



La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina



Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-337-0
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Uruguay

Javier Palummo Lantes*

Marielen Moreira Olarán**

* Abogado y doctor en Derecho, miembro experto y vicepresidente del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

**Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (abogada) egresada de la Udelar; maestranda de la Maestría en Infancia y Políticas Públicas de la Udelar (Uruguay).

A. Introducción; B. Algunos datos estadísticos generales; C. Principales características de la estructura estatal; D. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno; E. Reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento interno; F. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en los fallos jurisprudenciales; I. Aspectos generales de la aplicación de la CDN en la jurisprudencia reciente; II. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente; III. Autonomía progresiva; IV. Derecho a ser oído y tomado en cuenta; V. Derecho a la vida y a la salud; VI. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales; VII. Derecho a la educación; G. Consideraciones finales.

A. Introducción

En el presente trabajo se procura dar cuenta de la forma en la cual el Estado uruguayo ha consagrado la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en su Constitución, en sus normas internas y en la práctica de sus tribunales superiores. Para este propósito ha sido necesario analizar la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico interno, y la aplicación de los diferentes estándares normativos en la práctica jurisprudencial.

La labor desarrollada no es parte de un estudio exhaustivo, sino de una selección de algunas de las principales sentencias de los tribunales referidos. Se ha procurado desarrollar en forma equilibrada diferentes temáticas de modo de poder dar un panorama general del proceso de constitucionalización de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay.

B. Algunos datos estadísticos generales

La población total de Uruguay conforme al último censo es de 3,286,314 personas,¹ 1,708,461 son mujeres y 1,577,416, varones. Desde 2003 Uruguay registra valores de la tasa global de fecundidad "por debajo del reemplazo" (esto es, valores inferiores a 2.1 hijos por mujer) lo que lo coloca en el conjunto de países de baja fecundidad.

Las personas mayores de 65 años son 14% de la población total. El total de niños, niñas y adolescentes de 0 a 17 años asciende a 870,399.² Los niños y niñas de 0 a 12 años representan aproximadamente 19% de la población de Uruguay (610,435). A saber: los niños y niñas de 0 a 3 años representan 5.32% (174,897); de 4 a 5 años, 2.76% (90,722) y de 6 a 12 años, 10.49% (344,816).³

En cuanto a la maternidad adolescente, el porcentaje de mujeres que son madres entre los 15 y los 19 años es de 3.6% en el ámbito nacional. La fecundidad adolescente es más alta entre quienes tienen carencias críticas (con 1 necesidad básica insatisfecha es de 11.1%; con 2 o más es de 22.4%) y bajos niveles educativos (cerca de 25% de adolescentes con menos de 6 años de educación y 3% que tienen entre 10 y 12 años de estudio).⁴ La tasa de embarazo adolescente está en descenso, lo que impacta directamente en el descenso total de los nacimientos del país.

¹ Véase Instituto Nacional de Estadística, Resultados del Censo de Población 2011: población, crecimiento y estructura por sexo y edad, 2011, p. 1. Disponible en <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35289/analisispais.pdf>. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

² Calvo, Juan José (coord.), "Jóvenes en Uruguay: demografía, educación, mercado laboral y emancipación", en *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay*, fascículo 4, Programa de Población Unidad Multidisciplinaria, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de la República, 2014, p. 8. Disponible en https://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

³ Montti, Oriana, *Cuidados en Primera Infancia. Análisis descriptivo de los datos del censo 2011*. Disponible en http://guiaderecursos.mides.gub.uy/innovaportal/file/23304/1/13.05_-_snc_informe_censo_-_infancia.pdf#:~:text=El%20total%20de%20ni%C3%B1os%20y,de%20la%20poblaci%C3%B3n%20de%20Uruguay. [Consultado 12 de setiembre de 2022], p. 4.

⁴ Batthyany, Karina y Genta, Natalia, "Diagnóstico prospectivo en brechas de género y su impacto en el desarrollo. Tendencias demográficas de la población uruguaya", Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Presidencia, 2016, p. 9. Disponible en https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero_demografia.pdf. [Consultado el 5 de octubre de 2022].

C. Principales características de la estructura estatal

Uruguay se caracteriza por ser un Estado constitucional de derecho, soberano, "libre e independiente de todo poder extranjero";⁵ de carácter unitario y que contempla cierto grado de descentralización territorial. La Constitución vigente data de 1966, y se ha reformado en cuatro oportunidades desde el retorno a la democracia (1989, 1994, 1996 y 2004). Una de las características del texto constitucional es su reducido nivel de rigidez y la posibilidad de que sean desarrollados procesos de reformas mediante la iniciativa ciudadana.⁶

Desde el punto de vista de su organización adopta la forma republicana democrática,⁷ puede entenderse que el régimen es semirrepresentativo, pues, pese a que funciona como un régimen representativo, existen institutos de democracia directa, como referéndum, iniciativa popular y plebiscito, que se emplean excepcionalmente.

El Poder del Estado se divide en tres poderes independientes.

El Poder Ejecutivo es ejercido por el presidente de la república actuando con el ministro o ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros.⁸ Algunas de las competencias del Poder Ejecutivo destacables son: la conservación del orden y tranquilidad en lo interior y seguridad en lo exterior; el mando superior de las fuerzas armadas; publicar y circular sin demora las leyes emanadas del Poder Legislativo, hacerlas ejecutar y expedir reglamentos para su ejecución en caso de ser necesario; poner objeciones o hacer observaciones a los proyectos de ley que le remita el Poder Legislativo, y suspender u oponerse a su promulgación; proponer a las cámaras del Poder Legislativo proyectos de ley o modificaciones a las leyes ya

⁵ Constitución de la República, Uruguay, art. 2.

⁶ *Ibidem*, art. 331.

⁷ *Ibidem*, art. 82.

⁸ *Ibidem*, art. 149.

dictadas; tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves de ataque exterior o conmoción interior; concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo, entre otras competencias previstas en la Constitución.⁹

El Poder Legislativo está organizado bicameralmente y compuesto de cuatro órganos: Cámara de Representantes, Cámara de Senadores, Asamblea General y la Comisión Permanente.

Por último, el Poder Judicial, que es en general considerado independiente y autónomo.¹⁰ La principal función que tiene el Poder Judicial es la jurisdiccional y está organizado en el ámbito nacional en un órgano supremo (Suprema Corte de Justicia), tribunales y juzgados. Los órganos de mayor jerarquía mantienen un sistema colegiado, en tanto su integración es pluripersonal, y los órganos de menor jerarquía (juzgados) son unipersonales.

En definitiva, el ejercicio del poder jurisdiccional compete a los siguientes órganos de acuerdo con el orden jerárquico que se detalla.

La Suprema Corte de Justicia es el órgano superior del Poder Judicial, integrada por 5 miembros. La competencia del órgano de justicia no sólo se circunscribe al ejercicio de la función jurisdiccional, sino que también desarrolla función administrativa y legislativa, tal como lo enumera el artículo 239 de la Constitución.¹¹ El control de constitucionalidad es parte

⁹ *Ibidem*, art. 168.

¹⁰ La Constitución de la República en los artículos 233 a 261 regula la función, competencias y organización del Poder Judicial, sin perjuicio de la reglamentación que otras leyes realizaron al respecto, por ejemplo, la Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750) del 24 de junio de 1985, entre otras.

