

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE TRABAJO SOCIAL
Tesis Licenciatura en Trabajo Social

**Guarda y tenencia de niños y adolescentes:
situaciones judiciales conflictivas**

Rosina Victoria

Tutor: Laura Vecinday

2008

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPITULO I – Marco conceptual – legal.....	6
CAPITULO II – Los Derechos del Niño y el principio de Interés Superior.....	16
Antecedentes Históricos.....	16
- Primera etapa	
- Segunda etapa	
- Tercera etapa	
- Cambio de paradigmas	
Convención sobre los Derechos del Niño.....	19
- Características	
- Principios rectores de la Convención	
Principio de Interés Superior del Niño.....	25
- Principio de Interés Superior en conflictos judiciales de guarda y tenencia	
CAPITULO III – El Trabajo Social en el ámbito del Poder Judicial uruguayo.....	33
CONSIDERACIONES FINALES	47
BIBLIOGRAFÍA	51
ANEXO.....	54

INTRODUCCION

Los procedimientos judiciales surgidos a partir de un litigio por tenencia de los hijos menores de edad, cuando una pareja se disuelve, es un tema recurrente que está presente en toda la sociedad, no discrimina ni espacios físicos, ni posiciones socio-económicas, ni niveles socio-educativos, ni ninguna otra característica similar que tenga que ver con la situación particular de una persona o de una familia.

Una y otra vez, los adultos protagonistas de este tipo de situaciones, visitan instalaciones judiciales y se asesoran jurídicamente para intentar determinar, mediante la llegada a un acuerdo o no, el destino inmediato de los menores involucrados. Dentro del escenario de juicios por tenencia, el tema que interesa profundizar en el desarrollo de este trabajo, es el que refiere a que, tras una separación o divorcio, la pareja no logra ponerse de acuerdo de dónde y con quien vivirán los hijos menores de edad. Se centrará el análisis en los procesos que tienen que ver con la definición de su lugar de residencia, el cual evidentemente, engloba un sinnúmero de elementos por detrás que determinan su complejidad. Se busca conocer cuáles son los lineamientos establecidos y los procedimientos legales e institucionales que enmarcan este tipo de situaciones y que se orientan a contener a los niños en estas circunstancias.

Si bien es cierto que la legislación nacional y las diferentes convenciones y declaraciones a nivel internacional establecen ciertas pautas al respecto, es el juez quien cobra un rol protagónico en estas circunstancias, ya que a partir de su evaluación ante una situación particular, es que se precisará el fallo judicial determinante.

Surgen muchas interrogantes al respecto, como por ejemplo ¿bajo qué criterios un juez decide otorgar la tenencia a un padre o a otro? ¿qué elementos deben considerarse primordialmente? ¿cuándo se escucha la voluntad del menor? ¿en qué contexto el menor puede expresar su voluntad?. Estas son algunas de las preguntas que marcaron el inicio de este trabajo, mientras que fueron surgiendo muchas otras a partir de la interiorización en el tema.

En este trabajo se busca analizar el marco legal e institucional existente, tanto a nivel nacional como internacional, con respecto a los procedimientos judiciales ante un conflicto por tenencia de los hijos menores de edad en una situación de divorcio o separación de los cónyuges. Se toma como espacio de trabajo las oportunidades en que estos procesos de separación, se desarrollan en circunstancias adversas para todos los involucrados, es decir, donde priman las relaciones de conflicto. Al mismo tiempo, se intenta vislumbrar cuál o cuáles son los principios rectores determinantes en la actualidad, tanto para la justicia como para el resto de la sociedad, en situaciones como estas. Se busca además profundizar en el papel que el Trabajo Social y sus profesionales desempeñan a nivel judicial en este tipo de situaciones.

Se trata de un trabajo de tipo exploratorio debido, básicamente, a la escasa producción bibliográfica existente con respecto al tema, fundamentalmente desde el Trabajo Social. La

mayoría de los materiales utilizados corresponden a la bibliografía del área del Derecho. Se enriquecerá la exposición de conceptos, a partir de entrevistas realizadas a profesionales involucrados con esta temática, para así intentar acercarnos a una mayor comprensión de esta realidad. Con ello, se buscará aproximarnos en el conocimiento de la experiencia y la percepción profesional en este espacio de intervención dentro del Poder Judicial, desde el Departamento de Asistencia Social (D.A.S.).

El **Capítulo I**, consta de una conceptualización de la normativa vigente, fundamentalmente en el ámbito nacional, en cuanto a lo propuesto y se analizarán las formas legales que protegen la minoridad en este contexto. El trabajo comienza con la definición de Patria Potestad y todas sus determinaciones, seguida de la profundización en los conceptos de Guarda y Tenencia. Cabe resaltar en este punto que, si bien las cuestiones relacionadas con la tenencia engloban múltiples escenarios posibles, éstos no son tenidos en cuenta en este trabajo. No obstante, se centra en lo que respecta al proceso judicial de disputa por la tenencia de los hijos menores de edad, en una situación de divorcio o separación de hecho, agravado por conflictos entre ambos padres. Se parte de preguntas tales como: ¿A qué instancias y procesos legales están expuestos hoy los hijos menores implicados en una situación de separación de los cónyuges? ¿Cuáles son los preceptos jurídicos encargados de garantizar la protección de los mismos?. Este primer capítulo se constituye en un marco conceptual – legal sobre estos conceptos básicos para así definirlos claramente y luego proceder a un análisis más complejo.

El sistema legal se plantea como axioma inicial que el norte de sus procedimientos y objetivos corresponde siempre al logro del bienestar del menor. Todas las líneas de trabajo y posibles fallos judiciales se orientan hacia el "interés superior del niño". Se investiga entonces en el **Capítulo II**, los alcances y especificaciones que engloba este concepto y cómo se aplica en la práctica. Se parte de una exposición sobre los derechos del niño, haciendo referencia a las disposiciones legales internacionales al respecto, hasta alcanzar una mayor interiorización en la propia legalidad del concepto citado. ¿Qué incluye este concepto? ¿Bienestar económico? ¿Bienestar afectivo? ¿Cómo se define? ¿Quién lo define? ¿Existen lineamientos establecidos con respecto a lo que responde al bienestar de un menor? ¿Están realmente definidos todos estos puntos?. Se toma como referencia central la Convención sobre los Derechos del Niño y su importancia en la aplicación real de dicho concepto, así como también posteriormente, se exponen los planteamientos de diversos autores al respecto.

En el **Capítulo final**, tras una breve exposición de lo que es el Trabajo Social como profesión, se intenta definir o entender, cuál es su lugar en este contexto y cuáles son los aportes que puede realizar al respecto. Se busca identificar si efectivamente, existen estos espacios de acción donde el trabajador social tiene su lugar de trabajo legitimado. Se plantean algunas interrogantes relacionadas con el rol que juega nuestra disciplina y los profesionales de esa área dentro del Poder Judicial y desde dónde se posicionan los mismos para actuar.

Por último, a partir de algunos de estos puntos e interrogantes iniciales se profundizará en este tema, aspirando encontrar posibles respuestas y/o futuras líneas de trabajo, principalmente, para nuestra profesión. Se plantea en el cierre, a modo de conclusión, algunas consideraciones finales con el objetivo de abrir la posibilidad de repensar el tema.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL – LEGAL

Con la finalidad de alcanzar una mayor aproximación a la realidad actual y a los diversos arreglos familiares existentes, se partirá de la idea de separación de los cónyuges, trascendiendo el concepto de divorcio. Se utilizará esta concepción en tanto disolución de un vínculo de pareja legalmente constituido o establecido de hecho. Las diferencias que pueden suscitarse en la aplicación de algunos procedimientos judiciales con respecto a una u otra situación (divorcio o separación de hecho) intentarán ser explicitadas a lo largo de esta exposición. De todos modos, lo que se quiere analizar es, cuando efectivamente se emprende un juicio por la tenencia de los hijos menores, cuáles son los pasos dispuestos a nivel legal y judicial. Por lo tanto, cuando en la disolución de la unión conyugal existen hijos de ambos, existen una serie de consecuencias que serán tomadas como puntapié inicial para el desarrollo de este trabajo.

Se definirá qué entendemos por niño y por adolescente, de manera de identificar claramente a qué se hace referencia. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entiende como niño a *"todo ser humano desde su nacimiento hasta los dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad"* (CDN,1999:3). Mientras que nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia puntualiza una diferenciación entre ambas conceptualizaciones, define como niño a todo menor de 14 años y como adolescente a los incluidos en la franja entre 14 y 18 años.

El concepto de Patria Potestad manejado en Código Civil uruguayo (CC) en el Art. 252º se define como:

"el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y en los bienes de sus hijos menores de edad... La patria potestad será ejercida en común por los padres". (CC, 2002:166)

La misma tiene un doble contenido, personal (sobre la persona de los hijos) y patrimonial (sobre los bienes de los hijos). El artículo 258º de dicho código, expone la capacidad y responsabilidad de ambos padres de dirigir la educación de sus hijos y representarlos en los actos civiles en los cuales éstos intervengan. Cabe mencionar, que a través de la Ley 10.783, promulgada en setiembre de 1946, con respecto a las capacidades civiles de la mujer, se establece la equiparación de los deberes y derechos de ambos sexos con respecto a los hijos. Por lo tanto, en el Art. 11º de dicha ley, se establece que *"La patria potestad será ejercida en común por los cónyuges..."* (Ley Nº 10.783,1946), lo que implica que, viviendo juntos, las decisiones concernientes a los hijos habrán de ser adoptadas de común acuerdo.

“Tradicionalmente este instituto ha sido catalogado como derecho-deber o derecho-función, en el entendido de que los derechos que los padres ejercen sobre sus hijos tienen como finalidad cumplir con los deberes derivados de su calidad de progenitores, significando una reacción contra el sentido originario de la Patria Potestad en el derecho romano, que confería un derecho irrestricto al padre frente a sus hijos bajo su potestad, sin que existiera norma que permitiera específicamente el derecho del hijo enfrentado al poder del progenitor.” (ARHANCET, 2004:164).

Es, entonces, la Patria Potestad la relación paterno-filial que tiene por objeto determinar el derecho – deber de los padres de criar y educar a sus hijos. La misma se da únicamente ante la existencia de la filiación como relación jurídica entre el menor de edad y sus progenitores (causas naturales), o en su defecto, el menor de edad y quien la ley determine (causas civiles). Su criterio rector de orientación es el interés de los hijos y no de los padres.

“Por esta razón, la ley la organiza como un instituto jurídico de protección y formación integral de los hijos desde el nacimiento, mientras sean menores de edad y no hayan contraído matrimonio, para que alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social.” (PARGA LISTA, 1999: 15)

Cabe destacar, que el Código Civil define la Patria Potestad para los hijos legítimos y naturales de la misma manera, salvo por algunos detalles referidos fundamentalmente a la administración y usufructo de los bienes de los menores. Resulta necesario aclarar, que dicho código se centra principalmente en los elementos relacionados con los bienes patrimoniales de los menores. Determina así en el Art. 266º que, *“Los padres tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos... que estén bajo su patria potestad”*. (CC, 2002:168). Existen algunas excepciones al respecto, donde los padres no pueden usufructuar los bienes de sus hijos, pero no se especificarán por considerarse irrelevante en este análisis.

En síntesis, la Patria Potestad es entendida en la actualidad como el producto de la filiación, que a través de un cúmulo de derechos y deberes otorgados a los padres, busca garantizar la protección de la minoridad. Esto se aplica *“... con el fin de lograr el pleno desarrollo de los hijos en los planos biológico, psíquico y social, de acuerdo a las posibilidades, y, para cuya obtención se deben satisfacer las necesidades de los menores...”* (ALVAREZ HERNÁNDEZ, 1994:85)

Este instituto jurídico propone dos tipos de sujetos en esta relación, los sujetos activos, ambos padres que actúan simultáneamente, y los sujetos pasivos, los hijos (legítimos, legitimados, naturales reconocidos). Los primeros tienen la obligación de gestionar el derecho – deber de guarda, de corrección, de educación, de alimentación, de auxilio, de representación; mientras que los segundos deben respeto a sus padres, obediencia, alimentos y prestación de

servicios. La Patria Potestad tiene características definitorias, como ser personalísima e intransferible, irrenunciable y obligatoria, es temporal y de ejercicio continuo. (PARGA LISTA, 1999: 15)

Una de sus características mas importantes es su temporalidad. Existen varios modos en las cuales la Patria Potestad se extingue o se pierde. En el Art. 280º del Código Civil se plantean las formas donde la misma se acaba, siendo éstas, la muerte de los padres o de los hijos, la mayoría de edad de los hijos (veintiún años cumplidos), por el matrimonio legítimo de los hijos, y por la emancipación que los padres otorguen a los hijos menores de edad. Existen también un número de causales donde los padres pierden el pleno derecho de patria potestad que están relacionados con la ejecución de determinados delitos (Ej: corrupción de menores, pena de penitenciaría). En algunos casos es necesaria previa sentencia del juez y en otros no.

