

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA

Ricardo C. Pérez Manrique

En el marco del presente curso referido a la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al que hemos seguido desde sus inicios, la introducción de temas vinculados con la familia se convierte en un gran acierto, reiterando la tendencia iniciada en Buenos Aires en el pasado año.

En mi caso particular, integro un Tribunal de Apelaciones de Familia, órgano jurisdiccional integrado por tres miembros, cuyo cometido es entender en los recursos interpuestos contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Familia y de Menores de toda la República. En consecuencia esta competencia nacional, permite tener una visión de lo que acontece en todo el país en materia de Familia y de los asuntos penales y tutelares de competencia de los Juzgados de Menores.

Consideraciones generales

Como ya ha sido visto en este Curso, la Convención de los Derechos del Niño significó un giro revolucionario en la posición de la infancia, modificando desde sus raíces la forma de relacionamiento entre el mundo adulto y la infancia.

Constituyen hitos fundamentales de la CDN la definición de niño, la consideración del niño como sujeto de derecho en desarrollo, con la concepción de desarrollo progresivo y la inserción del interés superior del niño en una concepción esencialmente diversa del bienestar del niño.

La consagración de la Doctrina de la Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, que exige que los derechos deben tener una protección integral, es decir en una situación de privilegio o de discriminación positiva a favor de la infancia, irrumpió en América Latina generando un proceso de reformas sobre el núcleo duro de afectación de derechos: niños privados libertad por infracción o simplemente a título de protección, niños vulnerados en sus derechos por políticas que generaron una gigantesca exclusión social que golpea duramente a los más débiles, ocuparon el centro de la escena.

Pero cuando de la regulación de la institución familiar se trata, la primera actitud fue sostener que el sistema jurídico que nuestros países a través del Código Civil de Napoleón incorporaron para regular la vida familiar en sus jóvenes sociedades, reviste el carácter de un verdadero totem perfecto.

El Derecho Civil en general es visto así, de manera que el Derecho de Familia no podía ser alterado por una Convención de los Derechos del Niño, que salió y fue aprobada sin que se advirtiera políticamente la trascendencia de su aprobación.

Trascendencia de que da noticia el alto grado, casi unánime, de ratificaciones por los respectivos Estados.

Entonces se afirmó que sujeto de derechos somos todos los seres humanos, que el concepto de interés está en la consideración de todas las decisiones jurisdiccionales o no que se adoptan respecto de la infancia, en definitiva que nada ha cambiado.

El antes modificado parcialmente, así la patria potestad absoluta había evolucionado hacia un concepto funcional de autoridad que actúa a favor del desarrollo de los hijos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos había introducido la igualdad de los hijos independientemente de su origen matrimonial o extramatrimonial, la discrecionalidad jurisdiccional basada en la imposibilidad del legislador de prever todas las circunstancias y partiendo de la base del buen juez que protege de manera adecuada, es el estado de situación que por lo menos en el Uruguay rige al momento de dictarse la CDN.

Me he opuesto vigorosamente a tal concepción inmovilista desde hace muchos años, cuando tuve la oportunidad de trabajar en la reforma de las estructuras jurisdiccionales que removieron los cimientos de la doctrina de la Situación Irregular en materias de competencia de los Juzgados de Menores.

Por iniciativa de la Suprema Corte de Justicia en este país se aplicaron en forma directa las garantías de la CDN que no son otras que las de la Constitución Nacional a los adolescentes infractores, medida convertida en Ley Nº 16.707, se regularon los procesos tutelares en base al principio de intervención mínima e intervención administrativa posterior, se establecieron garantías en la ejecución de las medidas socioeducativas y se dotaron a los Juzgados Especializados de Equipos Técnicos de Asesoramiento Directo que trabajan en el Juzgado, con el Juez, apoyándolo en la toma de decisiones.

Participo de una tendencia de la jurisprudencia, que paulatinamente va superando viejos estereotipos de orden cultural, insertos en la subcultura jurídica, a partir de un desprecio de las instituciones terciarias de enseñanza por el abordaje científico de la cuestión y el abandono de su función específica en la materia: educar. No hay cursos de grado sobre estos temas en ninguna de nuestras Facultades, ni en la enseñanza pública ni en la privada.

Esta nueva tendencia parte de la base de que la Doctrina de la Situación Irregular atacó en forma directa a la familia, a la que desconoció en cuanto institución de contención y cuidado de los niños, privilegiando la óptica liberticida del niño en situación irregular, cubriéndolo con un monto protector que destruía su libertad mediante el encierro pero también mediante la **marginación familiar**.