¹¹ La Constitución le atribuye el ejercicio de función administrativa, a saber: "la superintendencia directiva, correctiva, consultiva y económica sobre los Tribunales, Juzgados y demás dependencias del Poder Judicial" (numeral 2°), lo que no implicaría inferir en la función jurisdiccional de los Tribunales y Juzgados; así como también tendrá competencia en designaciones de miembros de Tribunales de Apelaciones, Jueces Letrados, defensores de oficio y de los funcionarios (que no fueren jueces) del Poder Judicial (numerales 2° a 7°). Según el numeral 3° del artículo 239 de la Constitución la Suprema Corte de Justicia tiene iniciativa en los proyectos de presupuestos del Poder Judicial, los que debe enviar al Poder Legislativo en el marco de las competencias que ejerce en función legislativa.

de la competencia originaria de la SCJ, en tanto los artículos 256 a 261 de la Constitución regulan la "declaración de inconstitucionalidad de la ley".

En Uruguay el control de constitucionalidad está asignado a un solo órgano en ejercicio de la función jurisdiccional. Es la Suprema Corte de Justicia quien tiene la competencia exclusiva y originaria para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y los decretos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción,¹² por lo que se trata entonces de un sistema concentrado. La sentencia de la Suprema Corte de Justicia tiene el efecto de declarar la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley o decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción en el caso concreto.

Para ello, la declaración de inconstitucionalidad podrá declararse por razones de forma o de contenido¹³ y podrá ser solicitada por tres vías diferentes.

La primera posibilidad es la denominada "vía de acción", en este caso la persona interesada acciona directamente ante la Suprema Corte de Justicia sin necesidad de que exista ningún proceso judicial en trámite. La segunda es la "vía de excepción", en este caso la inconstitucionalidad se solicita en el marco de un procedimiento judicial pendiente. La tercera

Por otra parte, el Presidente del órgano tiene la facultad de "concurrir a las comisiones parlamentarias, para que con voz y sin voto, participe de sus deliberaciones cuando traten de asuntos que interesen a la Administración de Justicia, pudiendo promover en ellas el andamio de proyectos de reforma judicial y de los Códigos de Procedimientos".

¹² "Los decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción son actos legislativos, expresión de función legislativa ejercida por los órganos legislativos de los Gobiernos Departamentales. (...) Así lo dispone el Art. 273 'La Junta Departamental ejercerá las funciones legislativas y de contralor en el Gobierno Departamental. Su jurisdicción se extenderá a todo el territorio del departamento'. Se descentraliza la función legislativa y este órgano puede crear actos legislativos departamentales, algunos los llaman Leyes departamentales, Justino Jiménez de Aréchaga opina que no hay descentralización de la función legislativa. los actos de las Juntas Departamentales llamados decretos con fuerza de Ley en su jurisdicción por la Constitución son reglamentos administrativos de las Juntas, la Constitución solo ha descentralizado la función administrativa. Jiménez De Aréchaga, La Constitución Nacional Tomo IX pág. 120 y 122." En Borché Alonso, Alejandro, "La publicación de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", *Revista de Derecho Público*, año 23, núm. 45, 2014, pp. 37-55.

¹³ Constitución de la República, Uruguay, art. 256.

es la "vía de oficio", la que procede cuando el juez o el tribunal que interviene sobre un asunto considera que una norma que están aplicando es inconstitucional. En ese caso es posible elevar las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia para que se pronuncie.¹⁴

En definitiva, puede destacarse que el control de constitucionalidad sólo pertenece al Poder Judicial, reservado únicamente a la Suprema Corte de Justicia y, en determinados casos, también puede ser ejercido por el Poder Legislativo en los supuestos de anulación de la ley.

D. La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento interno

La Constitución contiene tres normas que han sido especialmente relevantes para considerar el carácter constitucional de los derechos humanos.

El artículo 7 realiza una enumeración de derechos no taxativa sino enunciativa.¹⁵ El artículo 72¹⁶ refiere a la no taxatividad de la enumeración de los derechos reconocidos. Estos artículos ponen en evidencia una clara opción por la tesis iusnaturalista que es plasmada en la Constitución, en tanto se admite la existencia de derechos preexistentes que son reconocidos por la norma constitucional.

Por último, el artículo 332 de la Constitución dispone:

"Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será

¹⁴ *Ibidem*, art. 258.

¹⁵ "Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general."

¹⁶ "La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno."

suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

Este último artículo complementa en forma global el esquema de protección al que nos referimos antes, otorgando a las normas de protección una ejecutividad propia y mandatando al juez o al poder administrador a su aplicación aún ante la falta de elementos normativos que le indiquen el camino a seguir. De esta forma no podrá alegarse la imposibilidad de proteger el goce de un derecho, sobre la base de la falta de la determinación de su alcance o forma de ejecución en la práctica.

Al estudiar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se han planteado dos interrogantes: la primera es cuál sería la independencia o conexión entre ambos sistemas jurídicos, y, la segunda, cuál sería la jerarquía entre las normas internas y las emanadas del derecho internacional.

Al respecto se han postulado dos posiciones o teorías: la monista y la dualista. La tesis monista propone la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno y establece la incorporación automática de las normas internacionales al derecho interno luego de haber sido ratificadas por los Estados. Mientras que la tesis dualista sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos jurídicos diferentes que funcionan de forma independiente sin injerencias. Para que una norma se incorpore al derecho interno, debía realizarse un acto expreso de transformación de la legislación interna distinto a la ratificación.

En el Uruguay ha primado la posición monista que admite la incorporación automática de normas internacionales en su orden interno.

a) Procedimiento para la aprobación de tratados internacionales

La Constitución hace referencia al procedimiento para la negociación, aprobación y ratificación de los tratados. El artículo 168, numeral 20,

prevé expresamente que corresponde al Poder Ejecutivo "concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo". También se hace referencia al respecto en el artículo 85, numeral 7, en lo que concierne a la competencia de la Asamblea General para decretar y aprobar por mayoría absoluta de cada cámara "los tratados de paz, alianza, comercio y las convenciones y contratos de cualquier naturaleza que celebre el Poder Ejecutivo con potencias extranjeras".

Esta aprobación legislativa suele contener un único y escueto artículo por el que se aprueba el tratado, y se trata de leyes particulares ya que no pueden ser objeto de modificación parlamentaria, sino que se aprueba o se rechaza. En cuanto al procedimiento legislativo (sin perjuicio de que la mayoría exigida por la Constitución para la aprobación), no presenta diferencias con el procedimiento ordinario (o común) para la expedición de las leyes, incluso, a falta de texto expreso en contrario, cabe admitir la posibilidad de que el Poder Ejecutivo, una vez sancionado el proyecto de ley, formule observaciones u oponga objeciones al mismo.¹⁷

b) Jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno

Ahora bien, una vez que un tratado internacional es incorporado en el derecho interno corresponde analizar cuál sería la jerarquía que tendría la norma. La Constitución de Uruguay no contiene ningún artículo que otorgue especial jerarquía a los tratados del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, parte de la doctrina ha sostenido que los derechos inherentes a la personalidad humana o derivadas de la forma republicana de gobierno que son consagrados en los tratados internacionales y que no se encuentran enumerados en la Constitución adquirirían rango constitucional. De acuerdo con esta posición generalizada en el ámbito local, en el ordenamiento jurídico uruguayo los derechos humanos no previstos expresamente en la Constitución, pero que han sido

¹⁷ Aguirre Ramírez, Gonzalo, "Derecho legislativo", en Risso Ferrand, Martín, *Teoría General de la Ley*, t. I, Montevideo, FCU, 1997, pp. 161.

recogidos por los tratados internacionales ratificados por el país, serán incorporados al derecho positivo con rango supralegal y jerarquía constitucional en virtud de la enumeración no taxativa, amplia y flexible de derechos que realiza el artículo 72 de la Constitución.