El Código del Niño que regía las leyes concernientes a la infancia en el Uruguay desde el año 1934 fue sustituido por el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley Nº 17.823, con el objetivo de adecuarse a la realidad actual. Entró en vigencia en setiembre de 2004, para aplicarse a todas las personas menores de 18 años de edad. En el mismo se incluye la normativa ya existente en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica.

"El advenimiento de los principios que guiaron la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que desplaza el eje de la protección del niño objeto al niño sujeto de derecho, forjó el convencimiento colectivo acerca del necesario aggiornamento a que debía someterse el marco legislativo uruguayo. El proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia fue sometido a un minucioso estudio, en que amplios sectores de la sociedad civil fueron llamados a consulta por los parlamentarios a efectos de manifestar su opinión sobre los criterios que inspiran la formulación de algunos artículos." (Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. 2006: 9)

Esta herramienta legal, a diferencia del Código Civil, se concentra fundamentalmente en la definición de temas referidos al niño y adolescente en los aspectos generales de su vida, trascendiendo lo puramente patrimonial.

En el artículo 6º de dicho Código, se define que su interpretación deberá responder directamente a la búsqueda del interés superior del niño y adolescente. Con esto se refiere, específicamente, al *"...reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana."* (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:5-6). Se plantea además, como axioma inicial, que la responsabilidad de proteger el cumplimiento de estos derechos, corresponde directamente a los padres o tutores, apoyados por la comunidad y el Estado, quien en última instancia, deberá actuar *"preceptivamente... para garantizar... el goce y ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes."* (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:6)

En el Art. 12º, se hace hincapié en la importancia de la familia como entorno saludable para el desarrollo del menor, así como la necesidad de relacionamiento directo con los padres. *"Todo niño y adolescente tiene derecho a vivir y crecer junto a su familia y a no ser separado de ella..."* (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:7). Se detiene aquí a explicitar que, en casos en que exista una separación entre los cónyuges, y en consecuencia, una modificación en el núcleo familiar, siempre que la ley no lo prohíba, deberán respetarse los lazos afectivos y deberán generarse las condiciones necesarias para que continúe el contacto directo con ambos padres. En esta línea de pensamiento, es que en el Art. 14º se define que el Estado deberá *"garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales..., tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a su crianza y desarrollo"*. (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:8)

En el Capítulo IV de este Código se hace referencia a los deberes de los padres o responsables con respecto a sus hijos menores de edad. Se definen aquí los siguientes puntos:

"a) Respetar y tener en cuenta (su) carácter de sujeto de derecho; b) Alimentar, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación; c) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión; d) Colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados; e) prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos; f) corregir(los) adecuadamente; g) solicitar o permitir la intervención de servicios sociales especiales cuando se produzca un conflicto...; h) velar por la asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo; i) todo otro deber inherente a su calidad de tal." (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:9)

Aunque en este texto no se especifica directamente sobre la definición y ejercicio de la Patria Potestad, sí se expone acerca de la filiación, donde se hace referencia a algunos elementos importantes para el desarrollo del niño y adolescente en sociedad. Dentro de este capítulo se definen temas tales como, el derecho a la identidad, el derecho a poseer nombre y apellido, el derecho a ser reconocido por sus padres, entre otros. No obstante, en este trabajo solo serán mencionados ya que correspondería otra línea de estudio y análisis. Vale resaltar, únicamente, lo expuesto en el Art. 24º,

"todo niño y adolescente tiene derecho, hasta la mayoría de edad, a recibir de sus padres y responsables la protección y cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral y es deber de éstos el proporcionárselos." (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:12)

La Patria Potestad tiene entonces, dos vertientes que deben ser rescatadas, el conjunto de normas que regulan la administración que los padres ejercen sobre los bienes de sus hijos y lo que está directamente relacionado con la regulación de las relaciones personales de los padres con sus hijos y que la doctrina identifica como la guarda jurídica. (ARHANCET, 2004:167)

Se tomará en este punto la noción de guarda. Cuando se habla de Guarda Jurídica, se refiere al instituto mediante el cual se lleva a cabo el conjunto de relaciones de los padres con los hijos. Corresponde entonces a las relaciones paterno – filiales emergentes de la Patria Potestad, incluyendo todas las determinaciones explicitadas previamente dentro de este concepto.

Esta nueva acepción aparece cuando existe un escenario de divorcio o separación de los cónyuges, y es cuando el concepto hasta ahora utilizado comienza a complejizarse y deben realizarse algunas apreciaciones y diferenciaciones. Es en situaciones como ésta que resulta vital distinguir específicamente entre guarda jurídica y guarda material o tenencia.

“La doctrina se ha referido en general a la guarda como un poder – deber de los padres en ejercicio de la Patria Potestad, es decir, implica el ejercicio de determinados derechos y el cumplimiento de ciertos deberes... todo lo cual exige para su efectivo ejercicio... un contacto directo de los padres con sus hijos. Vigente el matrimonio y viviendo los cónyuges de consumo, ambos padres poseen la guarda jurídica y material de sus hijos, pero al disolverse la unión conyugal y pasar a residir los ex cónyuges en distintos domicilios, si bien ambos padres en ejercicio de la Patria Potestad siguen teniendo la guarda jurídica de sus hijos, en general, solo a uno de ellos se le fija un régimen de visitas. ...Para este último padre, el que no convive con el menor, pueden existir dificultades para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes propios de la Guarda Jurídica, ante la falta de convivencia.”
(ARHANCET, 2004:297)

La Guarda Jurídica es un atributo de la Patria Potestad que, generalmente, siguen ejerciendo ambos padres y está directamente relacionada con el derecho y obligación de dirigir la educación del niño, regular su conducta, formar su carácter e ideas, etc. En definitiva, incluye todos aquellos elementos de carácter personal que determinan los vínculos entre padres e hijos.

Por otro lado, la Guarda Material o Tenencia *“...se refiere exclusivamente a la inmediatez que tienen los padres para ejercer los derechos emergentes de la guarda”*. (CALVO, 1996: 43) Cuando existe unión conyugal, ambos conceptos se resumen a los dos padres, quienes ejercen simultáneamente la Patria Potestad sobre sus hijos menores de edad; mientras que, cuando se da una separación o divorcio, este concepto se disocia en guarda jurídica y tenencia. Ejercerá la Patria Potestad en su totalidad aquel de los cónyuges a quien se le otorgue la guarda material, ya que es quien tiene la proximidad cotidiana con el menor.

Dentro del capítulo VII, el Código de la Niñez y la Adolescencia establece los aspectos legales con respecto a la tenencia de los niños y adolescentes. Dice el Art. 34º:

“1) Cuando los padres estén separados, se determinará de común acuerdo como se ejercerá la tenencia.

2) *De no existir acuerdo de los padres, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento* " (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:18)

El universo de análisis en este trabajo está definido por los grupos familiares donde la separación de los cónyuges está determinada por una serie de elementos conflictivos que repercuten directamente en la toma de decisión con respecto a la tenencia de los hijos menores de edad. Es sabido que existe un sinnúmero de separaciones donde no prima el conflicto al respecto, pero la propuesta es investigar sobre la posición de las leyes y los responsables de su aplicación cuando ambos progenitores no logran acceder a un acuerdo al respecto.

"Las rupturas matrimoniales y la paternidad extramatrimonial dan lugar a que se susciten conflictos relativos a la tenencia de los hijos y su correspondiente derecho de visitas respecto del progenitor no conviviente, ocasionando,...., un desmembramiento de hecho que vincula a la guarda propiamente dicha con la tenencia y las visitas... ante la imposibilidad del ejercicio conjunto..." (CALVO, 1996: 43)

Siguiendo con lo expuesto en el Art. 34º del código citado previamente, vale decir que se contempla la posibilidad de que no exista acuerdo entre ambos padres con la tenencia y es en este caso donde el juez deberá resolver esta situación, teniendo en cuenta algunas recomendaciones:

"A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca.

B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de 2 años, siempre que no sea perjudicial para él.

C) Bajo su mas seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente." (Código de la Niñez y la Adolescencia, 2004:18)

Con respecto a este último punto, cabe destacar que lo avala y promueve la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12º, donde se afirma que *"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño."* (CDN, 1999:8). En este concepto se profundizará en el siguiente capítulo.

En el inciso 3 del Art. 9º, la Convención plantea que:

"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño." (CDN, 1999:4)

Para abordar el tema de la tenencia, cabe especificar que ésta hace referencia básicamente al lugar de residencia del menor, es decir, a la determinación de con cual de los padres vivirá la mayor parte del tiempo. Esta se traduce en mantener al hijo consigo, en alimentarle, prestarle cuidados corporales. Si bien la guarda trasciende este concepto y es usualmente compartida, incluyéndose entonces todas las decisiones importantes del desarrollo de los hijos, se debe tener presente que uno de los dos padres, el no conviviente, va a tener irremediamente recortado el ejercicio de este derecho.

"...la paternidad, por sí misma obliga a asumir un rol responsable... Se traduce en el arduo esfuerzo cotidiano que deben realizar los padres, en función de los intereses del menor, quien no debe, mayormente, verse perjudicado con los cambios que realicen los adultos en su vida afectiva." (CALVO, 1996: 44)

Ante esta realidad se han buscado diversas formas de convivencia donde el niño o adolescente sufra lo menos posible esta separación, pensando en una posible modalidad de tenencia compartida. Dice Rivero de Arhancet, en su libro "Familia y Derecho" al respecto:

Esta es "...un intento por permitir a ambos padres el ejercicio adecuado de sus derechos y la posibilidad de equilibrar responsabilidades, sistema que se adapta a la normativa nacional... Sin embargo, es necesario que el juez atienda las circunstancias del caso y en función del primordial interés del menor analice la situación y la resuelva en el sentido más favorable para este..." (ARHANCET, 2004:297)

En la Revista uruguaya de Derecho de Familia la Dra. Calvo de Gross (1996) cita y explica algunos ejemplos de estas modalidades. El primero es la *tenencia compartida bajo la modalidad de nido* donde el niño permanece en la casa y los padres rotan por períodos iguales (una semana o quince días). También se plantea la *tenencia compartida alternada* donde son los menores quienes rotan en forma sucesiva, por períodos preestablecidos, de la casa de uno de sus padres a la del otro. La autora afirma que en ambos casos se plantean inconvenientes, ya que los menores pueden presentar confusiones sobre cuál es su hogar o su lugar de pertenencia, así como también cuál es su referente espacial. Asimismo su estabilidad y seguridad se ven alteradas en tanto se modifican sus pautas diarias y orientaciones educacionales periódicamente.

Mientras que en el primer ejemplo, se corre el riesgo de que quien oficie de eje familiar lo constituya una persona ajena o externa al núcleo familiar, como una abuela o un empleado; también está el "problema" que los costos económicos de mantener tres casas (la del padre, la de la madre y la del niño) sean muy elevados, complejizándose aún más ante la posibilidad de nuevas parejas y familias.

En el segundo caso, los niños carecen de lugar fijo de socialización, viéndose obligados a generar y a mantener vínculos afectivos y sociales diversos y alternados según su lugar de

residencia. Resulta necesario propulsar el "sentimiento de pertenencia" del menor, concepto que engloba los siguientes componentes:

"...la posibilidad de enmarcar la vida del niño en ciertos ámbitos culturales, sociales y familiares estables, creando una identidad que debe ser respetada y alimentada. Esta pertenencia abarca la familia mas allá del grupo primario, al colegio, a una religión, a un barrio o a un grupo social." (CALVO, 1996: 45)

Se plantea que es esencial que el niño o adolescente se identifique con un lugar propio y que no sienta su propia realidad como ajena. Se resalta, al mismo tiempo que cada persona lo vive de diferente manera. Muchas de ellas ven como positivo la existencia de dos casas donde tienen sus cosas por duplicado, identificando alguna de las dos como propia; mientras que otras, pueden llegar a enajenarse de estos lugares al punto de identificarlos como "la casa de mamá" o "la casa de papá" sin sentirlo nunca su propio hogar.

En último lugar, se hace referencia a la *tenencia exclusiva*, donde el menor vive exclusivamente con uno de sus progenitores y tiene asignado un cronograma de visitas para el padre no conviviente. En este caso debe tenerse presente, proteger y garantizar el derecho de este padre de tener amplia participación en la vida del hijo. Debe procurarse la promoción de un contacto estrecho del niño con ambos padres, tanto como el propio interés del menor lo estipule.

