aspecto más a tener en cuenta.

A modo de conclusión se dirá que ambas formas conviven en la cotidianidad de la praxis forense e incluso podemos apreciar como ante un caso particular, ambos paradigmas pueden superponerse al no tener claro cuál es el marco teórico adoptado por quienes patrocinan a NNA o por el Tribunal.

Se entiende que en consonancia con la Convención y la autonomía evolutiva, se debe de velar por que la manifestación de voluntad de NNA sea jurídicamente vinculante.

Bibliografía

CAVALLI Eduardo, GINARES Virginia, “*Hacia la conformación de un estatuto procesal de NNA.*” XIX Jornadas de derecho procesal, FCU Pág. 431

PIÑEYRO Fabián y FALCA Susana. “*El paradigma de la escucha y el paradigma de la autonomista. La pugna hermenéutica y los efectos de una u otra opción interpretativa*” Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano. 2020

<http://centrocooperativo.org/el-paradigma-de-la-escucha-y-el-paradigma-de-la-autonomia/>

realización de los exámenes u otras acciones que afecten su intimidad, podrán ser acompañados por la persona adulta de confianza que ellos mismos elijan



Orientaciones generales para la determinación del objeto procesal en los ámbitos del Derecho de Infancia y el Derecho de Familia

Dr. Diego Fernández Sosa

La adecuada determinación del objeto procesal y la identificación del problema jurídico, del conflicto, es uno de los presupuestos fundamentales para una resolución jurídicamente correcta de una contienda procesal.

Todo ejercicio encaminado a determinar el objeto de un proceso judicial en los ámbitos del Derecho de Infancia y de Familia, debe formularse teniendo en cuenta que el juez en el momento del fallo, debe despojarse de los prejuicios, ya que estos crean estereotipos nocivos a la hora de dictar sentencia. De esta manera, más allá de sus creencias y valores personales, debe ajustarse al ordenamiento jurídico, logrando un fallo objetivo y de acuerdo a derecho, fundamentándose en la norma y dejando de lado concepciones subjetivas o prejuicios personales.

Los estereotipos constituyen prejuicios generalizados vinculados con lo que se espera de hombres y mujeres, emparentado a las formas y las opciones de vida de la madre del padre o de las que vaya definiendo el niño o el adolescente.

Si hay una visión estereotipada de género, ocupación, de estilo de vida, el resultado va a ser negativo, ya que no se fallará de acuerdo a la ley sino a la opinión personal. Cuando así se opera se incumple con el Art 10 Inc. 1 de la Constitución de la República que preceptúa que *“las acciones privadas de las personas que de ningún modo ataca el orden público ni perjudican a un tercero están exentas de la autoridad de los magistrados”*.

Veamos como dichas premisas han de operar frente a un caso concreto.

En el marco de un proceso de tenencia, Juan de 10 años de edad, manifiesta, frente a la sede, su deseo de continuar viviendo con su madre, abuela y tía porque se siente feliz, es donde ha vivido desde que nació, tiene sus amigos y su escuela en el barrio.

Su madre es una joven que ha retomado los estudios, actualmente cursa secundaria, trabaja de meretriz en un establecimiento reglamentado y manifiesta su deseo de vivir con su hijo. Ambos conviven con la abuela del niño quien se encuentra jubilada por enfermedad y su tía (niña de 8 años). La abuela cobra una pensión por invalidez de pequeño monto, por esto el mayor ingreso en el hogar es el de la mamá de Juan, quien con su trabajo de meretriz, sustenta a todos los integrantes de la familia ya que el padre del niño cumple esporádicamente con el pago de la pensión alimenticia.

En lo que refiere a la situación de Juan, se encuentra con los controles médicos al día, ha cursado sin dificultades todos los años escolares, siendo su madre la única referente de la institución educativa, participando de las actividades familiares de la escuela. Luego de clase concurre a un club de niños donde desarrolla actividades recreativas, deportivas y le brindan apoyo escolar.

Por otro lado, el padre de Juan, en tratamiento de adicción a las drogas, no ha generado vínculo fluido con su hijo ya que pasa largos períodos sin verlo ni contactarse con él. Actualmente manifiesta su deseo de retomar dicho vínculo, ya que tiene un lugar estable para vivir (con su madre) y ha comenzado un tratamiento para recuperarse de sus adicciones.