La circunstancia de que el artículo 72 de la Constitución realice una enumeración de derechos, pero sin excluir otros derechos no mencionados, permite que se amplíen los derechos humanos protegidos, siempre y cuando fueren inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.

En este caso, entonces, no caben dudas de que los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)¹⁸ tendrían una jerarquía constitucional, habiéndose producido su "constitucionalización". Lo mismo pasaría con sus tres protocolos facultativos: el Relativo a la Participación de Niños en Conflictos Armados,¹⁹ el Relativo a la Venta de Niños, Prostitución Infantil y Utilización de los Niños en la Pornografía,²⁰ y el Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones.²¹ Todos estos instrumentos son parte del ordenamiento jurídico y los derechos allí reconocidos tendrían rango constitucional.

Sin embargo, actualmente esta modalidad de constitucionalización ha sido superada por la noción de "bloque de derechos humanos" o "bloque de constitucionalidad", lo que implica una cierta equiparación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.²² "Este 'bloque' se conforma con los derechos de reconocimiento explícito en las disposiciones constitucionales o convencionales aplicables y los implícitos".²³

¹⁸ Ratificada por Ley 16.137 del 28 de septiembre de 1990.

¹⁹ Ratificado por Ley 17.483 del 22 de mayo de 2002.

²⁰ Ratificado por Ley 17.559 del 27 de septiembre de 2002.

²¹ Ratificado por Ley 19.304 del 12 de enero de 2015.

²² Risso Ferrand, Martín, "El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos", en Tomé, Miguel (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, t. I, Montevideo, UCUDAL, 2015, p. 209.

²³ Garat Delgado, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo*, tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, 2019, p. 313.

El concepto "bloque de constitucionalidad" ha sido recogido por la jurisprudencia nacional, tanto por los Tribunales de Apelaciones como por la Suprema Corte de Justicia a partir de 2009, en ese año fue dictada la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 365/2009 de 19 de octubre de 2009, en el caso Sabalsagaray.²⁴ A partir de dicho momento, la noción mencionada ha sido invocada de forma recurrente en la jurisprudencia referida a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en la última dictadura, así como en materia de derecho del trabajo, pero no tanto, por los Tribunales de Familia que fallan en las cuestiones relativas a niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, ello no obsta a que pueda observarse que al momento de proteger los derechos de los NNA la jurisprudencia de estos tribunales reconoce la jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos tal como lo señala la doctrina más reciente.

E. Reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento interno

Es posible afirmar que no hay previsión constitucional expresa que regule y proteja los derechos de la niñez y la adolescencia. La Constitución tutela a la familia y, dentro de ella, a los niños y niñas que la integran en forma genérica. El artículo 40 de la Constitución establece que "La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad". A su vez, el artículo 41 señala que

El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres. Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten. La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia

²⁴ Formento, Augusto y Delpiazzi, José Miguel, "Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas", *Revista Derecho*, vol. 9 núm. 18, 2010, pp. 101-113. Disponible en: <https://sitiosdememoria.uy/sabalsagaray-curuchet-nibia-gloria>.

y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

El artículo 42 consagra la protección de la maternidad en tanto dispone "Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto a los nacidos en él. La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo". Por último, el artículo 43 prevé que "La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer".

Los referidos artículos fueron incorporados a la Constitución uruguaya en la reforma constitucional de 1934, significando un cambio radical en la parte dogmática, pues el Estado asumió un papel activo debiendo brindar apoyo económico o social a la familia y la maternidad. También incorporó los "deberes" de cuidar de la salud y educar a los hijos. En algunas de estas disposiciones se introdujeron como normas programáticas las cuales implican una "acción futura del Estado dirigidas a elevar el nivel de vida de los habitantes". Por ejemplo, se incorporó la definición de familia como "la base de la sociedad" en el artículo 40, pero en otras se encomienda la regulación a la sanción de leyes posteriores. Estas normas han sido seguidas de leyes que siguen o deben seguir los lineamientos constitucionales.²⁵

La Constitución de la República y los tratados internacionales tendrían la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico, de conformidad con lo señalado por el artículo 72 de la Carta, conformando un bloque de constitucionalidad. Lo que incluiría la CDN, así como a otros instrumentos relevantes que refieren a los derechos de niños y adolescentes, por ejemplo, el Convenio de la OIT N° 138 sobre la edad mínima de admisión al

²⁵ Sentencia N° 301/2020, TAF 2ª, Cap. Considerando" 3.

trabajo (aprobado por Decreto ley 14.567 de 30 de agosto de 1976), la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁶ a Convención Interamericana sobre Tráfico y Protección de Menores,²⁷ Convenio de la OIT N° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil,²⁸ la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias,²⁹ la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores,³⁰ la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción,³¹ así como los tres protocolos de la CDN antes mencionados, entre otros.

Desde esta perspectiva interpretativa, en un nivel jerárquico inferior se encuentran las leyes nacionales y los decretos departamentales con fuerza de ley dentro de dicha jurisdicción. Allí habría que colocar a las diversas leyes que refieren a los derechos de los niños y adolescentes, como es el caso del Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA, Ley 17.823 de 7 de septiembre de 2004).

El CNA recogió en sus artículos el derecho a la vida, la salud, igualdad, educación, dignidad, identidad, imagen, recreación, descanso y libertad;³² derecho a la participación y a ser oído y tomado en cuenta;³³ el principio de interés superior del niño;³⁴ el principio de la autonomía progresiva de la voluntad;³⁵ derecho a la privacidad, información y acceso a los servicios de salud;³⁶ derecho al disfrute de sus padres y familia y la prohibición de

²⁶ Ratificada por Ley 15.737 del 8 de marzo de 1985.

²⁷ Ratificada por Ley 16.860 del 9 de setiembre de 1997.

²⁸ Ratificado por Ley 17.298 del 15 de marzo de 2001.

²⁹ Ratificada por Ley 17.334 del 17 de mayo de 2001.

³⁰ Ratificada Ley 17.335 del 17 de mayo de 2001.

³¹ Ratificada por Ley 18.336 del 21 de agosto de 2008.

³² Código de la Niñez y Adolescencia, Uruguay, art. 9.

³³ *Ibidem*, arts. 8 y 9. Asimismo, la nueva redacción dada al artículo 119 del CNA por el artículo 1 de la Ley 19.747 prevé los deberes y responsabilidades de la defensa del niño, niña o adolescente para la protección de sus derechos vulnerados y amenazados. Dichas responsabilidades reafirman el derecho a la participación del NNA y las condiciones necesarias requeridas para garantizar el mismo según el artículo 12 de la CDN y las Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño.

³⁴ *Ibidem*, art. 6.

³⁵ *Ibidem*, art. 8.

³⁶ *Ibidem*, arts. 11 y 11 bis.

castigo físico,³⁷ y la prohibición de formar parte en conflictos armados.³⁸ Esta norma ha tenido como objetivo explícito adecuar la normativa interna a los estándares de la CDN. En efecto, en la discusión parlamentaria fueron hechas múltiples referencias a la "incorporación a nuestro derecho de tratados internacionales y regionales de protección a la infancia y la adolescencia".³⁹

Finalmente, en un nivel jerárquico inferior al anterior se encuentran los decretos del Poder Ejecutivo y las Acordadas del Poder Judicial. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia a través de la Acordada núm. 7.647 del 1 de abril de 2009 incorporó al derecho uruguayo las Reglas de Brasilia, que prevén la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al participar en los procesos judiciales.

F. Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia uruguaya

La utilización de los tratados internacionales de derechos humanos, y en especial los relativos a los derechos de la infancia y la adolescencia, es relativamente usual en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales superiores.