"En algunas situaciones puede ser mas apropiado una guarda material a cargo de uno solo de los padres con un régimen de visitas amplio – en el sentido de extenso, pero que se detalle en que consiste para evitar o prevenir posibles dificultades de ejecución." (ARHANCET, 2004:298)

Es por todas estas razones que la determinación de la tenencia resulta tan difícil y por lo que se vuelve un proceso de carácter fundamentalmente empírico, es decir, el juez competente decide de acuerdo a cada caso particular, sus percepciones al respecto, las individualidades de cada situación, los arreglos familiares existentes, antecedentes jurídicos, entre otras cosas.

Se expondrán, en última instancia, los procedimientos judiciales establecidos en estos casos. En el Art. 167º del Código Civil queda expuesto que en un juicio de disolución de matrimonio, *"...no se dictará sentencia definitiva si antes no se acredita que se ha resuelto la situación de los hijos menores de edad o incapaces, en cuanto a su guarda, régimen de visitas y pensión alimenticia."* (CC,2002:143). Se parte de la base de que en el tiempo que lleve el proceso de divorcio, ambos padres podrán *"...celebrar acuerdos relativos a la situación de los hijos, salvo que la separación personal fuera motivada por la causal comprendida en el inciso 5¹ del artículo 148."* (CC,2002:144).

¹ El inciso 5 hace referencia, dentro de las causales de separación o divorcio, a la propuesta del marido o mujer de prostituir a sus hijos.

Dentro de este proceso, el Juez competente, decidirá sobre la situación de los menores, "...teniendo en cuenta el interés de éstos..." (CC,2002:144) y con arreglo a lo dispuesto en los artículos siguientes.

"174. Salvo motivo grave, a juicio del Juez, los hijos que tengan menos de cinco años serán confiados a la madre. En cuanto a los que tengan más de cinco años, el Juez proveerá contemplando las razones que expusieran los padres y la opinión del Fiscal.

176. Ambos cónyuges quedan solidariamente obligados al sostén y educación de sus hijos.

177. Las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos, pero todos los demás derechos y deberes de la patria potestad corresponderán a (ambos) cónyuges...

178. Cualquiera que sea la persona a quien se confien los hijos, el padre y la madre conservan el derecho de vigilar su educación." (CC,2002:144-145).

Tal como ya se ha visto, son varias las herramientas legales en las cuales se contempla la posibilidad de que no exista un acuerdo entre ambos padres con respecto a diversos temas relacionados con el o los menores implicados. Esto puede abarcar conflictos relativos al lugar de residencia, al centro de estudio elegido, a los bienes, etc. Dentro de esta línea, el Código Civil en su Art. 253° así como el Art. 13° de la Ley 10.783 sobre las capacidades civiles de la mujer, plantean que, cualquiera de los dos padres puede requerir mediación judicial, con la finalidad de intervenir sobre los actos del otro responsable, cuando éstos puedan ser considerados dañinos para el menor. Cabe resaltar en este punto que, a partir de la aplicación de esta ley en el año 1948, se han derogado varios artículos del Código Civil por no condecir con la equidad de género propugnada en ella.

En lo que refiere a la regulación de los procedimientos legales correspondientes a un juicio de divorcio, se apelará a las disposiciones expuestas en el Código General del Proceso, Ley N° 15.982, que es la legislatura rectora máxima con respecto a todos los procedimientos legales y judiciales aplicables en la República Oriental del Uruguay. En su Art. 350°. 1 plantea que:

"...se resolverá lo relativo a las pensiones alimenticias, al régimen de guarda y de visitas de los hijos menores o incapaces, así como la cuestión a cuál de los cónyuges habrá de permanecer en el hogar conyugal. El tribunal procurará que las partes lleguen a un acuerdo sobre todos o algunos de esos puntos y, en su defecto, pronunciará providencia solucionando provisoriamente aquellos sobre los que persista el desacuerdo." (CGP,2002:154).

En relación con estos temas se utiliza como criterio esencial "...la promoción de la familia y de sus integrantes, en especial de los más desprotegidos..." (CGP,2002:154 - art. 350.2), mientras que "En las pretensiones relativas a menores o incapaces, se considerará prioritaria la tutela de su interés por el tribunal." (CGP,2002:154 - art. 350.3). Se considera importante resaltar que en ninguna de las disposiciones de la legislación nacional, está manifestado explícitamente, cual es el concepto de familia utilizado y desde donde se establecen todas estas determinaciones. Se cree que quizás se lograría disminuir la vaguedad de algunos conceptos si se comprendiera desde los diferentes lugares de igual manera los conceptos y términos manejados.

Cabe resaltar en último lugar, que el interés de estos niños y adolescentes comprende la directiva esencial para la atribución y resolución de la tenencia. Es necesario analizar cuál es este bienestar máximo para un menor determinado, así como también analizar desde dónde y desde qué premisas se parte para el arribo a esa definición. Esto está estrechamente relacionado con el capítulo siguiente donde se explicitará a qué se hace referencia cuando se habla de los derechos del niño y del principio del *interés superior del menor*.

CAPÍTULO II

Los Derechos del Niño y el principio de Interés Superior

En este segundo capítulo, se presentará una aproximación a los ejes fundamentales en el proceso histórico desarrollado en relación a la evolución de los derechos humanos en general, y los derechos del niño en particular, así como también a los mecanismos de protección existentes al respecto. Se expondrán brevemente algunos antecedentes históricos que propiciaron y determinaron las concepciones jurídicas de la actualidad. A continuación, se profundizará en la propia Convención de los Derechos del Niño, en tanto herramienta legal primordial en la definición y garantía de los derechos actuales de los mismos. En última instancia, se ahondará en la concepción del principio de interés superior del niño, como principio rector de dicha Convención y de las legislaciones nacionales, en lo que refiere a las leyes relativas a la infancia en su relación con la familia, la sociedad y el Estado. Estos tres puntos están íntimamente interrelacionados por lo que serán analizados simultáneamente durante esta exposición teórica.

Este análisis parte de la premisa de que se ha dado a lo largo de los años, un proceso histórico progresivo con relación al reconocimiento de los derechos de los niños y a la aplicación de las herramientas legales correspondientes. Este proceso, como todos los procesos sociales, se enmarca en un contexto histórico con determinadas características.

Antecedentes históricos

Primera etapa

En una primera etapa, los niños eran prácticamente ignorados por las legislaciones establecidas. En los temas relacionados con la infancia se aplicaban una serie de normas estrechamente vinculadas con la protección de las facultades y los derechos de los padres. Todo lo relativo a ese período de la vida, los intereses y las necesidades de los niños, correspondían al ámbito privado y ahí se mantenían. Se otorgaba total poder a los responsables adultos y era a partir de sus decisiones privadas que se regía el mundo de los derechos de la niñez. Si este momento histórico lo trasladamos a lo que se vivía en nuestro país, se considera que se correlaciona con lo que el autor uruguayo, José Pedro Barrán (1991), llamó la "cultura bárbara".

"La época "bárbara", protagonizada por los jóvenes, no tuvo una imagen muy diferenciada de las etapas de la vida. La niñez no fue otra cosa, ..., que la primera fase hacia la plenitud. ...el niño era considerado como un hombre pequeño, y de ahí, el uso del castigo corporal como pena y correctivo de todos, niños, adolescentes y hombres." (BARRAN, 1991:101)

Segunda etapa

Con el advenimiento y consolidación de la Revolución Industrial, a nivel mundial, el niño comienza a concebirse como un ser sociológico y económicamente relevante, considerándolo de forma independiente de los adultos. Comienza a gestarse entonces el concepto de interés del

menor y empiezan a proyectarse algunas regulaciones en lo que respecta a las potestades de los padres sobre sus hijos, que respondían directamente a las necesidades e inquietudes surgidas en consonancia con la época que se estaba viviendo.

"Las primeras regulaciones hacen a la infancia en general, partiendo de la regulación de aspectos como la educación, obligatoriedad de la enseñanza primaria, trabajo infantil."
(PEREZ MANRIQUE, 2002:82)

En el Uruguay, transcurre asociado con la época del "disciplinamiento", enmarcada en el período que transcurre desde 1860 hasta 1920, donde la sociedad comienza a sufrir transformaciones en todos los ámbitos. Se instauro la búsqueda de la "civilización", llevando a la prohibición de la mayoría de las prácticas sociales hasta ahora empleadas. En este contexto *"el niño será visto como un ser diferente, con derechos y deberes propios de su edad; le serán vedados rubros enteros de la actividad social (...), y otros se le reservarán especialmente (la escuela y el juego)."* (BARRAN, 1991:101) *"Se le segregó,..., pero también se le vio, se le apreció en su singularidad."* (BARRAN, 1991:102) *"Desde sus disposiciones, la escuela vareliana y el Derecho descubrieron al niño sobre todo para evitarle el castigo del cuerpo, la máxima "barbarie"."* (BARRAN, 1991:103)

En esta etapa, entonces, se reconoce que los niños pueden y deben tener intereses jurídicamente protegidos, independientemente de los de sus padres. Es en este momento, cuando el Estado cobra vital importancia en las diversas determinaciones y decisiones relativas a la infancia. Esta etapa se ubica en el Uruguay, fundamentalmente, dentro del período de gobierno de José Batlle y Ordóñez comprendido en el lapso de 1903 a 1915, con la presidencia intermedia de Claudio Williman en los años 1907 a 1911. Fue una época de gran intervencionismo estatal a todos los niveles de la sociedad, la economía y la política del país.

El autor Cillero Bruñol plantea que:

"...Esta segunda fase, tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación... En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños... pasan a ser parte de los asuntos públicos. ...El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido". (CILLERO. Pág. Web.b)

Tercera etapa

En una última instancia dentro de este proceso, a mediados del siglo XX, se comenzó a recorrer el camino inverso en la búsqueda de establecer un lugar "intermedio", donde los derechos e intereses de los niños trascendieran tanto la esfera pública como la privada. Se presentó la necesidad de limitar las facultades del Estado en su intervención en los asuntos de la infancia, modificando así su carácter "paternalista" en la aplicación de las normas y limitando, de esta

forma, la discrecionalidad en su accionar. Dicho proceso trascurrió a través de diversos momentos en los cuales los distintos instrumentos buscaban perfeccionarse, tanto en sus dictámenes como en su aplicabilidad, logrando su concreción finalmente mediante la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989.

Mediante la evolución de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, se podía percibir cada vez más la existencia de la noción del interés superior del niño. En la Declaración de Ginebra de 1924, se establecía el imperativo de obligatoriedad que tiene la humanidad de darle a los niños lo mejor, implantando así el origen de este principio. Esta primera Declaración de los Derechos del Niño avalada por la Liga de las Naciones, precursora de las Naciones Unidas, establecía que *"La Humanidad les debe a los niños lo mejor que tiene para ofrecer"*.

En 1948, las Naciones Unidas aprobaron una segunda Declaración de los Derechos del Niño, el mismo año que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba también la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En 1959, la Asamblea General aprobó una tercera Declaración de los Derechos del Niño, un poco más detallada que las anteriores. En ella se esbozaba:

"El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios,..., para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño."
(DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1959)

En el artículo 7º, donde se refiere al derecho a la educación gratuita y obligatoria al menos en las etapas elementales, se destaca que:

"...el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres." (DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1959)

No obstante, todas estas declaraciones no lograron constituirse mas que en expresiones de buena voluntad, sin lograr establecerse como tratados con determinada fuerza legal. De esta forma los Estados podían estar de acuerdo con sus estipulaciones, sin tener jurídicamente obligaciones de garantizar la vigencia de esos derechos. (Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay, 2004:9).

De todas formas, cabe resaltar que, durante este último período se comenzaron a acordar una serie de principios de alcance universal, sobre todo en lo referido a los derechos de los niños, inscriptos dentro de una corriente de progreso en la garantía y protección de los derechos humanos que se fue extendiendo cada vez más, y que se expresa a través de la adopción y aplicación de instrumentos jurídicos determinantes. Se logró el reconocimiento de que todos

deben gozar igualmente de una serie de derechos relativos a la persona humana, y que es el Estado el responsable fundamental de garantizar la total protección de los mismos.

"Hacia fines de siglo, los derechos humanos son reconocidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático;...son el fundamento de un... sistema de promoción y garantía del desarrollo de las personas,...sin discriminación. Los derechos humanos orientan y limitan al Estado y sus órganos, le imponen deberes y le definen objetivos a realizar." (CILLERO. Pág. Web.a.)