Muchas veces, los padres o responsables no tomaban conocimiento de que el Estado los había sustituido en el ejercicio de sus derechos y deberes, sino cuando ya se había perpetuado el atropello mediante el expediente de la declaración sumaria de abandono por ejemplo.

El egreso constituía un camino difícil, largo, lleno de tropiezos y dificultades frente a la facilidad con la que el Estado, Juez de Menores mediante, e invocando su calidad de buen padre de familia había avasallado sus derechos.

Pero se repite, el Juez de Familia también actuaba con discrecionalidad total, la que aún se ve denodadamente defendida a través de citas en las sentencias de algunos prohombres de la judicatura.

Protección Integral y Derecho de Familia

Si bien debe reconocerse que no se ha creado una nueva institucionalidad familiar, por lo menos en la mayoría de nuestros países, si hay una nueva visión de los viejos institutos que ha permitido una renovación jurisprudencial.

Los Jueces de la última década del Siglo XX y de los albores del presente Siglo, han aceptado que la discrecionalidad es un arma demasiado riesgosa para ser manejada por un solo hombre o mujer por un grupo colegiado de hombres y mujeres.

Se ha avanzado de una manera lenta pero segura hacia un notable acotamiento de la discrecionalidad, aunque no se acepta aún su desaparición.

Creo que en esencia la Doctrina de la Protección Integral al visibilizar y desarrollar el carácter de sujetos de derechos de niños y niñas, ha traído a la familia al ámbito de las relaciones jurídicamente reguladas.

La familia es la vez un centro de imputación jurídica, donde las relaciones jurídicas entre sus integrantes están sujetas a la normas, que tiene en cuanto grupo familiar determinados derechos y obligaciones - seguridad social, salud, educación, identidad de los hijos, etc.-, pero es un ámbito al cual, ha llegado finalmente el Estado de Derecho.

Se ha reconocido a la Familia como un ámbito en el cual también deben ser respetados los principios de autonomía, de libertad y de desarrollo progresivo de sus integrantes.

Justamente **la intervención del Estado en la familia solamente se justifica con la finalidad de restituir derechos vulnerados o amenazados y no por un simple capricho de un Juez "buen padre de familia, omnímodo y todopoderoso.**

Basta citar las modernas legislaciones sobre Violencia Doméstica, inspiradas en principios de Derechos Humanos: Convención de Belen do Pará y en normas expresas de la CDN como el art. 9 por ejemplo, para ver hasta que punto se ha desarrollado la cuestión de cuándo, cómo y porqué intervenir.

Es pues en ese marco que analizaré algunos de los aspectos novedosos en cuanto a la incidencia de la CDN en el ámbito del Derecho de Familia.

Este análisis es parte de la tarea de construir también en el ámbito familiar garantías que son al decir de Ferraioli los límites normativos a la actividad estatal.

De la Protección Jurisdiccional

Ya he expresado al respecto los conceptos centrales, en cuanto a la legitimación de la intervención del Estado a través del ejercicio de la función jurisdiccional.

La misma está dirigida a la protección de derechos y no de personas, solamente se legitima por tal motivo.

Reconoce como límites precisos por una parte el carácter mínimamente necesario para lograr su objetivo: la restitución de derechos amenazados o vulnerados. Por otro debe ser en la medida y en el tiempo, estrictamente necesarios para cumplir su finalidad.

Cumplida la misma debe cesar la intervención del Juez, dejando a cargo de la propia familia, con el amparo de las políticas necesarias su evolución y

desarrollo hacia formas de respeto de los derechos de sus integrantes y de la comunidad conforme el art. 5 CDN.

La intervención jurisdiccional debe cumplir todos los requisitos del debido proceso legal, garantía máxima y esencial sobre la que no abundaré.

Destaco aquí que debe haber un correcto y fluido acceso a la Justicia de parte de todos los habitantes, de donde los servicios judiciales deben ser gratuitos, debe haber también defensa jurídica especializada y al alcance de toda la población independientemente de sus posibilidades económicas.

Se requiere de una Justicia especializada, con recursos humanos y materiales adecuados y suficientes, para resolver los asuntos de su competencia.