En los siguientes apartados serán consideradas algunas de las sentencias más relevantes en relación con una serie de núcleos temáticos. En especial son considerados los pronunciamientos que implican un cierto desarrollo conceptual. Las sentencias citadas han sido dictadas por la Suprema Corte de Justicia (SCJ), así como por dos únicos Tribunales de Apelaciones de Familia (TAF) del país.

³⁷ *Ibidem*, arts. 12 y 12 bis.

³⁸ *Ibidem*, art. 13.

³⁹ Poder Legislativo, Código de la Niñez y Adolescencia, Carpeta 697/2001, Repartido 745, diciembre 2003.

Los TAF tienen una posición especialmente destacada en el desarrollo de una jurisprudencia en relación con los derechos de niños, niñas y adolescentes en el país, dado que constituyen el órgano jurisdiccional que entiende con competencia nacional en las apelaciones tanto de los juzgados de familia común como de los juzgados de familia especializados, pero además le corresponde entender como tribunal superior en los casos tramitados ante la justicia de adolescentes.⁴⁰ Por otro lado, son los tribunales los que tienen la última palabra en los procesos de amparo regulados por el artículo 195 del CNA.⁴¹

I. Aspectos generales de la aplicación de la CDN en la jurisprudencia reciente

El uso de la CDN, así como de otros instrumentos internacionales para fundamentar decisiones judiciales, se enmarca en la discusión antes referida sobre el reconocimiento de los derechos de niñas, niños y adolescentes en el derecho interno. Las sentencias suelen referir a la incorporación de la CDN al ordenamiento jurídico por intermedio de la ley 16.137, lo que implica "efectivizar los derechos de los niños y adolescentes conforme la integración que permiten los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución de la República".⁴²

Tal como se verá, la idea de un carácter constitucional de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia es recurrentemente mencionado en las decisiones judiciales. Incluso la Suprema Corte de Justicia ha llegado a sostener que

⁴⁰ A la justicia de familia especializada le corresponde entender en régimen de urgencia en los asuntos de niños, niñas y adolescentes amenazados o vulnerados en sus derechos, así como en los casos relativos a situaciones de violencia, o algunos asuntos regulados en la ley de salud mental, entre otros aspectos.

⁴¹ El régimen de la acción de amparo no admite la interposición de un recurso posterior ante la Suprema Corte de Justicia.

⁴² Sentencia 389/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 4.

la propia Constitución de la República refiere al interés superior del niño. Cuando en su art. 40 inc. 1 se establece que el cuidado y la educación de los hijos para que estos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de sus padres, no se hace otra cosa que afirmar ese interés del menor, o sea, que su interés es o debe ser el criterio básico, fundamental o cardinal para decidir sobre su suerte.⁴³

Luego se plantea que el Código de la Niñez de la Adolescencia fue aprobado en "cumplimiento de los compromisos asumidos por el Uruguay al ratificar la Convención",⁴⁴

[como] consecuencia del cumplimiento por parte del país de los compromisos asumidos [...] en Instrumentos Internacionales como lo son, entre otros: la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 16.137); el Pacto de San José de Costa Rica (ley 15.737); Protocolo de San Salvador (ley 16.519); la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y las recomendaciones que realiza la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración y Programa de Acción de Viena respecto de los Derechos del Niño (1993).⁴⁵

El vínculo entre el derecho internacional de los derechos humanos y la aprobación de la normativa nacional referida a los derechos de la infancia y la adolescencia es explícito en la jurisprudencia, así como en la normativa. El artículo 4 del CNA establece que para la interpretación de dicho Código "se tendrán en cuenta las disposiciones y principios generales que informan la Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales que obligan al país".

⁴³ Sentencia 778/2014, SCJ, cap. Considerando VII, párr. 3.

⁴⁴ Sentencia 389/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 4.

⁴⁵ Sentencia 223/2010, TAF 1º, cap. Considerando IV) párr. 1 Ver también: Sentencia 303/2020, TAF 2º, cap. Considerando II.

En términos generales, la ratificación de la CDN y la aprobación del CNA es considerado por diversas sentencias como un marco normativo conforme el cual niños, niñas y adolescentes "deben ser tratados como lo que son, sujetos de derecho", "sin perjuicio de que por su condición de personas en desarrollo tienen derecho a medidas especiales de protección por parte de la familia, el Estado y la Sociedad".⁴⁶ La idea de la "la protección de la niñez y adolescencia como interés supremo",⁴⁷ que estuvo presente en la discusión parlamentaria ha sido recogida en la fundamentación de buena parte de las sentencias a partir de la aprobación del CNA. Las sentencias, así, justifican la existencia de medidas especiales de protección en el marco de la interpretación del principio de igualdad.

Esto es, los miembros de la familia, nacidos intrínsecamente iguales entre sí, requieren una protección especial a fin de preservar precisamente el principio que todas las constituciones y pactos internacionales de Derechos Humanos consagran: el principio de igualdad, cuando, su estado de vulnerabilidad —desigualdad— indica que el tratamiento igualitario, sea en la ley como en el proceso, redundaría en una solución desigual.⁴⁸

II. Interés superior de la niña, el niño o el adolescente

La jurisprudencia uruguaya de forma recurrente fundamenta sus fallos en la CDN, en la Observación General núm. 5 y 14 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el derecho del niño a que su interés superior (ISN) sea una consideración primordial.⁴⁹

⁴⁶ Sentencia 67/2011, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 2.

⁴⁷ Poder Legislativo, Exposición de motivos del Código de la Niñez y la Adolescencia, Carpeta 59/2000, Repartido 22, marzo 2000.

⁴⁸ Sentencia 102/2015, TAF 1º, cap. Considerando V) párr. 4.

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, Sentencias 549/2021, cap. Considerando II, párr. 3, TAF 1º; Sentencias 105/2019, cap. Considerando V, párr. 10, 3/2021 cap. Considerando IV, párr. 10, y 183/2021 cap. Considerando IV) párr. 9, TAF 2º.

La jurisprudencia ha sostenido que "[e]n cuestiones jurídicas relacionadas con niños, niñas y adolescentes, el criterio de interpretación es el interés superior de los mencionados. Se considera como tal 'el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana' (art. 6 del Código de la Niñez y la Adolescencia)".⁵⁰

También ha considerado que al ISN funciona como una garantía porque implica la plena satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes, entendiéndose que el contenido de dicho principio son sus propios derechos.⁵¹

Además es muy usual que el ISN sea utilizado como principio que pone en evidencia una situación de prioridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación con otros derechos en juego. El siguiente fragmento da cuenta de ello: "[e]l interés superior del niño consiste en que se respete y garantice de manera prioritaria el pleno ejercicio de sus derechos [...] Ello determina como derecho del niño prevalente respecto del interés de los adultos en disputa [...]."⁵²

En el mismo sentido,

[e]l concepto "interés superior del niño" refiere a la satisfacción de sus derechos fundamentales. Ni el interés de los padres, ni del Estado, puede ser considerado, el único interés relevante, es la satisfacción de los derechos de la infancia. Los niños tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos.⁵³

⁵⁰ Sentencia 1260/2016, cap. Considerando V.1, párr. 2, SCJ; Sentencia N° 464/2022, cap. Considerando III, párr. 4, TAF 1°.

⁵¹ Sentencias 9/2011, cap. Considerando I), párr. 2 y 126/2019, cap. Considerando IV, TAF 1°.

⁵² Sentencia 707/2012, cap. Considerando III, párr. 30, SCJ. En el mismo sentido: 303/2020, cap. Considerando II, párr. 1 TAF 2°.