Cambio de paradigmas

Dentro de este proceso de evolución en la normativa de los derechos del niño, cabe señalar que esta última fase previamente explicitada, está enmarcada al mismo tiempo dentro de un proceso de cambio de paradigmas, tanto en la concepción de niño, como en la relación de éstos con el Estado.

A mediados del pasado siglo XX, se hizo un pasaje del paradigma de *situación irregular* al paradigma de *protección integral*. El primero, que regía la relación entre el Estado y los niños desde principios de siglo XX, se correspondía con una concepción de niño como objeto receptor de beneficios, sometido a la intervención protectora y correctora del Estado. El segundo paradigma, enmarcado en el movimiento pro-derechos humanos surgido tras la segunda guerra mundial, concibe al niño esencialmente como un sujeto de derecho.

Al mismo tiempo, el paradigma de la situación irregular se contextualiza en el marco de un Estado autoritario cuya intervención estaba completamente suscrita a su propia discrecionalidad. Con la finalidad de modificar esta perspectiva, ocurrió la transición hacia el nuevo paradigma, buscando contener el poder estatal y limitar su discrecionalidad, mediante el intento de establecer normativas claras y definidas con respecto a la relación Estado – niños.

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño conforma una de las herramientas fundamentales en el desarrollo de este proceso de cambio y adaptación al nuevo paradigma de la protección integral y es tomada como el instrumento legal rector en la protección de la infancia. Esta herramienta internacional representa el resultado de un proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que ha tenido lugar a lo largo del siglo XX.

En 1978 el gobierno de Polonia presentó ante las Naciones Unidas el primer borrador de la Convención. Al año siguiente, la Comisión de Derechos Humanos creó un grupo de trabajo al que se le asignó la tarea de examinar y ampliar el texto polaco. Diez años después y luego de un profundo trabajo analítico e investigativo, en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención por unanimidad. Uruguay la ratificó el 28 de setiembre de 1990.

La misma surge ante la necesidad de profundizar y reformular algunos puntos de la

Declaración Universal de 1959, estableciendo formas de protección de los derechos de la infancia desde normativas jurídicas específicas incluidas en las legislaciones nacionales. Simboliza un paso cualitativo dentro de la normativa jurídica, esto es, introduce la obligación impuesta a los gobiernos que la han ratificado a efectivizar su actuación al respecto.

...Por tanto, la CDN constituye un punto de referencia común, que sirve para analizar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos infantiles y para comparar los resultados. Al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una realidad; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir a los niños el disfrute de sus derechos. (Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay, 2004:5).

La misma representa un consenso de una multiplicidad de culturas y de sistemas jurídicos de todas partes del mundo, en relación a las normas relativas a los niños y a la relación de éstos con sus familias y con el Estado.

"Si bien su adaptación a cada país deberá tomar en cuenta aspectos culturales propios, sus disposiciones representan un piso mínimo que deberán observar todos los países que la incorporaron a su legislación interna." (ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:5)

La Convención es, en definitiva, el órgano rector de las relaciones existentes entre la infancia, la familia y el Estado, en la medida en que es estructurada a partir del reconocimiento y establecimiento de los derechos y deberes recíprocos.

"...la CDN presenta un nuevo esquema de comprensión de la relación entre el Estado, las políticas sociales y el niño, así como también constituye un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de las niñas y los niños, y sus intereses, en la decisión de los asuntos públicos." (CILLERO. Pág. Web.a)

En esta línea de pensamiento, se hace énfasis en el cambio dado con respecto a la visión de la infancia en este último tiempo, concretizándose las ideas en la Convención; y es desde esta nueva perspectiva que se intenta pensar y repensar tanto las normativas jurídicas como las políticas públicas relativas a la infancia.

"...Constituye un instrumento jurídico que modifica en forma profunda y radical la concepción de la niñez y obliga al estado, la familia y la comunidad a establecer nuevas maneras de pensar y actuar en relación con las generaciones mas jóvenes." (ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:5)

Características

Algunos de los autores citados, destacan algunas características primordiales en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; su integralidad; su efectividad; la concepción del niño como sujeto de derecho; y el paso de la concepción de necesidades a la concepción de derechos.

En primer lugar, se hace hincapié en la capacidad y necesidad de la Convención de abarcar todas las dimensiones de la vida y desarrollo de los niños. Esta *integralidad* responde al intento de unificar los objetivos y las acciones de los Estados con respecto a la garantía de los derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales.

"Estos derechos son estrictamente interdependientes, exigiéndose la satisfacción conjunta de ellos para la consecución efectiva del desarrollo." (CILLERO, Pág. Web.a)

Esto refiere al carácter de protección integral propuesto en la Convención.

El carácter de *efectividad*, tiene que ver con la idea de que, tal como ya se dijo, la Convención no es una declaración de buenas intenciones, sino que muy por el contrario, representa el conjunto efectivo de medidas aplicables para el cumplimiento de los derechos en ella incluidos. Como se expone en el artículo 4º:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos..." (CDN, 1999:4)

Este principio hace referencia entonces, a la satisfacción real y efectiva de los derechos en ella dispuestos, mediante la adopción y aplicación de mecanismos de garantía.

La tercera característica destacada se corresponde con una nueva *concepción de niño* en su reconocimiento como *sujeto de derecho*. En este punto, se plantea una diferencia fundamental con las concepciones precedentes en el ámbito jurídico y legal, donde la idea de niño se definía a partir de su incapacidad jurídica, es decir, por lo que "le falta para ser adulto". Previamente entonces, se definía a los niños por sus necesidades o carencias, mientras que la Convención los define según sus "atributos y derechos" en su vínculo con el Estado, la familia y la sociedad.

"Ser niño no es ser menos adulto, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta." (CILLERO, Pág. Web.a)

La Convención apunta a que se conceptualice la infancia y la adolescencia como diferentes formas de ser persona dentro de las distintas etapas de la vida.

"La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica." (CILLERO, Pág. Web.a)

Los textos relativos a esta temática apuntan a que el niño sea concebido como tal y que, a su vez, se le reconozcan los derechos universales propios y desde ahí, se precisen los compromisos y responsabilidades que para con ellos tienen estos actores sociales.

"De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas... La CDN, entonces, se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad, y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores." (CILLERO, Pág. Web.a)

Cabe considerar en este punto, tal como lo destaca el autor Cillero Bruñol, que en la concepción que el niño pasa, de ser un objeto de protección a ser un sujeto de derecho, hay ciertas limitaciones propias del ordenamiento jurídico nacional e internacional, ya que no es portador de una autonomía plena que le permita hacer total ejercicio de sus derechos. El autor plantea que este "recorte" se debe a dos tipos de argumentos. Esto es, a

"...consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez - y consideraciones jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de...los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres." (CILLERO, Pág. Web.a)

Es en gran parte debido a lo mencionado, que la Convención se propone para resolver esta situación enfatizar en la responsabilidad de los padres o tutores *"...de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención"* (CDN,1999:4-5)

Se destaca de este modo, la importancia de los adultos (generalmente de los padres) de guiar a los menores en el goce de sus derechos, así como en la visualización de sus obligaciones y deberes para con la sociedad.

"...los deberes... de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado...- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado." (CILLERO, Pág. Web.a)

En síntesis, corresponde al Estado y a la familia apoyar al niño en su desarrollo en la medida en que va adquiriendo las facultades necesarias para ejercer la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Es aquí donde surge la necesidad de distinguir entre niño y adolescente, ya que, a medida que éste va creciendo, va adquiriendo mayores responsabilidades. Esto se refleja en las modificaciones de las legislaciones nacionales, como es el caso del nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia en el Uruguay.

La última característica destacada de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el pasaje de la *concepción de necesidad* a la *concepción de derecho*. Esto se entiende como un cambio de óptica en la relación del Estado con la infancia y de los adultos con los niños. El niño ya no se percibe como un receptor de asistencia, con carácter de "beneficiario" o de "objeto" de protección; sino que, por el contrario, es concebido como un sujeto de derecho, frente a quien existen obligaciones concretas y específicas que deben ser protegidas y garantizadas.

"La CDN a la vez que define una nueva concepción del relacionamiento de los niños con el mundo adulto, pauta al mismo desde la perspectiva de un sujeto de derecho y desarrollo, con capacidad de goce de los derechos absoluta y con adquisición progresiva de la capacidad de ejercicio, cuya opinión debe ser escuchada y tomada en cuenta, debiéndose adoptar las decisiones en consonancia con su interés superior." (PEREZ MANRIQUE, 2002:81)

Tras esta breve exposición sobre las principales características de la Convención, se expondrá a continuación, los principios rectores que la definen y estructuran.

Principios rectores de la Convención

Estos principios son descritos por Cillero Bruñol, como derechos que permiten ejercer otros derechos, protegiéndolos, garantizándolos, enmarcándolos, y permiten además, por su peso jurídico relativo a las situaciones particulares y concretas, resolver conflictos que pueden surgir entre distintos derechos. Es decir, los mismos deben ser entendidos como vinculantes para el juez y el legislador, son lineamientos rectores que sustentan y estipulan cuando un magistrado o un legislador debe tomar una decisión concreta respecto de un caso particular. En nuestra línea de estudio, se puede ver como ejemplo un caso de disputa por la tenencia de los hijos menores de edad. El juez propone realizar su evaluación y la determinación de su posterior fallo, a través de un análisis exhaustivo de todos los elementos relevantes en dicha situación, considerándolos desde una óptica de respeto y promoción de los principios propuestos por la Convención.

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas² define algunos principios

² Para reforzar la voluntad política expresada con la ratificación o adhesión a la CDN, existe un sistema de control y seguimiento, este es, el Comité Internacional de los Derechos del Niño. Este tiene sede en Ginebra y está integrado por un grupo de diez expertos, elegidos por los Estados Partes. El artículo 43º, define la competencia del Comité, creado "con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes...". Esto lo determina como la principal autoridad, en el plano internacional, para la interpretación de la Convención.

Por otra parte, de conformidad al artículo 45º de la CDN, el Comité tiene el mandato de trabajar con otros órganos de vigilancia de tratados, con instituciones especializadas del Sistema de las Naciones Unidas, y con otros organismos (oficiales o no gubernamentales) para hacer efectiva la realización de los derechos consagrados en la Convención.

Este organismo de vigilancia se expresa formalmente por intermedio de diferentes actuaciones. El Comité

rectores dentro de la Convención, que son el de no discriminación; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo; el respeto a la opinión del niño; y el principio del interés superior del niño.

Con respecto al principio de no discriminación cabe decir que tiene un doble sentido en su interpretación.

“En primer término,... pretende asegurar que la infancia y la juventud tengan la titularidad de los derechos que le corresponden a todas las personas y, para lograrlo, no sólo los reafirma sino que establece nuevas protecciones...” (CILLERO, Pág. Web.a)

Una de las bases de los derechos humanos es que todos los instrumentos nacionales e internacionales al respecto, deben aplicarse a todas las personas sin distinción. No obstante, es posible percibir que muchas veces existen grupos de personas, dentro de los cuales se encuentran los niños, que están desprotegidos en el goce de sus derechos. Así, *“La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y,... puede denominársele como contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas...”*. (CILLERO. Pág. Web.b)

En una segunda acepción, el principio de no discriminación está dispuesto en el artículo 2º, donde se hace referencia a que la Convención debe garantizar y proteger los derechos de todos los niños sin excepción.

“Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan,..., un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla”. (CILLERO. Pág. Web.b)

Hace referencia en este segundo sentido, a que la Convención proteja y propicie los elementos necesarios para que todos los niños; sin importar raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, posición socio-económica, etc.; puedan alcanzar las condiciones para una vida digna, mediante el goce de todos sus derechos. Este punto evidentemente propende al debate ya que somos todos testigos de que no se ha logrado aún cumplir totalmente con este significado del principio. No obstante, no corresponde para este trabajo introducirnos en esta discusión.

En última instancia, como uno de los ejes determinantes de este trabajo se hace referencia al principio del Interés Superior del Niño, el que se intentará describir con mayor profundidad a continuación, en una estrecha relación con los otros principios enunciados

considera los informes individuales presentados por cada Estado Parte, y desde ahí realiza Observaciones y Recomendaciones referidas a cada país en particular. La obligación de presentar informes surge del artículo 44 de la Convención. (Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay, 2004:7-8).

previamente; el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el respeto a la opinión del niño.