Sobre el carácter no discrecional de la intervención del Juez de Familia el Tribunal que integro ha sostenido:

"Contrariamente a lo afirmado por el demandado al evacuar el traslado y en audiencia ante la Sala, el Juez de Familia no actúa de manera discrecional sino acotado a derecho, debiendo en caso como los de autos recurrir al concepto de interés superior del niño como criterio de interpretación de la norma y para dirimir los conflictos entre los adultos, vinculados o derivados de las diferencias sobre con quién debe vivir XX".(S.386/03)

El niño es un sujeto de derechos, que tiene derecho a una participación activa. El derecho a ser oído.

Me remito a la lectura del artículo 12 de la CDN, pero quiero analizar algunos ataques que se ha realizado a tal derecho, con el indudable criterio de desmerecer este avance indudable.

Un argumento que se hace es que el derecho del niño a ser oído es un mecanismo perverso por el cual el mundo adulto delega sus responsabilidades en los niños.

También que esto coloca a los niños en situación de resolver sus propios problemas, cuando no están en condiciones por su evolución e inmadurez de resolverlos.

Otro argumento es que coloca al niño en una situación privilegiada y que puede utilizar tal facultad para perjudicar a los adultos o hacerlos actuar según su conveniencia.

Para responder a estas cuestiones debe considerarse en primer término que la CDN recoge como principio el derecho del niño a ser oído en todos los procedimientos en que su interés se encuentre involucrado o afectado.

El Juez, con todas las garantías y la asistencia de técnicos especializados en su caso, recoge la opinión del niño o sea lo que en un momento y lugar determinado aquél piensa y opina sobre determinada situación.

Esto determina primero una cuestión de admisibilidad es decir cuándo se debe recoger tal opinión, respecto de qué niños y allí nos encontramos que no existe edad determinada, pues ello está sometido a la condición de que *"esté en condiciones de formarse un juicio propio"*. Condición que deberá ser calificada como una cuestión más a resolver en el marco de un proceso con todas las garantías.

Mi experiencia me demuestra que hay niños de 8 o 9 años que pueden formarse un juicio propio y otros de más edad que no lo están, así que debe estarse al caso concreto.

La admisibilidad exige la motivación de la sentencia al respecto.

El otro aspecto es la valoración de tal opinión, lo que exige que el Juez al sopesarla debe tener en cuenta hasta qué punto es propio el juicio o inducido por los adultos y también si existe algún intento de manipulación de parte del niño.

También para decir si se tiene o no se tiene en cuenta la opinión deberá motivarse expresamente la decisión, con elementos que permitan a las partes el ejercicio del derecho de defensa sobre la cuestión.

Debe crearse en audiencia las condiciones adecuadas para que el niño exprese libremente su opinión.

El Tribunal que integro ha sostenido recientemente en Sentencia N° 386/03 en asunto sobre tenencia:

"Atento a la situación verificada en la causa, teniendo en cuenta que la madre está en buenas condiciones para convivir con su hijo, que no se ha probado ningún elemento en contrario de tal conclusión, se le asignará la tenencia de su hijo reconociéndose un amplio régimen de visitas a favor del padre.

No escapa a criterio de la Sala, que tal es la solución que el niño siente como la más adecuada (art. 12 Convención de los Derechos del Niño), especialmente destacable cuando hace varios años que no vive con la madre, quedando demostrado así la buena relación del punto de vista afectivo con su progenitora".

En esta sentencia se ha sostenido que cuando del cúmulo probatorio agregado en la causa resulta una situación favorable a determinada solución, si la misma solución es coincidente con la opinión del niño, no existe motivo para apartarse de ella.

En otras oportunidades, cuando la opinión es contradictoria con el cúmulo probatorio, se recurre a los conceptos desarrollados a continuación.

El interés superior del niño analizado como garantía

En nombre del bienestar o del interés del niño se han cometido las mayores inequidades, de ahí la necesidad de construir tal concepto desde la perspectiva y como una garantía más.