⁵³ Sentencia 126/2019, cap. Considerando IV, párr. 2, TAF 1°.

Por último, es usual encontrar referencias al uso del ISN como un principio de interpretación o de integración normativa ante un vacío normativo, por ejemplo, "cuando existan aspectos procesales no definidos en el ordenamiento interno se deberá optar por integrar el derecho en la forma que más favorezca al interés superior del niño"⁵⁴. Se ha llegado incluso a establecer el valor del ISN como una directriz para la formulación de políticas públicas. Así, se ha sostenido que "[e]l 'interés superior del niño' es una garantía, norma de interpretación y/o de resolución de conflictos y es una orientación o directriz política, para la formulación de políticas públicas para la infancia".⁵⁵

Todo esto hace que el tema central en algunos de los casos sea la aplicación adecuada del ISN al caso concreto, cuando una solución no respeta o aplica en forma adecuada este principio es posible que una sentencia pueda ser revocada por un tribunal superior o anulada el marco de un recurso de casación.⁵⁶

Al realizar un análisis jurisprudencial se observa que el ISN es un concepto invocado por la mayoría de las sentencias de los Tribunales de Apelaciones de Familia y la Suprema Corte de Justicia cuando los procesos involucran la resolución de casos en los que se decide sobre la situación de niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, en los últimos años se constata una tendencia jurisprudencial en la que los tribunales y la Suprema Corte de Justicia fundamentan y justifican sus decisiones centrándose en las implicancias que el ISN conlleva, el desarrollo doctrinario construido, así como los pronunciamientos del Comité de los Derechos del Niño.⁵⁷ Con anterioridad, podemos observar que la invocación al ISN con mayor frecuencia se circunscribía a mencionar el fundamento normativo (CDN

⁵⁴ Sentencia 707/2012, cap. Considerando III, párr. 33, SCJ. Véase además Ley No. 18.895, art. 3, inciso 2.

⁵⁵ Sentencia 126/2019, TAF 1º, cap. Considerando IV, párr. 5.

⁵⁶ Sentencia 778/2014, cap. Considerando VI y 1260/2016, cap. Considerando IV.2, SCJ.

⁵⁷ Sentencias 126/2015 y 1260/2016, SCJ; Sentencias 549/2021, TAF 1º y 105/2019, 3/2021 y 183/2021, TAF 2º.

y CNA), sin profundizar en el alcance del concepto,⁵⁸ pero esta tendencia no se observó de forma generalizada en la práctica de la Suprema Corte de Justicia.⁵⁹

III. Autonomía progresiva

La noción de autonomía progresiva es abordada en el marco de desarrollos conceptuales que incluyen el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, así como al analizar la competencia que éstos tienen para ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades. Para ello, se apela a los fundamentos normativos nacionales, en especial el artículo 8, inciso 1, del CNA, pero además al artículo 5 y 12 de la CDN y la Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño.⁶⁰

La jurisprudencia refiere a la importancia de la evolución de las facultades y la autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. También se suele mencionar la necesidad de garantizar a los niños y niñas que estén en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones en función de la edad y madurez.⁶¹

El siguiente fragmento de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia resulta significativo:

[...] si bien resulta indudable el avance logrado a través de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño y la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia, que impone el derecho

⁵⁸ Sentencias 60/2009, 106/2010 y 25/2011 TAF 1°; Sentencias 44/2007, 270/2008, 384/2011, y 232/2014, TAF 2°.

⁵⁹ Sentencias 183/2008 y 349/2012, SCJ; Sentencias 25/2011 y 113/2014, TAF 1°.

⁶⁰ Sentencia 126/2016, TAF 1°, cap. Considerando II.

⁶¹ Sentencias 62/2010 y 113/2014 TAF 1°; 429/2009, 71/2012, 94/2020 y 46/2022, TAF 2°; 126/2015, SCJ.

a ser oído el niño o adolescente en todos los procesos que afecten su vida, no se puede soslayar que el Tribunal si bien debe escuchar y tener en cuenta la voluntad del menor [...], la opinión de los mismos debe ser evaluada, a los efectos de determinar si es madura como para opinar sobre el caso planteado, y fundamentalmente, valorar si la misma es libre.⁶²

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º turno, ha señalado que

[e]n el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia se establece que los derechos del niño serán ejercidos conforme a la evolución de sus facultades, habilitándose cuando fuere necesario, la designación de curador para que lo represente y le asista en sus pretensiones. Dicho Código consagra el principio del niño y adolescente como sujeto de derecho con adquisición progresiva de autonomía, el derecho a opinar sobre aspectos esenciales de su vida, no solo en el art. 8, sino también en el art.12 en cuanto establece el derecho de los niños y adolescentes al disfrute de sus padres y de su familia, y en el art. 40 en cuanto preceptúa que "Se garantizara el derecho del niño o adolescente a ser oído, teniendo en cuenta su opinión, lo cual se recabara en un ámbito adecuado" en sede de Visitas (sentencias Nos. 214 y 239/2010, No. 204/2011 entre otras).⁶³

La jurisprudencia en reiterados fallos ha asimilado el concepto de la autonomía progresiva con el concepto de la competencia en el área médica y ha señalado que

[p]ara poder evaluar la autonomía progresiva de la voluntad, juristas han propuesto usar como protocolo el que a la vez se usa por parte de los médicos, para determinar si el niño y/o adolescente puede prestar el consentimiento informado, dichos parámetros son: 1.- "La habilidad de comprender y comunicar

⁶² Sentencia 349/2012, SCJ, cap. Considerando IV, párr. 2. En un sentido similar, véase Sentencia 137/2009, SCJ.

⁶³ Sentencia 384/2011, TAF 2º, cap. Considerando I, párr. 6.

informaciones relevantes: El niño debe ser capaz de comprender cuáles son las alternativas disponibles, manifestar una preferencia, formular sus preocupaciones y plantear las preguntas pertinentes"; 2.- "La habilidad de reflexionar y elegir con un cierto grado de independencia: El niño debe ser capaz de efectuar una elección sin que nadie lo obligue o manipule y considerar detalladamente la cuestión por sí mismo"; 3.- "La habilidad de evaluar los potenciales beneficios, riesgos y daños: El niño debe ser capaz de comprender las consecuencias de las diferentes líneas de conducta, cómo lo afectarán, cuáles riesgos se presentan y cuáles son las implicaciones a corto y largo plazo"; 4.- "La construcción de una escala de valores relativamente estable: El niño debe poder basarse en un sistema de valores para tomar la decisión".⁶⁴

Todo lo cual implica considerar una noción de "competencia" que no es intercambiable con la idea de capacidad regulada en el Código Civil, la que debe ser considerada en el marco de las obligaciones que le corresponden a la familia, sociedad y Estado.⁶⁵ La aplicación práctica de este concepto ha sido planteada en diversas situaciones atendiendo al papel de los adultos en relación con la autonomía progresiva. Por ejemplo, en relación con la actuación de la persona que le brinda asistencia jurídica a los niños, niñas y adolescentes sometidos al proceso, se ha expresado que "[e]l abogado solo podrá sustituir la voluntad de su cliente cuando el mismo no tenga suficiente autonomía progresiva de la voluntad".⁶⁶

IV. Derecho a ser oído y tomado en cuenta

La jurisprudencia nacional de forma constante hace referencia al derecho del niño a ser escuchado y, además, se señala el vínculo entre este derecho, el ISN y la autonomía progresiva. Las sentencias suelen incluir la

⁶⁴ Sentencia 325/2009, TAF 1º, cap. Considerando III, párr. 9. Ver además Sentencia 126/2016, TAF 1º.

