

Acerca del proyecto de ley sobre corresponsabilidad en la crianza¹.

Consideraciones previas

La familia, de acuerdo al Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el ámbito natural de crianza de todas las personas menores de edad. A partir de dicha premisa fenomenológica, la Convención establece el precepto de que todos los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho de criarse en el seno de su familia, ya que solo garantizando el efectivo ejercicio de ese derecho pueden generarse las condiciones básicas que permitan el pleno desarrollo personal de todos los individuos.

La Convención, en su artículo 5, les atribuye a los padres el deber de orientar y guiar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos. Los hijos son los titulares de los derechos, el padre, la madre, tienen la obligación de orientarlos en el ejercicio de los mismos, pero no deben desconocer las manifestaciones de voluntad de sus hijos.

El derecho del niño a criarse en el seno de su familia se encuentra explícitamente enunciado en el artículo 9 de la referida Convención. El citado artículo establece que los Estados Partes tienen la obligación de velar para que los niños no sean separados de sus padres, y preceptúa que dicha separación es procedente en caso de maltrato o descuido. Así mismo dicho artículo le impone al Estado el deber de garantizar a todos los niños el derecho de mantener relaciones personales y el contacto directo con ambos padres en el caso de separación de la pareja progenitora.

Cuando un adolescente o un niño con edad suficiente para comprender las consecuencias de su decisión, manifieste que desea convivir con uno solo de sus progenitores, el juez deberá atenerse a la voluntad manifiesta del niño o adolescente, porque es cada individuo el titular primario del derecho a decidir con quién vivir y donde vivir. Ni los padres ni los magistrados detentan la facultad de disponer respecto de la vida de los niños y adolescentes cuando estos poseen las capacidades y habilidades cognitivas y emocionales para comprender las consecuencias de sus preferencias, elecciones o deseos.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce a las personas menores de edad, en tanto van creciendo y desarrollándose, el derecho a ir definiendo por sí mismos respecto de todas aquellas cuestiones que interesan a su vida.

¹ Documento elaborado por los integrantes del Grupo de Investigación de Derecho de Infancia del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Dres. Hugo Barone (hijo), Fabián Piñeyro, Susana Falca, Gabriela Silva Dos Santos, Juan Ignacio Franca.

Acerca del proyecto de ley.

El desconocimiento del principio de la autonomía progresiva.

No resulta de recibo, es en todo sentido inconsistente e incongruente, que se apruebe una solución legislativa en materia de visitas y tenencia, que no les reconozca a los adolescentes el derecho de decidir por sí mismos con que progenitor quieren vivir, cuando el Derecho reputa a esos mismos adolescentes penalmente capaces. A los efectos de fundar y legitimar el incremento de las penas previstas para los adolescentes, hace tiempo que se insiste con que éstos saben lo que hacen, que pueden distinguir entre el bien y el mal, sin embargo, en el proyecto de ley denominado de corresponsabilidad parental, no se les reconoce a los adolescentes, ni siquiera, el derecho a decidir por sí mismos con qué progenitor quieren vivir.

Adolescentes que, además, están habilitados a texto expreso para trabar un vínculo laboral, para celebrar un contrato de trabajo, pero que, para los impulsores de este proyecto de ley, parece que no tienen capacidad para elegir vivir con papá o vivir con mamá.

Cuando se sigue insistiendo en soluciones que niegan la autonomía, que se oponen al ejercicio del derecho a la libertad de las personas menores de edad, se está actuando en contra del desarrollo de un proceso de formación del niño y del adolescente como ciudadano responsable, como sujeto autónomo. Porque claramente no se deviene de manera automática en sujeto libre, autónomo y responsable a la 0 hora del día en que se cumplen los 18 años.

Cuando discutimos respecto de estos tópicos, cuando se debate sobre la crianza, sobre el reconocimiento o no de la autonomía, estamos discutiendo en última instancia respecto de que ciudadanos, de qué sujetos queremos formar, y cuando discutimos eso debatimos indefectiblemente respecto de la sociedad en la que queremos vivir, el tipo de sociedad que queremos construir, de cómo queremos que sean los vínculos entre las personas, si queremos una sociedad más democrática y horizontal o una sociedad autoritaria y vertical.

De allí que no resulte procedente establecer con carácter preceptivo y general la tenencia compartida cuando se produce la ruptura del vínculo conyugal ya que ello implicaría una vulneración al principio de la autonomía progresiva cuando se trata de niños con edad suficiente para comprender las consecuencias de sus decisiones y preferencias.

En la legislación nacional se debería establecer de manera expresa que la preferencia de los adolescentes es jurídicamente vinculante, en tanto dicha categoría etaria está conformada por personas, que, para el derecho interno uruguayo, tienen capacidad suficiente para comprender la antijuridicidad de una conducta, y para ejercer un grado de control racional efectivo de su emocionalidad, de sus pulsiones, que justifica que sus acciones sean objeto de reproche penal.

De allí que tendrían sobrada capacidad para comprender las consecuencias que acarrearía la puesta en práctica de su preferencia respecto de con cual progenitor quiere vivir.