La abuela paterna es la única de la familia que ha demostrado interés en su nieto, se comunica telefónicamente, lo visita y colabora con la vestimenta y demás necesidades del niño.

Esta es quien se presenta frente al magistrado para solicitar la tenencia de su nieto, basándose en las siguientes consideraciones de hecho y fundamentos de derecho: plantea que el niño no puede estar viviendo en ese hogar ya que no comparte la forma ni los valores en que se está criando, debido a que la madre ejerce la prostitución y esto es un mal ejemplo. Por otro lado, considera que viviendo con ella podría fomentar el vínculo entre padre e hijo, para que el niño tenga una presencia masculina y otro modelo de familia. Declara que tiene un buen pasar económico y puede brindarle al niño lo que necesita materialmente.

Determinación del objeto procesal: resolver a quién se le otorga la tenencia del niño.

Determinación del problema jurídico: el mismo radica en otorgarle o no validez y fuerza vinculante a la manifestación de voluntad de un niño de 10 años.

Centrándonos en la determinación del objeto procesal, no debe influir en el magistrado los aspectos privados que hacen a las opciones de vida de los individuos, es decir, en el ejemplo citado no se debe valorar la forma en que la madre genera los ingresos económicos para su hogar en el momento de decidir con quién vivirá el niño ya que no debe formar parte del objeto procesal.

El rol del Juez se limita a aplicar el derecho, cumpliendo un rol técnico que no permite realizar juicios de valor particulares a la hora de actuar. Su función consiste en interpretar el conjunto de hechos planteados, aplicando las normas de acuerdo al sentido estricto de la ley, dejando de lado toda apreciación ideológica y valorativa personal.

La independencia judicial tiene que estar garantizada tanto en su faz interna como externa, las opciones interpretativas no deben estar vinculadas con las opciones ideológicas de los Magistrados ni con su visión particular del mundo del juez. Las decisiones judiciales, deben estar fundamentadas en los principios y valores consensuados por el Estado.

En lo que refiere a la determinación del problema jurídico, la misma radica en otorgarle validez y fuerza vinculante a la manifestación de voluntad de un niño de 10 años. Con respecto a este aspecto debemos destacar la importancia de valorar el “principio de interés superior del niño” recogido en el Art. 3 numeral 1 de la Convención sobre los derechos del niño. En este artículo se establece que los menores de edad por su condición humana son capaces de ejercer sus derechos y deberes, adquiriendo mayor capacidad de comprensión y ejecución a medida que se van desarrollando hasta llegar a la mayoría de edad. Si por alguna razón se considera que el niño no se encuentra en condiciones de formarse un juicio propio, es la autoridad pública quien sustituirá la voluntad del niño por la propia, sin dejar de tener en cuenta el bienestar del menor.

En este caso el menor se encuentra capacitado para tomar decisiones, tiene 10 años, y esto le permite poder expresar claramente sus deseos y sus necesidades frente a un Juez. La sede no debe imponer al niño una solución a su situación sino que tiene que escucharlo y hacer valer su deseo, basándose en el derecho de elegir como y con quién vivir.

Se debe hacer valer el interés superior del niño frente al tribunal de forma que las cuestiones procesales se remitan y tengan correspondencia con los derechos del niño respetando sus opiniones y escuchando en todo momento sus manifestaciones de voluntad.

BIBLOGRAFÍA

LAINO, Silvia: “*El principio de la autonomía progresiva*, en “Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia”

PIÑEYRO, Fabián FALCA, Susana MANUAL DE DERECHO DE INFANCIA, *CAPÍTULO III - La infancia y el derecho positivo uruguayo.*

PIÑEYRO, Fabián FALCA, Susana MANUAL DE DERECHO DE INFANCIA, *CAPÍTULO IV - El derecho de infancia y los conflictos.*

PIÑEYRO, Fabián: “*El niño como sujeto de derecho. Apuntes sobre la ontología de la función jurisdiccional*” en Manual para la defensa jurídica de los derechos humanos de la infancia.

PIÑEYRO, Fabián. “*La autonomía progresiva como manifestación de libertad*” en Revista uruguaya de derecho a la infancia, Centro Cooperativo de Investigación y Formación para el Desarrollo Humano, Montevideo, Uruguay, diciembre 2017.