El artículo 350.4 del Código General del Proceso en mi país, dictado con anterioridad a la CDN determina que:

"En las pretensiones relativas a menores e incapaces, se considerará prioritaria la tutela de su interés por el Tribunal"

En trabajo publicado en Revista de Derecho de Familia N° 16 he sostenido que:

"Couture define al interés desde el punto de vista procesal como: "Aspiración legítima, de orden pecuniario o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de determinada conducta".¹

A su vez Cabanellas, Guillermo refiriéndose a la noción de situación jurídica la define como: "En concepto de Carnelutti el interés jurídicamente

¹ Vocabulario Jurídico, p. 344, Depalma, Buenos Aires, 1991.

protegido o jurídicamente subordinado y más adelante habla de una situación jurídica activa "... consistente en el predominio de un interés, concretado mediante una medida jurídica. En opinión de Bonecasse se está ante la manera de ser de cada cual ante una regla de derecho en determinada institución jurídica".²

Este concepto de situación jurídica positiva resulta corroborado por los adjetivos prioritario o superior. Se ha pretendido extraer consecuencias jurídicas de la versión inglesa de la Convención que refiere a *the best interest* expresión que literalmente debería traducirse como el mejor interés, partiendo de la base que el juez anglosajón entre varias soluciones escoge la mejor para el niño. Creo que la cuestión semántica queda relevada porque tanto la versión española como la francesa por ejemplo se refieren a interés superior.

De la cita de O'Donnell resulta claramente ese sentido de prelación de intereses, de especial valor por provenir de un autor de origen anglosajón, aunque muy ligado con América Latina.

La dificultad de aportar una definición del concepto ha llevado a que algunos autores prefieran hacer una enumeración de en qué consiste el interés superior del niño en cada situación concreta.

Creo y lo digo con el mayor respeto que es prácticamente imposible encontrar una definición que haga a la sustancia del interés superior del niño, como por ejemplo cuando Cillero se refiere a que el mismo consiste en el respeto de todos los derechos establecidos en la Convención.

Lo que sí me parece fundamental es señalar que como en tantos aspectos, la Convención al instalar una nueva lectura de la relación de los adultos con los niños y viceversa, obliga a una reformulación del instituto.

Si se parte de la base que el mundo normativo en una concepción moderna se divide entre: reglas, que son normas completas con una hipótesis y su consecuencia y principios, que son enunciados generales que hace el legislador para que el intérprete los aplique al caso concreto, debemos concluir que el interés superior del niño es un principio.

Principio que por definición implica un cierto grado de indeterminación, pues el legislador no puede prever todas las hipótesis en que el interés de los niños debe ser puesto en funciones. Obsérvese la amplitud del artículo 3.1 de la Convención que abarca a las autoridades administrativas, al legislador, al juez, al educador y a los propios padres (art. 18).

Se puede decir que lo que ha variado es la actitud del operador. El Juez antes era un buen padre de familia y por eso incurría en aras de la indeterminación del concepto en actitudes arbitrarias. Ese buen padre de familia actuaba con relación a personas que eran objeto de su protección con una libertad casi absoluta, por eso la fundamentación de sus decisiones era mínima.

El nuevo paradigma impone al operador y especialmente al juez actuar con el máximo rigorismo jurídico. Ello no significa automatismo, porque repito, el legislador no puede prever todas las hipótesis posibles, las que son en sí infinitas.

² Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Ed. Heliasta, Argentina, 1989, pág. 455.

Pero antes al igual que siempre existía el orden jurídico como un todo integral, que debía ser aplicado en su conjunto y dentro de su contexto, al que repugna la arbitrariedad y el paternalismo.

Es más la obligación del juez en toda sociedad democrática y en aplicación de la garantía del debido proceso legal – art. 12 de la Constitución – es fundar sus fallos: una decisión no fundada con una mera invocación de un principio es una decisión arbitraria.

Entiendo que el interés superior del niño siempre implica dos aspectos esenciales: el de garantía vista como límite normativo a la actividad estatal y el de protección que se ejerce como protección de derechos y no de personas.

Ante la necesidad de aplicar la norma siempre deberá procederse de la siguiente manera:

- a) teniendo en cuenta los elementos objetivos que resultan de las pruebas relevadas en autos
- b) elemento volitivo; en aplicación del art. 12 de la Convención deberá recabarse la opinión del menor de acuerdo a su edad etc. y la misma se tomará en cuenta, lo que no quiere decir seguirla ciegamente
- c) elemento prospectivo a la luz de los objetivos que resultan del artículo 41 de la Constitución es objetivo de formación que los hijos “alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social...” y del art. 5 de la Convención que prevé que debe respetarse los derechos y deberes de los padres o quienes los sustituyan de impartir al niño ...dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. El futuro debe ser interpretado como el desarrollo del ejercicio de una ciudadanía plena y responsable, consciente de los propios derechos y respetuosa del derecho ajeno.
- d) El juez considerando todos estos elementos, desarrollará el principio construyendo la solución del caso concreto a partir de todo el orden jurídico (normativa de origen nacional e internacional), de aportes técnicos, de su propia experiencia, todo lo que debe ser racionalmente fundado.