Resulta a todas luces contradictorio, injusto y jurídicamente ilegítimo, que no se les confiera carácter vinculante a las manifestaciones de voluntad de los adolescentes respecto de con cual progenitor quieren vivir a la vez que se les atribuye capacidad suficiente para ser objetos de una imputación penal.

El proyecto esta formulado sobre la premisa de que la ley debe proteger y tutelar primordialmente los intereses de los padres y madres, concibe los procesos de tenencia y visitas como una mera contienda entre adultos, cuando en realidad hay tres actores allí, y es uno de ellos el que tiene el interés y el derecho primordial a decidir respecto de esos asuntos y no es precisamente ninguno de los padres.

El proyecto de ley se inspira y se funda en una “cosmogonía” y en una antropología que le da forma a un modelo vincular, que se sustenta en la premisa de que los hijos son los continuadores naturales de la personalidad de sus padres, y que por ello les atribuye a los progenitores la facultad de moldear la subjetividad de sus hijos y definir su “*destino*” negándole a las personas menores de edad el derecho a autoconstruirse, a definir autónomamente su personalidad y su “*destino*”

Inscrito en esa *cosmogonía*, el proyecto se articula sobre la noción de que la “cuestión” de la tenencia y la visita es un asunto a ser definido por los padres, en base a esa construcción del problema el proyecto de ley pretende dar solución a una problemática generada por la discordancia entre los adultos.

El proyecto alude a las manifestaciones de voluntad de los niños niñas y adolescentes, pero no deja claro ni los alcances ni los efectos de las opiniones del niño o del adolescente.

Entre otras cosas no se define cual sería el valor jurídico que se le debería dar a la manifestación de un adolescente cuando éste exprese que no quiere un régimen de tenencia compartida y que prefiere cualquier otro.

La voz de los niños en el proceso bajo sospecha

El proyecto despliega un manto de sospecha sobre las opiniones de los niños y de los adolescentes, en base a un razonamiento en extremo absurdo, se habla de una **manifestación verdadera**, que el proyecto nomina como “**reflexiva y autónoma**”, partiendo de la noción de que hay una voluntad, un deseo verdadero, distinto del manifestado; una manifestación de voluntad a la que alguien pudiera acceder, un juez, un perito, una especie de voluntad metafísica libre de toda influencia, circunstancia determinante etc. La libertad, ya dijo alguien alguna vez, se ejerce siempre en el marco de una circunstancia, siempre decidimos influenciados, pero decidimos, y por el hecho de haber sido influenciados, convencidos de hacer algo no se

nos puede impedir hacerlo. Habría que empezar en todo caso, con prohibir la propaganda, la publicidad, y hasta la comunicación e interacción humana, llegado el caso.

Otra cosa, muy distinta es cuando la voluntad de alguien es forzada; en el proyecto, así como en los planteos de muchos actores, ambas cosas aparecen confundidas, mezcladas.

Esa confusión refleja la resistencia, la fuerte resistencia que todavía encuentra, en una parte de nuestra sociedad, el reconocimiento del derecho a la autonomía por parte de las personas menores de edad, cuando el niño dice lo que no le gusta escuchar al adulto, entonces sí, el niño no está manifestando lo que él verdaderamente quiere; a ello se apela una y otra vez, en los estrados judiciales y fuera de ello, para negar la autonomía, la libertad.

El proyecto de ley, les ordena a los magistrados requerir todo el auxilio técnico que entienda necesario para acceder a la “voluntad real” del niño o adolescente, que a juicio de los promotores del proyecto parece que ésta reside en un lugar recóndito e inaccesible de la mente. Una voluntad de la que el niño o adolescente ni siquiera es consciente, y que le será revelada por los adultos intervinientes.

Como sociedad es hora de que empecemos a ponernos de acuerdo, a dar soluciones congruentes, consistentes; no es intelectual ni políticamente honesto decir que se puede bajar la edad de imputabilidad porque los niños y los adolescentes son más maduros, porque saben distinguir entre el bien y el mal como se ha dicho reiteradamente, y a la vez estar impulsando soluciones basadas en poner las manifestaciones de voluntad de los niños bajo un manto de sospecha, so pretexto de que ellos no saben lo que están diciendo, no saben lo que quieren, etc.

Sólo en un marco de libertad y autonomía se puede formar un sujeto, un ciudadano libre y responsable, decidiendo, estableciendo preferencias, equivocándose, entrenándose a manifestar su opinión y voluntad, a plantear sus ideas propias, es que se aprende a ejercer la libertad responsable.

Pareciera que para los impulsores de este proyecto, la tenencia y las visitas es una cuestión a ser definida entre los adultos, se hace una referencia marginal a la voluntad del niño, sin distinguir entre niño y adolescente, sin precisar el alcance y el valor que se les debe otorgar a las manifestaciones de voluntad de los niños y el valor que se le debe otorgar a las manifestaciones de voluntad de los adolescentes, que no puede ser el mismo dado el carácter progresivo del desarrollo del proceso de adquisiciones de las habilidades necesarias para comprender las consecuencias y alcances de sus decisiones. A este respecto, es dable recordar que el Estado uruguayo suscribió el instrumento internacional sobre los Efectos Civiles de la Restitución Internacional de Menores, en el que se establece que todos los adolescentes a partir de los 16 años tienen pleno derecho a elegir en qué país quiere vivir y con qué progenitor. Si a los adolescentes cuyos

padres viven en países diferentes se les reconoce ese derecho, es absurdo que no se les reconozca ese mismo derecho a los adolescentes cuyos padres viven ambos en el país.