⁶⁵ Sentencia 126/2016, TAF 1º.

⁶⁶ Sentencia 67/2011, TAF 1º.

aplicación de estos aspectos en forma conjunta. Así, por ejemplo, se sostiene que

[...] el interés superior del niño debe definirse en cada caso concreto, siendo un elemento fundamental la opinión del propio niño, -art. 12 CDN, art. 8 CNA y especialmente Observación General N° 12 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas sobre el "Derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta".⁶⁷

Las sentencias, en general, mencionan en su fundamentación al artículo 12 de la CDN, Observación General núm. 12 del Comité de los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva 17/2002 y artículo 8, CNA.⁶⁸ La CDN es invocada como uno de los principales fundamentos normativos en la gran mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales de Apelaciones.

Los pronunciamientos judiciales mencionan, por ejemplo, el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser informado sobre su derecho al resguardo de la privacidad al momento de participar en el proceso judicial,⁶⁹ el derecho que tienen a expresar su opinión libremente sin presión y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta⁷⁰ y sea recabada en un ámbito adecuado,⁷¹ la oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado,⁷² y a que su defensor o representante le explique y comunique en lenguaje apropiado el resultado del proceso,⁷³ entre otros aspectos.

⁶⁷ Sentencia 214/2010 TAF 2°, cap. Considerando IV, párr. 6.

⁶⁸ Sentencia 86/2022, TAF 1°.

⁶⁹ Sentencia 232/2014, TAF 2°.

⁷⁰ Sentencia 99/2009, cap. Considerando II, 186/2012, cap. Considerando III, párr. 1, 180/2021 cap. Considerando II, y 86/2022 TAF 1°; 429/2009, cap. Considerando III, párr. 1, y 777/2021, cap. Considerando II, TAF 2°; 126/2015, cap. Considerando II, párr. 14 a 16, SCJ.

⁷¹ Sentencia 429/2009, cap. Considerando III, 17/2010, cap. Considerando IV, TAF 2°; Sentencias 1.050/2010, cap. Considerando II, párr. 3, y 126/2015, cap. Considerando II, párr. 19, SCJ.

⁷² Sentencia 62/2010, cap. Considerando III, 13/2013, cap. Considerando II, párr. 1, y 179/2021, cap. Considerando IV, TAF 1°; 126/2015, cap. Considerando II, párr. 17, SCJ.

⁷³ Sentencias 94/2020, cap. Considerando VI, párr. 1, 648/2021, Cap. Considerando VI, y 777/2021, cap. Considerando IV, TAF 2°.

Las sentencias —en general— no desarrollan en forma específica qué debe entenderse por "ámbito adecuado" para recibir las declaraciones, pero en algunos casos se ejemplifican situaciones como reñidas con el estándar referido. Así, por ejemplo, en una sentencia se advierte

[...] que surge de autos, la vulneración de los derechos del niño, en cuanto fue interrogado a fs. 38, con seis años de edad, en condiciones de presión (ingreso a Sala con la actora e inmediatamente salió corriendo, fue necesario reintegrarlo) [...] Obviamente, ante la convocatoria del niño a declarar [...] la situación requirió atención de técnico especializado [...].⁷⁴

La Suprema Corte de Justicia en algunas de sus sentencias ha sido enfática al relacionar el derecho a ser oído con su posición como sujeto titular de derechos y las implicancias que ello tiene para las autoridades judiciales. Por ejemplo, se ha expresado que "[e]l niño es sujeto de derechos, no objeto de derechos, por lo tanto, la Sala no debió desconocer las declaraciones del pequeño vertidas en autos".⁷⁵ En otra sentencia, ahora del Tribunal de Apelaciones de Familia, se plantea que se trata de una "actividad procesal fundamental e imprescindible", y que la autoridad judicial "no puede adoptar decisiones sin tener en cuenta esa opinión."⁷⁶

En caso de tratarse de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, es usual que se establezca que existe un derecho facultativo a declarar conforme el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial luego de los cambios al CNA que han sido aprobados por la ley 19.747 del 19 de abril de 2019.⁷⁷ En los casos en que se sospecha la existencia de maltrato y violencia sexual, "existe una normativa especial y principios de intervención que son complementarios". La normativa más reciente establece que no puede disponerse la revinculación de los niños, niñas o adolescentes intervenidos, con el denunciado, "salvo

⁷⁴ Sentencia 293/2008, cap. Considerando II, TAF 2°.

⁷⁵ Sentencia 707/2012, cap. Considerando VI, párr. 2, SCJ.

⁷⁶ Sentencia 228/2019, cap. Considerando II, párr. 2, TAF 2°.

⁷⁷ Sentencia 228/2019, cap. Considerando II, párr. 6, TAF 2°.

una excepción, la que tiene dos condiciones acumulativas: que el niño víctima lo solicitara expresamente y que se cuente con el visto bueno de los técnicos que estuvieran interviniendo".⁷⁸ En estos casos, "se debe asegurar que el relato de las niñas y niños sea recabado por personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración [...] la declaración directa, está restringida a cuanto a su modalidad por las normas referidas (arts.124 CNA, 164 CPP y 9 LVBG)".⁷⁹

Por consiguiente, al realizar un relevamiento de la jurisprudencia sobre el derecho a ser oído podemos concluir que el artículo 12 de la CDN así como algunas de las medidas para garantizar la observancia del derecho de niños, niñas y adolescentes a ser escuchados señaladas en la Observación General núm. 12 se encuentran referenciadas en la jurisprudencia uruguaya.

VI. Derecho a la vida familiar y derechos/responsabilidades parentales

Las sentencias relativas al derecho a la vida familiar suelen referir sistemáticamente al precepto constitucional conforme al cual la familia es considerada "la base de nuestra sociedad" (artículo 40). Pero más allá de esa referencia normativa, en general, las sentencias suelen mencionar la existencia de un concepto amplio de familia y de una serie de transformaciones que han operado en relación con el instituto de la patria potestad.⁸⁰ La jurisprudencia también se refiere al derecho de protección de la familia, el que conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.⁸¹

De acuerdo con dicha jurisprudencia,

actualmente es posición unánime tanto de la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como extranjera, que debe entenderse por

⁷⁸ Sentencia 94/2020, cap. Considerando V, párr. 8, TAF 2°.

⁷⁹ Sentencia 94/2020, cap. Considerando III, párr. 2, TAF 2°.

⁸⁰ Por ejemplo, Sentencias 180/2010 y 68/2011, TAF 1°.

⁸¹ Sentencia 222/2021, TAF 1° y 28/2020, TAF 2°.

familia no sólo la legítima sino también la natural y aún la biológica, lo que efectivamente se recoge en los instrumentos internacionales y legislación nacional. Como así también que la familia no queda reducida a los progenitores, sino también a la familia ampliada⁸² [...] conforme la nueva normativa que rige a partir de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, en concordancia con la Convención Sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos internacionales, es un derecho fundamental del niño el convivir con su familia (arts. 72 y 332 de la Constitución de la República).⁸³

En el marco de las transformaciones mencionadas, se plantea jurisprudencialmente una reconceptualización y cambios de denominaciones. Así, por ejemplo, uno de los Tribunales de Apelaciones de Familia se propone denominar a la patria potestad como "autoridad parental" o "responsabilidad parental" en el contexto del cambio de paradigma respecto de los derechos de la infancia y la adolescencia que ha operado con la ratificación de la CDN.⁸⁴ En forma específica se ha establecido que "ya no estamos frente al ejercicio de un poder sobre los hijos, sino el cumplimiento de una función que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados primordialmente a satisfacer el interés del niño o adolescente, en cabeza de ambos progenitores".⁸⁵

El mismo órgano jurisdiccional ha propuesto cambiar el nombre de "visitas" por "comunicación", pasando a referirse a la regulación de un "régimen de comunicación entre padre-hijos".⁸⁶ En una de sus sentencias se dispone que,

si bien es usual denominar con el nombre de "visitas" a la relación del hijo/a con su progenitor no conviviente, dicho vocablo no res-

⁸² La familia ampliada es aquella que mantiene un vínculo significativo y tiene con el niño, niña o adolescente un conocimiento previo, no necesariamente se requiere consanguinidad. Véase <http://guiaderecursos.mides.gub.uy/28481/programa-de-acogimiento-familiar> [Consultado el 5 de octubre de 2022].