De esa fundamentación racional y articulada con todos los pasos que se detallan, surge la posibilidad de control de la decisión. Sin posibilidad de control estamos en el imperio del autoritarismo.

Los jueces deben capacitarse en el ejercicio profesional sobre estas bases, debiendo analizar entre las distintas alternativas de solución de un conflicto cuando se encuentran niños involucrados cuál es la que menos afecta sus derechos.

El principio no necesita definición conceptual sino que los límites resultan del ordenamiento jurídico, el margen de decisión que tiene todo Juez como integrante de la especie humana en que no existen soluciones con la exactitud que dan las ciencias matemáticas, se convierte así en un margen de actuación reglada, susceptible del control del justiciable y de los superiores procesales.

Estos postulados están recogidos en el artículo 6) del Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia aprobado por la Cámara de Diputados en diciembre pasado:

"(Criterio específico de interpretación e integración: el interés superior del niño y adolescente) Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a la persona humana. En consecuencia este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos".

- a) se aplica en calidad de principio de interpretación y de integración del derecho: ante carencia de norma o ante dudas interpretativas, consagrándose el carácter de superior en relación a otros intereses que se contrapongan
- b) el aspecto protector radica en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a la persona humana
- c) el aspecto garantista resulta de la última frase: no puede invocarse para menoscabar derechos, obviamente menos para dejarlos sin efecto o suprimirlos.

En aplicación de tales criterios, el Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo Turno que integro, ha afirmado en reciente sentencia:

"La Convención de los Derechos del Niño – Ley 16.137 del 28.IX.1990- determina un nuevo paradigma en cuanto a la infancia, definido por dos elementos esenciales que son el carácter de sujeto de derecho y el interés superior del niño.

En virtud de ser sujeto de derecho el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose en cuenta debidamente las opiniones en función de su edad y madurez (art. 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño).

El Tribunal debe tener en cuenta su opinión según mandato de la Convención, lo que no implica acatarla pero sí impone un análisis de la misma. En el caso de autos no existe elemento alguno para sostener que tal opinión esté viciada o desviada, máxime cuando en los dichos de los propios niñas se aprecia el amor y la necesidad de un contacto regular y permanente con el padre, independientemente de convivir con su madre.

En cuanto al principio del interés superior del niño – art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño y 350.4 del Código General del Proceso - es un criterio de interpretación, que obliga al intérprete a poner en consideración en primer término de qué manera afecta al menor la aplicación que se pretende hacer de la norma y en función de su interés superior o prioritario adoptar aquella alternativa que menos afecte sus derechos cuando no existe motivo fundado alguno para adoptar otra interpretación más aflictiva de tales derechos.

Comentando el artículo 350 .4 del Código General del Proceso del Uruguay, en sus clases el Dr. DANTE BARRIOS DE ANGELIS afirma que en caso de oposición de intereses habrá que manejar dos criterios : a) el de jerarquía de intereses o sea si los contrarios posibles están en situación de igualdad o de inferioridad y b) de racionalidad o de razonabilidad al que identifica con la

definición de Dewey en "Lógica" , Fondo de Cultura Económica, México 1940 como que debe haber una cierta relación entre el propósito que nos proponemos y los medios.-

En "Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana", CAIROLI-PÉREZ MANRIQUE, Ed. Universidad, Montevideo, 1996, se define al interés superior del niño como una situación jurídica positiva, que identifica con aquellas situaciones por las cuales determinadas personas o sectores de personas, deben ser preferentemente contempladas en sus derechos por los operadores jurídicos.-

No cabe duda, que en las diversas acepciones, el concepto de interés superior del niño sobrevuela por todos los derechos previstos en la Convención, que debe tener un enfoque garantista, que implica prioridades y afirmación de los derechos (Cf. S. 135/01 entre otras)".³

Concluyéndose en el trabajo citado:

"Creo en consecuencia que sería tautológico concebir el principio del interés superior del niño como el mero respeto de los derechos consagrados en la Convención u otras normas internacionales y en el Derecho Interno.

En realidad el interés superior del niño impone a todo el mundo adulto en la relación con los niños (instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades legislativas u órganos legislativos, padres) una consideración especial que consiste en la protección integral, respetuosa de sus derechos como seres en desarrollo.

Tal principio hace efectivo el concepto de alteridad y diversidad de la infancia, imponiendo al mundo adulto tanto institucional como individual una consideración especial, que no puede invocarse para adoptar soluciones paternalistas y al que repugna el autoritarismo.