Principio de Interés Superior del Niño

El principio del interés superior del niño no es un concepto nuevo, sino que conformó una parte muy importante del Derecho de Familia de muchos países desde finales del siglo XIX. De todos modos, este principio estuvo, en un primer momento, básicamente limitado a temas relacionados con la patria potestad y la tutela, o sea, relacionado directamente con los derechos de los padres. Fue a partir de la segunda guerra mundial, que el derecho de familia siguió avanzando y comenzó a centrarse sobre la figura del niño. En varios instrumentos internacionales de derechos, tal como se esbozó previamente, comenzó a hacerse referencia a este concepto o, al menos, a conceptos que funcionarían de simiente para la conformación del principio del interés superior del niño. Es a partir de su inclusión en la Convención sobre los Derechos del Niño que comienza una nueva etapa y desde donde se realizará el análisis en este trabajo.

Este concepto es citado a lo largo de la Convención en varias oportunidades y con relación a variadas temáticas, por lo cual es, sin lugar a dudas, tal como se dijo anteriormente, uno de los principios básicos de la misma. El interés superior del niño está innegablemente implícito a lo largo de toda la normativa jurídica, pero es nombrado de manera explícita en los artículos 3º, en el 9º (respecto a la separación de los padres), en el 18º (respecto a la responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del menor), en el 20º (protección del estado a los niños privados de su familia), en el 21º (adopción), en el 37º (privación de libertad) y en el artículo 40º (relativo a la justicia de menores).

Varios de los autores que ya se han mencionado, como Alston y Gilmour Walsh, Freedman y Cillero Bruñol, se han dedicado al estudio de este principio, de su efectiva aplicación a través de las legislaciones nacionales y, en especial, de su interpretación a partir de la Convención. Todos coinciden que el mismo tiene dos funciones normativas fundamentales. En el Artículo 3º, este principio es presentado como un concepto guía, a través del cual deberían aplicarse e interpretarse sus disposiciones. Por su parte, en los artículos ulteriores, se plantea que el interés superior del niño, actúa como pauta interpretativa en la búsqueda de soluciones de posibles conflictos entre los distintos derechos del niño.

Con respecto al primer punto, es importante comenzar por exponer el artículo 3º:

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño.*
- 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán las medidas*



legislativas y administrativas adecuadas.

3. *Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o de la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en la relación con la existencia de una supervisión adecuada. (CDN,1999:4)*

Es en este artículo donde el interés superior del niño es expuesto como el principio rector – guía de la Convención. Se enfatiza su carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido. Se constituye en este punto como un principio jurídico garantista, *"entendiéndolo como una obligación de la autoridad pública destinada a asegurar la efectividad de los derechos subjetivos individuales."* (FREEDMAN, Pág. Web.c)

Es formulado entonces, como garantía en la vigencia de todos los derechos, equiparando el propio concepto de interés superior, con la efectiva satisfacción de los mismos y la determinación de la obligariedad de todas las instituciones, públicas y privadas, de trabajar para efectivizar el cumplimiento de esos derechos.

"...la Convención dispone que el principio del interés superior del niño ha de ser aplicado por todos los órganos decisorios, ya sean públicos o privados, siempre que actúen en algún asunto que concierne a los niños. La importancia que se debe dar al principio puede variar según las circunstancias, aunque siempre se le debe otorgar, como mínimo, una consideración importante o principal." (ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:24)

Alude, primordialmente, a la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños. Es entendido como el conjunto de acciones que tienen como objetivo garantizar el desarrollo integral de los menores, generando las condiciones necesarias para una vida digna. Con esto se hace referencia al compromiso del Estado y de la sociedad de propiciar, tanto las condiciones materiales como las afectivas, que les permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible. Es, por lo tanto, una prescripción imperativa que dispone responsabilidades obligatorias.

Es necesario tener presente que existen un número importante de objeciones a la claridad y especificidad de este principio. Las normas expuestas en la Convención, amparadas en el principio del interés superior del niño, han sido fuertemente cuestionadas por la vaguedad del concepto. Esto, plantean varios autores, permitiría el ejercicio discrecional del poder estatal y en consecuencia, determinaría un retorno hacia el paradigma de la situación irregular que se buscó trascender.

Uno de los temas donde se plantean algunas dudas sobre la efectividad de este principio está relacionado con la interrogante que surge de cómo es posible determinar que es lo mejor para un niño. Los autores Alston y Gilmour – Walsh se preguntan, determinando de esta forma

una de las principales interrogantes que se plantean en este trabajo. "¿Se trata de una decisión que debe ser tomada por los adultos basándose en la evaluación de lo que algunos de ellos llaman factores "objetivos", o sería necesario que los niños interviniesen en ese proceso?". En respuesta a esta cuestión, toman lo expuesto por John Eekelaar quien sostiene lo siguiente:

"...la determinación de lo que se hace por el interés superior del niño debe combinar tanto elementos objetivos como subjetivos, y sugiere que las evaluaciones objetivas pueden ser útiles, pero que hay que ser consciente de que dependen de un "consenso sobre valores" difícil de lograr. Además, esa determinación puede variar según las experiencias individuales de cada niño. ...Se debe tener en cuenta la propia decisión de cada niño."
(ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:24-25)

En este mismo estudio, estos autores plantean algunos ejemplos de cómo algunos aspectos pueden influir en la medida que, esa determinación de lo que define propiamente al concepto, se vuelva una indeterminación. Es decir, la cultura, por ejemplo, incide sobre el sistema de valores de una sociedad, por lo que, consecuentemente, termina fijando e influyendo directamente sobre lo que se entiende por interés superior del niño. Otros ejemplos citados y desarrollados en el texto utilizado, son los recursos económicos con los que se cuenta, "tanto en lo que se refiere a las asignaciones presupuestarias gubernamentales (...) como ... a los recursos de que dispone un niño concreto en diferentes situaciones." (ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:40)

Estos elementos expuestos determinan la importancia de un factor fundamental, la cultura, como cuadro definitorio de todas las prácticas sociales y, en este caso, de la interpretación de las normas en general, y del principio del interés superior del niño en particular. Se propone que debería darse una interacción dinámica para la aplicación de las normas entre los sistemas culturales y las normativas internacionales. Este es un tema de gran debate en la actualidad con respecto a la aplicación de estos conceptos en la práctica concreta.

No obstante, Alston y Gilmour – Walsh, por su parte, puntualizan tres papeles básicos que desempeña este principio:

- 1- *Puede apoyar, justificar o aclarar, ..., un enfoque concreto con respecto a los asuntos que surjan en el seno de la Convención. ...el principio es tanto una ayuda a la hora de elaborar una normativa sobre los derechos humanos como un elemento que se ha de tener muy en cuenta al aplicar otros derechos.*
- 2- *Puede actuar como principio de mediación que ayude a resolver conflictos entre los diferentes derechos...*
- 3- *Sirve para evaluar las leyes, las prácticas y las políticas referentes a los niños que no se incluyan en forma expresa en ... la Convención. ...* (ALSTON y GLIMOUR-WALSH, 1997:57)

Es en respuesta a algunas de estas críticas, que el autor Diego Freedman propone definir claramente, tanto las funciones como el contenido, de dicho principio en consonancia con lo que el paradigma de la protección integral promueve.

"... proponemos interpretar al principio del interés superior del niño como un mandato al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, el principio tendría contenido normativo específico implicando que determinados derechos de los niños son de un "interés superior" al contraponerse con otros derechos individuales y ciertos intereses colectivos." (FREEDMAN, Pág. Web.c)

De todos modos, es fundamental aclarar en este punto que dentro de la Convención se plantean una serie de derechos de los niños que ceden ante intereses colectivos o a derechos individuales de terceros. Un ejemplo es el que se presenta en el artículo 14º donde se refiere al derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Sin embargo, se aclara en el inciso 3 de dicho artículo que *"La libertad... estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás."* (CDN, 1999:9).

Es aquí donde hay que acudir a la noción de "núcleo duro" de derechos, planteados en la misma, determinando así el conjunto de derechos que, inevitablemente, deben primar en cualquier situación o circunstancia.

"Este núcleo comprendería el derecho a vida, a la nacionalidad y a la identidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la salud, a la educación, a un nivel de vida adecuado, a realizar las actividades propias de su edad (recreativas, culturales, etc.) y las garantías propias del derecho penal y del procesal penal." (FREEDMAN, Pág. Web.c)

Es a partir de este núcleo duro de derechos, que se pasa interrelacionadamente al punto de las políticas públicas. El Estado tiene la obligación de priorizar las políticas donde se tomen en cuenta la satisfacción de esos derechos previamente delimitados, así como debe agotar todas las posibilidades en el intento de cumplir con este compromiso. Es sabido que el Estado tiene limitado sus recursos económicos, pero debe priorizar la búsqueda de la satisfacción de esos derechos fundamentales.

"...Los derechos de la infancia... 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". (CILLERO. Pág. Web.a)

Respondiendo a la segunda función normativa del interés superior del niño, cabe decir que, en otras normas jurídicas de la Convención a través del desarrollo de sus artículos, este principio actúa como pauta interpretativa para solucionar conflictos entre los distintos derechos.

Se pone especial énfasis en la capacidad del principio de jerarquizar los derechos de los niños. El interés superior del niño como pauta interpretativa, permite solucionar posibles conflictos surgidos entre los derechos consagrados en la Convención, privilegiando determinados derechos que la misma entiende y determina como superiores.

"...cuando la Convención establece que un derecho del niño cede ante el interés superior del niño, está disponiendo que determinados derechos pueden ser restringidos en aras de garantizar la eficacia de derechos de mayor jerarquía... De este modo, se relativizan ciertos derechos en aras de garantizar los derechos que se consideran superiores dentro del sistema normativo diseñado..." (FREEDMAN, Pág. Web.c)

Otro de los principales aportes de la Convención es el crecimiento del alcance de este principio. Se ha logrado trascender los ámbitos puramente legislativo y judicial, para mediar en la actuación y decisiones de todas las autoridades públicas, las instituciones de la sociedad civil e incluso en el ámbito "privado" correspondiente a la familia. Un eje fundamental de la misma, lo constituye la regulación de las relaciones entre los niños y sus familias, en especial la relación entre padres e hijos.

En varios artículos de la Convención se establece y reconoce el derecho de los padres a decidir sobre la crianza y la educación de sus hijos y, a su vez, se promulga que los niños deben ejercer sus derechos por sí mismos de acuerdo a la evolución de sus facultades y a su propio proceso de maduración. Para comprender este doble sentido que propone dicha ley, tomaremos lo expuesto por Cillero Bruñol en su análisis.

"Es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo." (CILLERO. Pág. Web.b)

Es decir, los derechos de los padres son derechos limitados por los derechos de los propios niños, o sea, por el interés superior de éstos. Al mismo tiempo, cabe destacar que, es el Estado el órgano rector por excelencia para apoyar a los padres en este rol, así como también para garantizar a los menores que las acciones por ellos emprendidas, deberán estar orientadas a la construcción de su autonomía.

Principio de Interés Superior en conflictos judiciales de guarda y tenencia

¿Qué pasa entonces ante un conflicto judicial de guarda y tenencia de hijos menores de edad tras la separación de los padres? ¿Cuáles son los pasos o procedimientos estipulados en situaciones como ésta tanto en los mecanismos internacionales como dentro del sistema jurídico uruguayo? El artículo 9º de la Convención plantea:

- 1- *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades*

competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño es objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

- 2- *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.*
- 3- *Los estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. (CDN, 1999:6)*

Cabe destacar, a partir de este artículo, que siempre deben orientarse las acciones legales y/o judiciales a la búsqueda de ese interés superior, teniendo en cuenta lo anteriormente explicitado en relación a lo que éste significa para la sociedad en general y para la jurisprudencia. En el inciso 2 se hace hincapié en la obligatoriedad de los magistrados de tener en cuenta a todos los actores involucrados en un proceso de resolución de tenencia. Este punto se considera de vital importancia a la hora de una decisión judicial al respecto, ya que legitima y protege el derecho del padre, madre e hijos, además de familiares cercanos, de ser igualmente escuchados y considerados.

El artículo se especifica y complementa con el derecho del niño a expresar su opinión en los asuntos que le afecten, tal como lo plantea el artículo 12° de la Convención anteriormente citado.