⁸³ Sentencia 98/2011, cap. Considerando III, párr. 10, TAF 1°.

⁸⁴ Sentencia 68/2011, cap. Considerando III, párr. 9, TAF 1°. Ver también: Sentencias 223/2010, TAF 1° y 244/2019, TAF 2°.

⁸⁵ Sentencia 68/2011, cap. Considerando III, párr. 9, TAF 1°.

⁸⁶ Sentencias 16/2015 y 264/2019, cap. Considerando IV, TAF 1°.

ponde al fundamento y finalidad de este instituto [...] lo que se pretende por el legislador es mantener el vínculo filial que debe existir necesariamente entre los progenitores (no convivientes) y sus hijos.⁸⁷

Este cambio en la forma de nombrar la relación de niños, niñas o adolescentes con su progenitor no conviviente también ha sido recogido en sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia y el otro Tribunal de Apelaciones de Familia.⁸⁸

La jurisprudencia más reciente se ha referido a la "vulneración al derecho a la vida familiar y a no tener una internación prolongada", entendiendo por esto último la colocación de los niños, niñas y adolescentes en una institución de protección a tiempo completo.⁸⁹ En ese sentido, se ha enfatizado que en algunos casos "[c]ontrariamente a lo legislado, no se está protegiendo su derecho a vivir en familia y que la familia con la que viva lo proteja en el goce de sus derechos, sino que permanece por mucho más de un año internado. El proceso, en lugar de protegerlo lo ha terminado victimizando en este aspecto".⁹⁰

También se ha planteado por parte de la Suprema Corte de Justicia que existe una "violación directa del interés superior del niño a crecer y vivir en familia", cuando se dispone respecto de un niño la reinserción en su familia de origen cuando ésta no se encuentra en "condiciones de ejercer una tenencia responsable" y tiene "notorias deficiencias para contenerlo y cuidarlo".⁹¹ En la generalidad de los casos, las sentencias refieren al principio del ISN como el criterio rector para la adopción de toda decisión en relación con el derecho a la vida familiar, así como respecto del vínculo de niños, niñas y adolescentes con sus familiares.⁹²

⁸⁷ Sentencia 264/2019, TAF 1°.

⁸⁸ Sentencias 97/2020, SCJ; 129/2019 y 74/2021, TAF 2°.

⁸⁹ Sentencia 154/2017, TAF 2°.

⁹⁰ Sentencia 774/2021, TAF 2°.

⁹¹ Sentencia 1.260/2016, cap. Considerando IV, párr. 27, SCJ.

⁹² Sentencias 872/2014 y 1.260/2016, SCJ; 98/2011, TAF 1°; 171/2009, TAF 2°.

En cuanto a las responsabilidades parentales, la jurisprudencia recoge la prohibición del castigo físico al momento de educar o corregir a los hijos. El artículo 12 bis del CNA se refiere a la integridad personal de los NNA y señala que "queda prohibido a padres o responsables, así como a toda persona encargada del cuidado, tratamiento, educación o vigilancia de niños y adolescentes, utilizar el castigo físico o cualquier tipo de trato humillante como forma de corrección o disciplina de niños, niñas o adolescentes." A su vez, el artículo 16, lit. f, de la misma norma establece que es un deber de los padres o responsables "corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante".⁹³

El Tribunal de Apelaciones de Familia 2do turno, en una sentencia dictada en junio de 2022, examinó el caso de una niña de 9 años que era víctima de maltrato psicológico, castigo físico y trato humillante por parte de su madre, quien además realizaba diferencias entre la niña por la condición de mujer respecto de sus hermanos varones. Su madre le encargaba tareas inherentes al hogar, tales como la limpieza y cocinar, mientras que con sus hijos varones no procedía de la misma forma. El fallo fundamenta su decisión en la aplicación de la ley de violencia contra la mujer basada en género (Ley 19.580) y el artículo 12 bis del CNA referido a la prohibición de castigo físico o cualquier trato humillante. También señaló que

la conducta de [la madre] obligando a la niña a realizar tareas [...] descritas, es totalmente abusiva y encuadra a la víctima en su condición de mujer, obligándosela a realizar tareas que aún hoy el patrón cultural impone a la mujer. [...] Estas tareas responden al estereotipo que como el propio Preámbulo de la CEDAW reconoce, existe en la sociedad, según la cual se asigna a la mujer tareas propias de la casa o domésticas, con el agravante que son completamente abusivas y humillantes para una niña que al momento de declarar tenía la edad de nueve años y refería a prácticas que hacía desde hacía un tiempo [...].⁹⁴

⁹³ Sentencia 293/2010, TAF 2º, Cap. Considerando numeral 6 párr. 2 a 7.

⁹⁴ Sentencia 679/2022, TAF 2º, cap. Considerando II.

Por lo que la referida decisión no sólo protege a la integridad física de la niña que sufría castigo corporal, sino que también identifica la violencia de género que sufre por su condición de mujer y dispone medidas para su protección. No es habitual que la jurisprudencia identifique en las situaciones de violencia de los NNA situaciones que comprendan, además, violencia de género. Por eso, el fallo jurisprudencial citado precedentemente resulta de interés, pues podría importar una tendencia a la visibilización de la violencia de género en la infancia.

VII. Derecho a la educación

El derecho a la educación ha sido señalado por los tribunales como un derecho fundamental a proteger. A tales efectos se evidencian las siguientes referencias normativas en las sentencias: Constitución de la República (art. 41); la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 18.1 y 27); Convención Interamericana de Derechos de los Jóvenes (art. 22) y CNA (art. 16).

La mayoría de las sentencias que refieren al derecho a la educación, lo hacen con la finalidad de identificar las responsabilidades parentales, sin perjuicio también de reconocerlo explícitamente como un derecho. Se ha señalado que antes y después de la sanción del CNA, se sostenía y se sostiene que a los padres se le confieren derechos o poderes como el de representación, de corrección y educación, a efectos de preparar a sus hijos como personas que actuarán en forma responsable en la sociedad. Para ello debe orientarlos y dirigirlos, a efectos de que de manera progresiva y en diferentes etapas vayan adoptando decisiones (las cuales tienen como contrapartida las responsabilidades que deberán enfrentar los niños y adolescentes).⁹⁵

Por otra parte, desde el punto de vista de análisis del derecho como tal, se observó que la jurisprudencia, basándose en la Observación General núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que todos los

⁹⁵ Sentencia N° 134/2010, TAF 1°, Considerando Cap. III, Párr. 8

niños disfrutarán del derecho a la educación sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Con este fin, su acceso efectivo a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de

la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. En la Convención se reconoció la necesidad de modificar las prácticas en las escuelas y de formar a maestros de enseñanza general para prepararlos a enseñar a los niños diversas aptitudes y garantizar que logren resultados académicos positivos.⁹⁶

No se ha encontrado que la jurisprudencia analice el alcance del derecho en sí mismo, esto es más allá de las referencias señaladas precedentemente. Es decir, se menciona su enumeración —sin profundizar— al analizar las pretensiones que comprenden a los niños, niñas y adolescentes. Por ejemplo, para cuantificar las obligaciones alimentarias, para establecer regímenes de visitas o dilucidar las pretensiones de tenencia.