Obliga a los operadores, en el marco de una discrecionalidad reglada a actuar siempre dentro del orden jurídico y fundando la decisión, en los elementos y por los procedimientos que se establecieron ut supra."

En aplicación de tales criterios el Tribunal que integro, a título de ejemplo ha utilizado en el sentido indicado el concepto de interés superior del niño:

Obligaciones alimentarias. para el apartamiento de los estándares jurisprudenciales en cuanto al monto; para interpretar los acuerdos de voluntades entre los padres o abuelos respecto de los servicios, aplicando la fórmula interpretativa más favorable al derecho del niño a la supervivencia - Sentencias 103/02, 19/03, 196/03 y 240/03-.

Igualmente para aplicar condenas por retroactividades porque la sentencia de condena rige desde la demanda lo diga o no concretamente (S. 23/03).

Visitas. para conservar vinculación con los abuelos, S. 61/02 no es interés circunstancial sino de futuro, S. 99/02 para asegurar las visitas desvirtuado el presunto abuso sexual del padre no tenedor, pues sólo se puede privar del derecho del niño al libre y normal acceso a sus dos padres ante un hecho probado, negativo para su interés.

³ Sentencia 255 de 19 de diciembre de 2001.

Guarda y tenencia: criterio rector de atribución, numerosas sentencias entre ellas las citadas antes. La propia Suprema Corte de Justicia en Sentencia 665/96 ha desarticulado el concepto de "estabilidad" en la situación del niño como criterio para mantener el régimen de tenencia, contra el derecho del niño a vivir con su madre del cual fue privado ilegítimamente.

Legitimación adoptiva (o adopción plena): a partir del criterio de dar una familia al niño /Convención de La Haya de 1993, S. 102/01 se dio por cumplido requisito de 5 años de matrimonio entendiendo por tal los años de concubinato entre los adoptantes simultáneos a la tenencia.

Pérdida de la Patria Potestad- S.89/02, se desestimó, de padre que había violado sobrinas, pero había construido sólida relación con su hija, por no haber interés para ésta en que se decretara la pérdida.

Investigación de la paternidad- análisis de la negativa a pruebas técnicas como una afectación del derecho del niño a saber quiénes son sus padres.

Autorización para radicación en el exterior. la madre solicita autorización para volver a su patria con su hijo ante la oposición del padre. El Tribunal en lo concreto afirmó en Sentencia N° 24/03:

"Finalmente se hace caudal del concepto de interés superior del niño, art. 3.1 de la Convención y 350.4 del Código General del Proceso, planteándose la cuestión en término de enfrentamiento o conflicto de los derechos de la madre ya señalados, contra el derecho de la niña a tener acceso a ambos padres.

El Tribunal ha reiteradamente incursionado sobre la cuestión, a la cual no se ingresará pues en aplicación directa de la Convención en la transcripción del art.9.1 in fine, se deberá determinar el lugar de residencia de la menor mediante una decisión judicial".

Como se ve, desde la CDN, con perspectiva de garantías, es posible una jurisprudencia que, a falta de reforma legislativa o habiéndose producido ésta, sea realmente protectora de los derechos de los niños., niñas y adolescentes.

Lo tutelar

Finalmente quiero analizar otra consecuencia que me interesa destacar, de esta concepción del Derecho de Familia y de las garantías: lo identificado como tutelar hasta el momento, aún en la descripción de competencias de los Jueces de Menores en nuestro país y en otros presentes aquí, siempre será un asunto de Familia por las razones que se dirán.

Todas las hipótesis de intervención en materia tutelar se identifican con la existencia de niños o niñas que están en situación de vulneración o amenaza de sus derechos.

Pero esos derechos siempre están referidos a una situación de familia: que no puede o no quiere cumplir sus obligaciones de protección respecto de esos niños. No existe hipótesis que escape a tal formulación.

Por tanto debe ser un Juez de Familia, actuando conforme a los criterios reseñados hasta ahora quien debe intervenir para amparar esos derechos.

Esta es una primera aproximación a un tema apasionante, en el cual existe retraso en la tarea crítica de las respuestas del antiguo régimen a la luz de los nuevos principios, tarea a la que cotidianamente dedico mis mejores esfuerzos desde el ejercicio de la judicatura a la par que muchísimos, felizmente cada vez más, colegas.

Montevideo, diciembre de 2003.