Así mismo, el Uruguay ratificó la Convención Iberoamericana de los Derechos de los Jóvenes, tratado por el cual el Estado se comprometió expresamente a respetar el derecho a ejercer la libertad personal de los jóvenes a partir de los 15 años de edad, así como el derecho a formar su propia familia, elegir libremente su pareja y a la formación libre de su propia identidad. Artículos 14, 15, 16, 19 y 20.

El desconocimiento del rol del abogado del niño

El abogado del niño o adolescente, es el que debe actuar en defensa de sus intereses derechos y preferencias, esa es la función que le corresponde al abogado del niño como lo señalara recientemente en un comunicado la Asociación de Defensores Públicos del Uruguay. Como bien manifestaron, el abogado del niño, no es ni un asistente del juez ni realiza informes, el abogado del niño está para traducir la voluntad del niño en una pretensión jurídica. El abogado del niño es el garante de la voz del niño en el proceso.

La abogacía es un oficio argumental, el abogado no está para describir, el abogado está para construir los argumentos en base a los cuales se solicita a un órgano de justicia que tome una determinada decisión.

La solución que en el proyecto se plantea en torno a la tarea del abogado del niño se contrapone abiertamente con la función delicada y compleja que a los juristas les corresponden en el marco de un Estado de Derecho.

El proyecto convierte al abogado del niño en un auxiliar del tribunal, en un *pesquisador*, en un averiguador, en el proyecto de ley se le asignan tareas que, en todo caso, podrían ser más propias de un Licenciado en Trabajo Social que de un jurista. No se comprende que es lo que se persigue con ello. Pero el único efecto práctico de todo ello, es negar al niño su derecho a actuar como parte en el proceso. Negarle el derecho a que su voluntad sea traducida en una pretensión jurídica y defendida en el juicio por su letrado.

Hay además una grave afectación a la independencia técnica y profesional de los abogados, a los que se les ordena como hacer su trabajo, cuantas reuniones o entrevistas debe mantener con su patrocinado y con las otras partes. Con estas últimas, en principio, no debería el abogado del niño mantener contacto alguno, salvo en las audiencias.

No se consigna expresamente sobre que debería versar ese informe, pero del contexto general del proyecto, se desprende que el abogado debería expresarse respecto de “que es lo mejor para el chico”, resulta difícil imaginarse un retroceso mayor que éste en materia de protección de los derechos de la infancia. Ello implica volver al sistema de la incapacidad, al modelo pre convencional, al sistema de tutela establecido en el derogado código del niño del 34 y en el código civil.

Al atribuir al abogado el rol de informar y no el deber de traducir jurídicamente la voluntad del niño, el proyecto no solo está desnaturalizando la tarea del abogado, sino que está negando el derecho del niño a participar en el proceso como parte, de aprobarse el proyecto se estaría violando el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y con ello negando al niño las garantías del debido proceso. Lo que expone al Estado uruguayo a ser pasible de observación por parte de los organismos internacionales responsables de control y supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas al suscribir dicho instrumento internacional de protección de los derechos humanos de los niños. Y un retroceso significativo en materia de estándares nacionales de protección de los derechos de los niños en los procesos judiciales.

El niño es parte del proceso

Desde la sanción del Código de la Niñez y de la Adolescencia en setiembre del año 2004, el niño es parte en todo proceso judicial o administrativo en el que se vaya a definir cuestiones que lo afecten, así se estableció en el artículo 8 del referido código.

El niño y el adolescente es parte del proceso, es la parte principal del proceso, porque el niño y el adolescente son los titulares primarios del derecho a decidir con que progenitor quieren vivir. De allí que a su voluntad se le deba conferir mayores efectos jurídicos que los que se le atribuye a la voluntad de sus padres.

El proyecto establece una solución antagónica con ello, dándole forma a un marco normativo que se sustenta en la representación del niño y del adolescente como un ser incapaz.

En el proyecto se dice que el juez debe escuchar al niño, que debe recogerse su voluntad, pero siempre y cuando lo que manifieste el niño se corresponda, a juicio de los adultos, con lo que el niño “efectivamente quiere”, y que el niño ni siquiera es consciente de querer. Además, el proyecto no precisa, qué valor jurídico tendría esa voluntad.

La sanción de este proyecto de ley implica un grave retroceso en el reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derecho, de individuos con capacidad para ejercer por sí mismos sus derechos, como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 5. A contrapelo de todos los avances que en esta materia se han venido produciendo desde la ratificación de este instrumento internacional y la posterior sanción del Código de la Niñez y de la Adolescencia, en el que se establecen principios que este proyecto no solo no contempla sino que además trasgrede.