Tampoco se han encontrado sentencias que profundicen en el *bullying* o discriminación en la educación, todas las referencias realizadas por los tribunales son superficiales.⁹⁷ En cuanto a la salud sexual y reproductiva de los niños, niñas y adolescentes no se encontró jurisprudencia que lo invoque como un derecho protegido en el ámbito judicial.

G. Consideraciones finales

En este trabajo se ha procurado dar cuenta de la forma en la que se ha consagrado normativamente la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y además, de algunas características de la práctica de los

⁹⁶ Sentencia N° 16/2018, TAF 1°, Considerando Cap. IV, Párr. 21 y 22.

⁹⁷ En Sentencia N° 342/2020, TAC 2°, Considerando Cap. 3.5, se analiza los medios de prueba diligenciados y si estos lograron probar o no la existencia de acoso escolar o *bullying* a un niño y, consecuentemente, la inacción de la Administración Nacional de Educación Pública frente al hecho alegado. No se evidencia un análisis de los derechos vulnerados por la situación denunciada ni la existencia de discriminación y violencia en el ámbito educativo.

tribunales superiores. Tal como se ha observado, si bien hay un importante desarrollo jurisprudencial de algunos temas, existen otros que se encuentran escasamente desarrollados por los tribunales.

Esta circunstancia se encuentra relacionada con el diseño de la protección judicial de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como con la existencia de varios fenómenos que se han registrado en los últimos años en la justicia de familia.

Por un lado, la existencia de un diseño de la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes que privilegia la actuación de la justicia de familia especializada en el marco de los denominados procesos de protección de derechos. De acuerdo con el CNA y las normas modificatorias posteriores, este tipo de procesos se tramitan por parte de los juzgados de familia actuando en régimen de turnos de urgencia, los que —en Montevideo y algunas otras jurisdicciones— se denominan "especializados".⁹⁸

La consecuencia de ello ha sido un aumento del trabajo de los juzgados a cargo de esos procesos, y en consecuencia un aumento de la cantidad de dichos juzgados. Es así que si se toma en cuenta las cantidades de expedientes en trámite al 31 de diciembre en cada uno de los últimos años, es posible observar un aumento casi sostenido del número de expedientes. Con relación a este tipo de datos la información oficial que es publicada por el Poder Judicial no permite verificar si se trata de expedientes de la ley de violencia doméstica o procesos de protección de derechos. Y en relación al aumento de la cantidad de este tipo de sedes judiciales, se observa que mientras, en diciembre de 2004 —es decir a unos meses de aprobado el CNA— se habían instalado cuatro juzgados para todo el departamento de Montevideo, en diciembre de 2020, el

⁹⁸ López, A. y Palummo, J., *Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2013; Macagno, M., López, A. y Palummo, J., *Violencia contra niños, niñas y adolescentes. Protección judicial y prácticas institucionales en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2017.

número de juzgados de familia especializados había alcanzado la docena de turnos. En forma paralela a este aumento se ha registrado una disminución de la cantidad de juzgados de familia común.

Pero además se observa que esos procesos especiales de protección de derechos son tramitados en el marco de intervenciones en las que se destaca la actuación de la defensa pública, y en los que la impugnación de las resoluciones, y en especial, la interposición de recursos, son "escasas".⁹⁹ De acuerdo con un relevamiento de expedientes en los que se había dispuesto una medida de institucionalización en 2018 en Montevideo, en cuanto al tipo de defensa que tienen los niños, niñas y adolescentes, se ha observado que en 87.7% de los casos se trata de profesionales que se desempeñan en el servicio de defensa público. De acuerdo con dicho estudio la designación de abogados para los padres o responsables en dichos procesos se registra únicamente en 29.2% de los expedientes.¹⁰⁰

Lo expuesto contribuye a que la amplia mayoría de los asuntos referidos a la protección de derechos, así como a situaciones de negligencia, castigo corporal, maltrato o de abuso sexual contra niños, niñas o adolescentes, no sean abordadas por tribunales superiores de familia.

Bibliografía

Aguirre Ramírez, Gonzalo, "Derecho legislativo", en Risso Ferrand, Martín, *Teoría General de la Ley*, t. I, Montevideo, FCU, 1997, pp. 161.

Batthyany, Karina y Genta, Natalia, "Diagnóstico prospectivo en brechas de género y su impacto en el desarrollo. Tendencias demográficas de la

⁹⁹ Cavalli, E., "Niñez y proceso", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones*, 2, 2014, p. 112.

¹⁰⁰ Fierro, L. y Veiga, M. J., *La institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Montevideo, 2022, p. 26.

población uruguaya", Oficina de Planeamiento y Presupuesto. Presidencia, 2016, p. 9. Disponible en: https://www.opp.gub.uy/sites/default/files/inline-files/Genero_demografia.pdf. [Consultado el 5 de octubre de 2022].

Borche Alonso, Alejandro, "La publicación de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción", *Revista de Derecho Público*, año 23, núm. 45, 2014, pp. 37-55.

Calvo, Juan José (coord.), "Jóvenes en Uruguay: demografía, educación, mercado laboral y emancipación", en *Atlas sociodemográfico y de la desigualdad del Uruguay*, fascículo 4, Programa de Población Unidad Multidisciplinaria, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de la República, 2014, p. 8. Disponible en: https://www.ine.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=11218473-1455-4179-9d10-dc980d652836&groupId=10181. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

Cavalli, E., "Niñez y proceso", *Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones*, 2, 2014, p. 112.

Fierro, L. y Veiga, M. J., *La institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, Fundación Justicia y Derecho, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Montevideo, 2022, p. 26.

Formento, Augusto y Delpiazzo, José Miguel, "Primer reconocimiento jurisprudencial del bloque de constitucionalidad: concepto, importancia, efectos jurídicos y perspectivas", *Revista Derecho*, vol. 9 núm. 18, 2010, pp. 101-113. Disponible en: <https://sitiosdememoria.uy/sabalsagaray-curuchet-nibia-gloria>.

Garat Delgado, María Paula, *Los derechos fundamentales ante el orden público: una reformulación actual en el constitucionalismo español y uruguayo*, tesis de doctorado, Universidad de Sevilla, 2019, p. 313.

Instituto Nacional de Estadística, Resultados del Censo de Población 2011: población, crecimiento y estructura por sexo y edad, 2011, p. 1. Disponible en: <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/35289/analisispais.pdf>. [Consultado el 12 de septiembre de 2022].

Ley Orgánica de la Judicatura y de Organización de los Tribunales (Ley N° 15.750) del 24 de junio de 1985.

López, A. y Palummo, J., *Internados. Las prácticas judiciales de institucionalización por protección de niños, niñas y adolescentes en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2013; Macagno, M., López, A. y Palummo, J., *Violencia contra niños, niñas y adolescentes. Protección judicial y prácticas institucionales en la ciudad de Montevideo*, UNICEF Uruguay, Fundación Justicia y Derecho, Montevideo, 2017.

Risso Ferrand, Martín, "El derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos", en Tomé, Miguel (coord.), *El Derecho entre dos siglos*, t. I, Montevideo, UCUDAL, 2015, p. 209.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2023.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