1. *Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*
2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte directamente al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. (CDN, 1999:8)*

Se tomará en consideración lo planteado por el Dr. Pérez Manrique, Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo Turno, en su exposición en la Revista uruguaya de Derecho de Familia N° 16. Plantea que el tribunal debe tener en cuenta la opinión del menor, lo que no implica acatarla al pie de la letra, pero si impone una análisis de la misma. *"...no existe elemento alguno para sostener que tal opinión esté viciada o desviada, máxime cuando en los dichos de los propios niños se aprecia el amor y la necesidad de un contacto regular y*

permanente con el padre, independientemente de vivir con la madre." (PEREZ MANRIQUE, 2002:84)

Dentro de este proceso de conquista y protección de los derechos del niño, se considera como una de las más significativas e importantes innovaciones, la aplicación de disposiciones legales garantizadoras de que la opinión del niño será oída en las instancias del sistema de administración de justicia. *"...En los casos de tenencia y guarda de menores, a posteriori del divorcio o de la separación judicial de los padres, el nuevo código establece que el juez de familia bajo la más seria responsabilidad funcional deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente."* (Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención. 2006: 32)

Volviendo a lo planteado por Pérez Manrique (2002) quien establece una diferenciación entre reglas y principios dentro del mundo normativo moderno, donde se define a las primeras como *"normas completas con una hipótesis y su consecuencia"* y a los segundos como *"enunciados generales que hace el legislador para que el intérprete las aplique al caso concreto"*. (PEREZ MANRIQUE, 2002:86). Tras esta distinción, ubica claramente el interés superior del niño dentro del conjunto de los principios. Y agrega al respecto,

"Principio que por definición implica un cierto grado de indeterminación, pues el legislador no puede prever todas las hipótesis en que el interés superior del niño debe ser puesto en funciones." (PEREZ MANRIQUE, 2002:86)

Este principio, entonces, obliga al juez a actuar con *"el máximo rigorismo jurídico"*, superando las practicas precedentes donde primaba la noción de *"buen padre de familia"*, donde sus decisiones podían ser arbitrarias.

Pérez Manrique plantea que el interés superior del niño implica dos aspectos fundamentales, *"el de garantía vista como límite normativo a la actividad estatal y el de protección que se ejerce como protección de los derechos y no de personas"*. El primero de estos dos aspectos ya ha sido previamente analizado, mientras que el segundo se refiere a que el juez debe tomar este principio como uno de los garantes fundamentales para el amparo de los derechos de los niños en su convivencia dentro de esta sociedad. Para el logro de este objetivo, establece los marcos generales de los procedimientos que todo magistrado debería tener presente en un proceso de aplicación de la norma, de manera que esté regulado el accionar judicial ante un conflicto determinado. La finalidad de este lineamiento es detallar todos los pasos a seguir, con el fin de aumentar la posibilidad de controlar las decisiones tomadas. Para aplicar la norma, entonces, debería tenerse en cuenta los siguientes elementos determinantes:

- a) *... los elementos objetivos que resultan de las pruebas relevadas...*
- b) *Elemento volitivo, en aplicación del art. 12 de la Convención deberá recabarse la opinión del menor ... 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 art. 41 de la Constitución³... y del art. 5º de la Convención⁴... El futuro debe ser interpretado como el desarrollo del ejercicio de una ciudadanía plena y responsable, consciente de sus 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. (PEREZ MANRIQUE, 2002:87)*

Esta serie de elementos planteados operan como el encuadre necesario para asegurar que la posible discrecionalidad de accionar judicial esté lo más reglamentada posible, en la medida que el juez deberá actuar dentro del orden jurídico, fundamentando sus determinaciones a través de los procedimientos preestablecidos. Entonces, *"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. (PEREZ MANRIQUE, 2002:87)*

Esta es una de las razones fundamentales por las que el principio de interés superior del niño debe estar definido lo más claramente posible.

³ *"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."*

⁴ *"Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o ... (quienes los sustituyan)... de impartirle (al niño), en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente..."*

CAPITULO III

El Trabajo Social en el ámbito del Poder Judicial uruguayo

Los profesionales de Trabajo Social asumen un rol significativo dentro del proceso de garantía de los derechos humanos. Dentro de la órbita relacionada con el tema de estudio, esta profesión juega un papel fundamental en la definición de ciertos elementos determinantes. En el Uruguay, existe un espacio específico, donde estos profesionales desempeñan ese rol fundamental en la determinación de temas relacionados con el futuro de los menores involucrados en situaciones conflictivas por separación de los cónyuges.

El Trabajo Social como profesión es entendido desde una perspectiva histórico – crítica planteada, entre otros, por el autor Carlos Montaña (1998), donde se relaciona su origen y afianzamiento con la necesidad del Capitalismo de contener a las masas populares y asalariadas. El Servicio Social entonces, es entendido como

“...un subproducto de la síntesis de los proyectos político – económicos que operan en el desarrollo histórico, donde se reproduce material e ideológicamente la fracción de clase hegemónica, cuando, en el contexto del capitalismo en su edad monopolista, el Estado toma para sí las respuestas a la cuestión social.” (MONTAÑO, 1998:20).

Por *cuestión social* se entiende aquí “...al conjunto de problemas políticos, sociales y económicos que el surgimiento de la clase obrera impuso en la constitución de la sociedad capitalista.” (NETTO, 1992:5). Se refiere inicialmente a la contradicción entre capital y trabajo, entre la burguesía y el proletariado, y la lucha de este último por su reconocimiento como clase y por el respeto de sus derechos. Dentro de esta línea, el surgimiento de la profesión está directamente relacionada con las peculiaridades de la cuestión social en el capitalismo en su fase monopolista.⁵ En este contexto, surge la necesidad de una nueva forma de intervención estatal que garantice los *superlucros* de los monopolios. Por lo tanto, se propone un Estado que se desempeñe en múltiples funciones, desde un papel tanto político como económico.

Es en este encuadre socio-histórico, donde el Estado adquiere el papel primordial de *preservar y controlar* a la clase trabajadora, regulando las pautas sociales en todas sus manifestaciones. Para esto, el Estado debe legitimarse políticamente.

⁵ En el último cuarto de siglo XIX, en Europa, el capitalismo experimenta modificaciones en lo que respecta a su organización y a su dinámica económica, y por ende, en su estructura social y política. (NETTO, 1992:7). Esta es la etapa en que se pasa de capitalismo competitivo a capitalismo monopolista, donde el proceso de acumulación de capitales resulta fuertemente elevado.

"A través de la política social, el Estado burgués... procura administrar las expresiones de la "cuestión social", de forma tal que atienda las demandas del orden monopolista, conformando así, por la adhesión que recibe de categorías y sectores cuyas demandas incorpora, sistemas de consenso... ..el peso de esas políticas sociales es evidente, en el sentido de asegurar las condiciones adecuadas al desarrollo monopolista. Y en el nivel... político, ellas operan como un... soporte del orden sociopolítico: ofrecen un mínimo de respaldo efectivo a la imagen del Estado como "social", como mediador de intereses conflictivos." (NETTO, 1992:20 – 21)

Aquí es donde se enmarca el surgimiento del Servicio Social como profesión. Las políticas sociales, orientadas a atender la *cuestión social*, tienen, además de su dimensión política, una dimensión técnica, reflejada tanto en su formulación como en su implementación. Dentro de esta línea de análisis, el profesional de Trabajo Social es captado en relación con su desempeño a partir de un papel claramente político, con una función históricamente determinada por su lugar en la división social del trabajo, orientada básicamente a la ejecución final de las políticas sociales. Estos dos puntos Carlos Montaña los explica de esta manera:

"...el Servicio Social tiene un papel a cumplir dentro del orden social y económico – como engranaje en la división sociotécnica del trabajo – enmascarado en la prestación de servicios: al asistente social le es demandado (...) participar en la reproducción, tanto de la fuerza de trabajo como de la ideología dominante." (MONTAÑO, 1998:21).

Esta perspectiva responde a una visión *totalizante* respecto del surgimiento del Trabajo Social como profesión. Es decir, lo encuadra dentro de un proceso histórico determinado, "En él entiende la "particularidad" – Servicio Social – insertada y constitutiva de una "totalidad" mas desarrollada que la contiene y determina". (MONTAÑO, 1998:28). La clase hegemónica necesitaba, para perpetuar este orden, legitimar el sistema socioeconómico y político que la sustentaba, respondiendo de alguna manera ante las demandas populares, organizadas y sindicalizadas. Es aquí, que estas demandas son elevadas a la órbita política y estatal, concretizándose como respuesta el surgimiento de las políticas sociales. Así, tanto en sus inicios como en la actualidad, la profesión es enmarcada dentro de un proceso de legitimación de las clases dominantes, a través de la instrumentación de políticas sociales, con la finalidad de aplacar a las clases subalternas en la lucha por sus derechos y por concretizar sus demandas sociales.

De todos modos, siguiendo la línea expuesta y retomando esta perspectiva totalizante, entendemos que, tanto la cuestión social, como las políticas sociales, como el Trabajo Social; si bien continúan ligados a esas contradicciones dicotómicas básicas; se han complejizado y han adquirido múltiples dimensiones. La precarización e inestabilidad sufrida por nuestras sociedades a nivel laboral, habitacional, educacional, entre multiplicidad de otros factores, han significado que el conjunto de problemas políticos, sociales y económicos trasciendan esa contradicción inicial

entre capital y trabajo. Si bien, esta sigue irguiéndose como el punto inicial de múltiples conflictos y necesidades, se ha complejizado de manera importante.

Lo que legitima una profesión dice Carlos Montaña (1998:46) es, por un lado, dar respuestas a determinadas demandas sociales, y por otro, que existan instituciones que quieran o necesiten contratar a esos profesionales. En el caso del Trabajo Social, se necesita la existencia de la *cuestión social* y de organismos que implementen políticas sociales. El autor plantea que es necesario distinguir entre *legitimidad funcional*, la cual tiene que ver con la relación empleado (trabajador social) – empleador (Estado u organizaciones de la sociedad civil), y *legitimidad social*, relacionado con el vínculo entre trabajador social y usuario (población vulnerada en algún sentido). Cabe recalcar la tensión existente entre estas dos formas de legitimar la profesión, en tanto responde a dos órdenes sociales opuestos: clase dominante – clase dominada.

“Estas dos formas de legitimación no pueden ser vistas como dos fenómenos divorciados. Hay aquí dos tipos de demandas que, interrelacionadas, parten de actores diferentes y requieren cosas distintas. ...Así esta doble relación debe ser entendida como un proceso único: demanda social por servicios estatales – ampliación del Estado e intervención... a través de políticas sociales – demanda de asistentes sociales (para ejecutar estas últimas) por parte del Estado – legitimación (funcional) y consolidación profesional.” (MONTAÑO, 1998:50).

Cabe decir que el rol del Trabajo Social, como rol profesional determinado “...se ejerce desde instituciones y organismos, públicos y privados, que llevan a cabo políticas públicas específicas. Interviniendo casi exclusivamente a nivel micro social y, primordialmente, como ejecutor de políticas y programas.” (CLARAMUNT, s/d:3). En otras palabras, hoy en día el profesional de esta disciplina, continúa generalmente ocupando espacios como ejecutor terminal de políticas sociales, implementadas por los gobiernos nacionales. Este se conforma, entonces, como el espacio de trabajo legitimado, tanto para el Estado, como para la sociedad en su conjunto.

Con la finalidad de acercarnos a los objetivos planteados para este trabajo, se centrará el análisis en la actividad profesional del Trabajo Social dentro del Poder Judicial uruguayo, identificándolo como el espacio de acción y el órgano empleador del profesional en este contexto, o sea, su fuente de legitimación funcional. Adela Claramunt (s/d) destaca que, el rol profesional en nuestra disciplina, se enmarca en un espacio determinado, desde dónde y a través del cual se realiza la intervención, el cual está siempre definido institucional y organizacionalmente. El ejercicio del Trabajo Social, entonces, se remite institucionalmente al espacio de las políticas sociales, y se enmarca organizacionalmente, dentro de los organismos, tanto públicos como privados, que ejecutan dichas políticas. Por lo tanto, en este contexto particular, institucionalmente el espacio ocupacional de la profesión está definido por el cuerpo de normativas jurídicas orientadas a proteger la infancia dentro de un marco de situaciones judiciales; y

organizacionalmente, el Trabajo Social está enmarcado dentro del desempeño laboral del Departamento de Asistencia Social (D.A.S.) del Instituto Técnico Forense del Poder Judicial desde donde se realizan y promueven las prácticas profesionales.

"A esfera da justiça caracteriza-se por haver historicamente desempenhado um papel relevante na construção e regulação das relações entre indivíduos e instituições sociais, através de processos de arbitragem que atingem praticamente todas as áreas de funcionamento da vida social." (MITJAVILA, 2004:1)

Dentro de la esfera del sistema judicial, podemos describir primariamente que significa, entonces, el arbitraje social. Este es el tipo de proceso mediante el cual se puede "...estabelecer a imputação de uma condição que possui conseqüências para os indivíduos serem inabilitados ou declarados aptos para ter acesso a bens, a serviços e ao desempenho de papeis...". "...é um tipo de função que diversos agentes institucionais desenvolvem em determinadas áreas e com objetivos muito precisos. As diversas formas de arbitragem implicam tomar decisões, que com freqüência se apresentam como alternativas dicotômicas em múltiplas circunstâncias..." (MITJAVILA, 2004:1). Los ejemplos citados son, dar o no un niño en adopción, decidir si una familia recibe un beneficio o no, decidir si una persona puede ser juzgada por un delito o no. Este punto será retomado luego de una breve presentación de cómo está dispuesto y organizado el Poder Judicial uruguayo y sus equipos de trabajo.

Se describirá el ejercicio profesional del Trabajo Social a partir de lo expuesto en la página oficial del Poder Judicial⁶ y de la entrevista realizada a integrantes del equipo de profesionales del D.A.S. Algunos conceptos y percepciones serán enriquecidos desde un estudio realizado en el Estado de Santa Catarina (Brasil) en relación al caso del Servicio Social dentro del Poder Judicial.

El Poder Judicial uruguayo está organizado de manera tal, que sus órganos son independientes entre sí en el ejercicio de su función jurisdiccional, es decir, no hay relación jerárquica en cuanto al ejercicio de esa función, nadie puede determinarle a un Juez como actuar en la resolución de un caso. La línea jerárquica que se da entre los distintos órganos judiciales, solamente funciona cuando se ejerce el derecho por las partes en conflicto, de recurrir a un órgano superior (Ej.: Tribunal de Apelaciones), y éste solo puede actuar en la medida en que la ley convenga que puede resolver el recurso de que se trate.

En lo que respecta a la actividad administrativa, todos los órganos del Poder Judicial sí están sujetos jerárquicamente a la Suprema Corte de Justicia. A la interna de la organización del Poder Judicial, encontramos el Servicio de Apoyo Técnico como una de sus partes componentes, el cual está conformado por distintos sectores que cumplen diferentes funciones. Estos son, la inspección nacional de registros notariales, el servicio de abogacía, la oficina de recepción y distribución de asuntos, las defensorías de oficio de la capital, las defensorías de oficio del interior,

⁶ <http://www.poderjudicial.gub.uy>. Página consultada el 10 de junio de 2008.

la oficina central de notificaciones y alguacilatos, el centros de mediación, y el instituto técnico forense (ITF).

Este último, está dispuesto como un órgano auxiliar de justicia, el cual consta de tres áreas específicas: el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales, el área Pericial y el Departamento de Asistencia Social (D.A.S.). Al observar el organigrama del ITF se pueden distinguir, a su interna, dos espacios bien definidos de legitimación profesional del Trabajo Social. (ver ANEXO). Esta apreciación fue complementada con lo recabado en la entrevista donde se plantea que *"...las grandes áreas (son) el D.A.S. y ... el Departamento Médico Criminológico (donde) hay tres asistentes sociales ... Después están, asistentes sociales en el Juzgado de violencia doméstica integrando equipos interdisciplinarios con sicólogos y siquiatras y ... hay asistentes sociales en los ... Juzgados de adolescentes, (donde) hay equipos de asistentes sociales y sicólogos asesorando directamente a los jueces"*. (ENTREVISTA AS. del D.A.S.)

Cada área del Instituto Técnico Forense tiene funciones determinadas.

En el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales se guardan los datos de las instancias procesales de juicio penal comunicadas por los Magistrados de toda la República. Contiene la identificación personal y la información de antecedentes de los procesados.

Dentro del área Pericial, se realizan los informes periciales requeridos por los Magistrados de todas las materias. Esto es llevado a cabo por técnicos de distintas disciplinas que conforman los diversos departamentos que existen en esta área. Este sector cuenta con un Departamento Médico Criminológico, un Departamento de Medicina Forense, un Laboratorio de Química y Toxicología, un grupo de Asesores Contadores, Peritos Calígrafos, y un intérprete de lengua de señas.

El Departamento Médico Criminológico está integrado por Médicos Psiquiatras quienes realizan las pericias siquiátricas, y Sicólogos, quienes formulan las pericias sicológicas forenses mediante la aplicación y evaluación de estudios y diagnósticos psicológicos en Materia penal, Materia Civil y Laboral, en Materia de Menores (abandonados o infractores que impliquen situaciones de riesgo para los mismos) y en Materia de Familia, realizando diagnósticos psicológicos del núcleo familiar. Esto se pone de manifiesto ante conflictos de juicios de Tenencia, Guarda, Visitas, Pensión Alimenticia, pérdida de Patria Potestad, Adopción. Se profundiza en este punto debido a que en este departamento, y en coordinación con estas otras disciplinas, se constituye un espacio profesional legitimado para los Asistentes Sociales. Es aquí donde se encargan de realizar investigaciones sociales en caso de adultos a solicitud de los Juzgados Penales y de los Juzgados de Familia. *"Aquí hay tres asistentes sociales que ... hacen pericias en casos de adultos, cuando no hay niños involucrados"*. (ENTREVISTA AS. del D.A.S.)

El Departamento de Asistencia Social (D.A.S.) a partir de la ley N° 16.736⁷, sancionada el 5 de enero de 1996, pasa a integrar el Instituto Técnico Forense determinándose así sus funciones fundamentales. Anteriormente este espacio estaba cubierto por el Servicio de Asistencia y Profilaxis Social (SAyPS). *"...La diferencia es por la pertenencia al Poder Judicial. Cuando pasamos a ser Departamento de Asistencia Social, pasamos a ser un departamento especializado del Instituto Técnico Forense."* (ENTREVISTA AS. del D.A.S.).

El tipo de trabajo que hoy realizan los asistentes sociales, era llevado a cabo anteriormente por personas que, sin ser profesionales, realizaban "carrera administrativa" dentro del Poder Judicial y luego, tras muchos años de trabajo, pasaban a formar parte de lo que se denominaba "Cuerpo de Inspectores". Este equipo llevaba a cabo las *visitas* domiciliarias y el contacto directo con las personas involucradas en procesos judiciales que lo ameritaban. Según lo recabado a través de la entrevista, la inserción de los profesionales de Trabajo Social al Poder Judicial data de principios de los años 70, pero es en la década del 80, que se reúne a todos estos profesionales y se organiza un departamento independiente, dentro de la órbita administrativa de la Dirección General del Poder Judicial. Se convierte en ese momento en el lugar donde todos los juzgados envían los expedientes. Poco a poco, este departamento comienza a organizarse y pasa a integrar el Instituto Técnico Forense, que es el área donde se realizan todas las pericias. Es entonces cuando se crea un área especial de Asistencia Social para coordinar el trabajo tanto de Montevideo como del interior.

En la actualidad, algunas de las funciones del D.A.S. son, la supervisión y orientación psicosocial vincular de los regímenes de visitas controladas, la evaluación y orientación de arrestos domiciliarios, el asesoramiento y orientación socio - educativa a niños y adolescentes y sus respectivas familias en caso de Medidas Alternativas a la internación de menores infractores, y por último, la supervisión de la actuación de los Asistentes Sociales del interior. (Pág. Web: <http://www.poderjudicial.gub.uy>.)

Este departamento se encarga de la realización de pericias sociales solicitadas, tanto por Jueces de Familia como por Jueces de Menores, y solamente actúa y tiene injerencia cuando la situación judicial tiene menores de edad involucrados. Está conformado por un equipo de 25 asistentes sociales que trabajan en dos áreas fundamentales. Una es el área de Pericias Domiciliarias y otra es el área de Visitas Supervisadas. *"En el área de pericias domiciliarias, los asistentes sociales hacemos la pericia a nivel domiciliario, de acuerdo al mandato judicial y de acuerdo al expediente en cuestión."* (ENTREVISTA AS. del D.A.S.). Se realiza un informe social a nivel domiciliario que es elevado al juez que lo solicitó.

⁷ Ley N° 16.736. Sección V: Organismos del artículo 220 de la Constitución de la República – Inciso 16: Poder Judicial – Capítulo III: Creaciones, Transformaciones, Supresiones – Artículo 486: *Incorpórase al Instituto Técnico Forense el actual Servicio de Asistencia y Profilaxis Social como Departamento de Asistencia Social (D.A.S.).*

Con respecto al caso de visitas supervisadas, el trabajo que se realiza parte de la determinación legal de que una visita a un niño por parte de un familiar (padre, madre, abuelos, etc.) no puede realizarse fuera del ambiente institucional, entonces la misma se efectúa en el espacio del D.A.S. supervisado por asistentes sociales. Se trata de una pericia relacional donde se busca detectar cual es la fuente de conflicto y poder incidir positiva y gradualmente sobre ello. Estos casos suceden cuando un expediente señala que *"...producto de una separación, no están dadas las condiciones para que la visita se desarrolle en un ambiente normal. ... A, por ejemplo, cuando hay antecedentes de violencia doméstica, o ... de abuso o maltrato, o ... de enfermedad psiquiátrica severa, es decir, todas aquellas situaciones en que coloque en situación de riesgo al niño y que se necesita ofrecer garantías para el encuentro del niño con su papá o su mamá"*. (ENTREVISTA AS. del D.A.S.). Estos regímenes de visitas tienen carácter provisorio definido inicialmente por el juez, sustentado en algunos casos por el informe realizado por el trabajador social. En estos casos se plantea que se logra efectuar un seguimiento de la situación y se realizan análisis permanentes dentro del equipo de trabajo.

Los procedimientos de arbitraje social ocupan una posición medular en el desempeño profesional del Trabajo Social, realizado a través de intervenciones que, en el campo judicial, son llamadas *pericias sociales*. Estas están basadas en la emisión de pareceres que posteriormente son registrados para su posterior utilización. (MITJAVILA, 2004:2).

La *práctica pericial* se constituye como un recurso técnico que el asistente social posee cuando ocupa un lugar dentro de los procesos de emisión de dictámenes judiciales. Se determina como uno de los elementos institucionalmente importantes dentro de los procesos de arbitraje social anteriormente mencionados, ya que su función fundamental es proveer insumos que sustenten las decisiones tomadas por los agentes institucionales (jueces, abogados y los propios sujetos). (MITJAVILA, 2004:2).

Regina Miotto (2001) la define entonces como:

"...un processo através do qual um especialista, no caso assistente social, realiza o exame de situações sociais com a finalidade de emitir um parecer sobre a mesma. ...o parecer nada mais é a opinião técnica sobre uma determinada situação social... ... A perícia social no judiciário tem a finalidade de conhecer, analisar e emitir parecer sobre situações vistas como conflituosas ou problemáticas no âmbito dos litígios legais visando assessorar os juízes em suas decisões... trata-se de uma declaração técnica..." (MIOTTO, 2001:146)

Las situaciones concretas en las cuales interviene este equipo de trabajo, requerido por el sistema judicial son, con respecto a las pericias domiciliarias, todas las figuras legales que marca el Código Civil y la justicia de familia, esto es, tenencia, guarda, pensiones alimenticias, pérdida de Patria Potestad, legitimación adoptiva, autorizaciones para viajar, venias para curatela y tutela. Si, por otro lado, la intervención surge de un expediente proveniente de juzgados de familia especializada, entonces las situaciones son por abuso, maltrato, negligencia, diversas denuncias,

es decir, todo aquello que configura una vulneración de los derechos del niño. Se realiza un diagnóstico de la situación y se informa al respecto. En estos casos, *"puede ser ... que no vayas al domicilio, que en realidad la intervención está ... mas centrada en las organizaciones que tienen a su cargo el seguimiento del menor"*. (ENTREVISTA AS. del D.A.S.). El departamento está constantemente en coordinación con otros organismos públicos y privados que tienen injerencia sobre los menores (INAU, CAIF, Clubes de Niños, las escuelas, diversas ONGs, etc.)

En todas las situaciones mencionadas el equipo de profesionales interviene en situaciones vinculadas a cuestiones familiares. Esto se constituye entonces, en una tarea sumamente compleja. Es en este sentido, que Regina Miotto (2001) define la existencia de cuatro elementos básicos que determinan la sustentación de una pericia social. Estos son, competencia técnica, competencia teórico – metodológica, compromiso ético y autonomía.

"La competencia técnica refere-se à habilidade do profissional na utilização dos seus instrumentos de trabalho... ..a entrevista, a observação, a visita domiciliar e a documentação." (MIOTTO, 2001:147-148) *"A competência teórico-metodológica refere-se a base de conhecimentos que o assistente social deve dispor para desenvolver a pericia social, tanto em termos de organização do processo, como para a efetização da análise sobre qual repousará o parecer social. Tais conhecimentos referem-se às construções teórico-metodológicas do Serviço Social, às teorias, diretrizes, leis e normatizações relativas às políticas e programas sociais..."* *"O compromisso ético... corresponde ao atendimento dos princípios e das normas para o exercício profissional contidas no Código de Ética do Assistente Social."* (MIOTTO, 2001:149)

Por último, la autonomía tiene que ver con la independencia con la que se construye esa opinión profesional, es fundamental que el profesional tenga la libertad suficiente para decidir cómo y desde dónde la misma fue formada. En este sentido, las entrevistadas plantearon que las asistentes sociales del interior tienen una dependencia administrativa directamente de los jueces, lo cual puede tener ventajas y desventajas.

"...el trabajar al lado del juez te da la ventaja, y al juez sobretodo, de que le informas además de lo escrito, ... verbalmente, le trasmitís impresiones que no puedes (a veces) escribir en un informe... Pero por otro lado también el juez se forma sus propias ideas y de pronto quiere que tu informe corrobore lo que el piensa y no siempre es así, y a veces había presiones en ese sentido... Los jueces dan una opinión y a veces estar muy cerca ... te puede condicionar tu mirada, porque el juez ya te lo da contaminado de que la cosa viene de tal o cual manera." (ENTREVISTA AS. del D.A.S.)

El análisis de la inserción del Servicio Social dentro del Poder Judicial en el Estado de Santa Catarina presenta diferencias básicas con respecto al uruguayo (está organizado institucionalmente diferente). No obstante, se tomarán algunas conceptualizaciones que se consideran importantes para este análisis y que presentan coincidencias significativas. Esto

refiere a dos condiciones del campo profesional que se presentan como exigencias institucionales para un efectivo papel pericial. La primer condición tiene que ver con lo expuesto previamente sobre la necesidad obligatoria de *autonomía*, es decir, “*O perito deve evitar qualquer interferência que possa constrangê-lo no seu trabalho, não admitindo, em nenhuma hipótese, subordinar sua apreciação a qualquer fato ou situação que possa comprometer sua independência intelectual e profissional.*” (MITJAVILA, 2004:35).

Se plantea en este análisis una diferenciación entre autonomía técnica y autonomía jerárquica que se considera pertinente exponer, ya que puede ocasionar algunos obstáculos institucionales para el trabajador social en su desarrollo como perito social. La primera refiere a la independencia que debe tener el cuerpo de profesionales para definir las reglas de producción y aplicación de conocimientos técnicos en los aspectos de competencia de la profesión. La segunda refiere a la independencia de los profesionales en la conducción de los aspectos político-administrativos del ejercicio profesional. (MITJAVILA, 2004:35).

“A inscrição exclusivamente assalariada e estatal do exercício profissional do Serviço Social no campo judiciário,..., traça um perfil (del mismo) com creacente autonomia técnica, porém com escassa autonomia hierárquica...” “O Assistente Social é definido como um auxiliar da justiça, no sentido de auxiliar ao juiz em seu trabalho...” “...a falta de autonomia hierárquica pode comprometer a independência e, ainda, a lisura técnica e processual...” (MITJAVILA, 2004:35).

La segunda condición planteada como fundamental para el desempeño del asistente social como perito refiere al concepto de *monopolio*. Esto refiere a la capacidad que tiene una profesión para controlar un área de conocimiento propio. Esto se da como resultado de haber conseguido exclusividad consagrada; social y legalmente; en la administración y aplicación de ese conjunto de conocimientos que pertenecen a una determinada área. Se considera que esto está estrechamente ligado con lo expuesto previamente sobre la importancia de la competencia teórico – metodológica.

Dentro de su formación profesional, el Trabajo Social presenta carencias importantes en relación al entrenamiento en determinadas áreas básicas de inserción laboral. Como profesión, no ha previsto el entrenamiento, o al menos, mínima ilustración, de diferentes funciones que puede adquirir un trabajador social. En este caso puntual, se carece de un conocimiento previo sobre la función de perito social exigida dentro de este encuadre institucional. La misma (al igual que otras) requiere ciertas habilidades que han quedado deslindadas de la reflexión profesional en el marco de la docencia y la investigación. Por lo tanto, el bagaje y el instrumental, tanto teórico como práctico, con el que cuentan quienes desarrollan dicha función ha sido construido en el ejercicio mismo de la profesión. Esto puede contribuir en la comprensión de por qué parte de los fundamentos de las pericias sociales se han centrado en la experiencia profesional, impresiones personales y hasta en el “sentido común”. Es evidente que, cuanto menos sólido es

el cuerpo teórico de una profesión, mas se apela a otras fuentes de conocimiento para fundamentar decisiones técnicas.

Retomando específicamente al tema inicial, guarda y tenencia de menores de edad, cabe mencionar un dato anecdótico. Anteriormente los divorcios se tramitaban en los juzgados civiles y los asuntos relacionados con la tenencia de los menores de edad, se tramitaban en los juzgados de menores. Esto llevaba a que éstos se constituyeran como dos trámites totalmente disociados. Cuando, finalmente se crean los juzgados de familia, ambos trámites se realizan en ese ámbito, así como también las pensiones alimenticias y los regímenes de visita, generando que dichos procesos se desarrollen imbricadamente. Hoy en día, tal como está dispuesto en el artículo 167º del Código Civil citado en el capítulo I, una sentencia de divorcio no es llevada a cabo hasta no acordar los temas relacionados con la tenencia, la pensión alimenticia, las visitas, etc. Las entrevistadas plantean la importancia de este paso en la legislación uruguaya, ya que previamente, estos temas quedaban a la espera de su resolución cuando surgiera algún conflicto posterior. De todos modos, un tema aún no resuelto es cuando la situación corresponde a una separación que no inicia divorcio o a las rupturas de uniones de hecho, ya que no siguen necesariamente dicho procedimiento. Este tipo de circunstancias son cada vez más comunes ya que el número de uniones fuera del matrimonio ha crecido significativamente en el último tiempo. En estos casos la resolución de estos temas resulta aún más engorroso.

En la actualidad, cuando hay una situación judicial conflictiva por tenencia o ratificación de tenencia, el expediente es transferido al D.A.S. para que el equipo de asistentes sociales realice una pericia domiciliaria y se entreviste con las personas involucradas en el conflicto, tanto con los adultos como con los menores.

El profesional realiza un informe al respecto de todos los elementos del hogar que considere necesario destacar, el cual es devuelto al juzgado desde donde provino y donde se está llevando a cabo el procedimiento judicial. Este informe es un elemento más que el juez debe tener presente para decidir su fallo. Se plantea que el papel del trabajador social es fundamental a los efectos de que es en definitiva el profesional de extrema confianza que el juez tiene, sobre todo el trabajador social del sistema judicial. *"...para los jueces la palabra del técnico del propio sistema judicial tiene mucho peso."* (ENTREVISTA AS. del D.A.S.).

Entonces, en un proceso de disputa con respecto a la regulación de la guarda y tenencia de hijos menores de edad, el profesional de Trabajo Social que interviene, tiene la obligación de responder siempre a partir y a través de los mecanismos de protección ya mencionados en los capítulos precedentes. Es decir, debe tener presente siempre la legislación existente al respecto, y fundamentalmente, deben orientarse todas las acciones e intervenciones hacia la consecución de ese "interés superior".

"...ante una realidad tan compleja como la realidad social, es imprescindible el agregar y el sumar en experticias disciplinares. Ahora creo que dentro del Poder Judicial lo distinto o lo

característico es que, primero, el rol del trabajador social y la función del trabajador social está incluso dispuesta por la ley, en el CGP, en el Código del Niño (sic), etc., etc., donde el papel del trabajador social es de una gran relevancia. ... además, dentro del Departamento de Asistencia Social paulatinamente se ha ido ... profesionalizando cada vez más en sus funciones, capacitando y especializando a los técnicos en la especificidad de su función a través de instancias de formación, de capacitación y de supervisión permanente. ... una cosa que tiene que ver con nuestros antecedentes, es que ... el trabajador social dentro del Poder Judicial es uno de los profesionales ... que tiene mayor acercamiento con la persona, es decir, el expediente se vuelve un sujeto de derecho y creo que por eso también para quien lo ve del otro lado ... el papel del trabajador social es fundamental. Los jueces antes decían que los asistentes sociales eran los ojos y oídos del juez, porque eran quienes veían en que condiciones de vida estaba o frente a una denuncia o frente a una determinadas situaciones, en seguida el juez se vale de lo que el trabajador social informa, diagnóstica." (ENTREVISTA AS. del D.A.S.)

Esto está estrechamente vinculado con que "o material coletado por meio de entrevistas e observações registra situações únicas, irrepetíveis o que torna praticamente impossível reconstruir o processo de emissão do parecer. ... qualquer tentativa de revisão por pares, ou por parte dos sujeitos e de outros agentes envolvidos – incluindo ao proprio magistrado – resultaria, stricto sensu, impossível. Trata-se de um rasgo estrutural da emissão deste tipo de pareceres que acarrenta consequências sócio-jurídicas de diverso tipo..." (MITJAVILA, 2004:22)

Con respecto a la legitimación de la profesión a nivel institucional, *legitimación funcional*, se plantea en esta entrevista que se va logrando paulatinamente aunque siempre bajo un poder hegemónico representado por *las disciplinas de la ley* (abogacía, escribanía). Es un proceso que ha ido evolucionando a través de los años y que se ha ido demostrando a través de la profesionalización de las intervenciones sociales. De todas formas, la división socio-técnica del trabajo continúa ubicando a los trabajadores sociales en el lugar de ejecutores terminal de políticas y respondiendo siempre ante un poder superior.

"...para arbitrar sobre as diversas matérias que são objeto de decisão judicial, o magistrado conta com um conjunto de colaboradores, entre os quais encontra-se o assistente social. Detenta um alto grau de autonomia na condução dos processos... é o proprio juiz quem determina se há necessidade e, ..., quando e com que fim deverá auxiliá-lo aportando laudos, pareceres, estudos, perícias ou mesmo intrenções técnicas que lhe permitam tomar decisões o garantir o cumprimento de medidas. ...A institucionalização dessa matriz típica da divisão do trabalho judicial marcou, desde seus inícios, a trajetória do Serviço Social no judiciário." (MITJAVILA, 2004:16)

No obstante, las entrevistadas consideran que el aumento en el número de expedientes es un indicador que demuestra el crecimiento en la aceptación del Trabajo Social como disciplina.

"...las cifras lo muestran, la demanda es una demanda desbordante, creciente, permanente y cada vez más para cuestiones... que anteriormente los jueces resolvían... por las suyas, muchas veces piden opinión o una intervención, o piden apoyo, sugerencias, sobre todo cuando hay situaciones de mucho conflicto..." (ENTREVISTA AS. del D.A.S.). Hoy el D.A.S. recibe aproximadamente 500 expedientes por mes, lo que suma un total de 5000 expedientes por año, diferenciándose con la cantidad recibida diez años atrás, que correspondía a aproximadamente 2000 expedientes al año.

De todas maneras se considera que, si bien lo planteado representa un crecimiento en la legitimación y reconocimiento de la profesión, este es un fenómeno causado por una gran variedad de factores. Puede deberse a que va acompañado de una serie de cambios que viven nuestras sociedades hoy, donde se busca propiciar el ámbito y generar los espacios para que los ciudadanos adquieran el hábito de la demanda o la denuncia, ante una situación que se percibe como amenazante hacia los derechos de las personas.

"... o direito de acesso à justiça assume relevância em nossa sociedade, à medida que aparece como ponto de interligação entre a garantia do exercício de cidadania da população como um todo e o funcionamento das instituições de justiça." (CHUAIARI, 2001:125) "Esta realidade contribuiu para alterar ou produzir novas necessidades sociais, levando a ciência do direito a requerer o auxílio das Ciências Humanas e Sociais, com o objetivo de assessorar e subsidiar as decisões e os procedimentos jurídicos em situações nas quais o conhecimento técnico e científico é necessário." (CHUAIARI, 2001:136)

En este contexto, según la autora mencionada, el Servicio Social cobra un lugar importante como una de estas áreas auxiliares dentro del equipo interdisciplinario que conforma este "nuevo" campo jurídico. Esta disciplina, entonces, pasa a contribuir, desde su especificidad profesional, en la construcción y mejoramiento de los diversos espacios de acción del Poder Judicial.

Con respecto a la *legitimidad social* que hace referencia Carlos Montañó (1998), se plantea que las personas con las cuales se trabaja directamente, tienen una posición y percepción de la profesión muy influenciada por el *mito histórico* del Asistente Social. *"...tienen un poco esa percepción y entonces 'bueno, mire que le voy a mostrar donde vive y donde duerme y la cama y las sábanas'. Entonces al principio te lleva un poquito como poder explicar que no es esa tu función..."* (ENTREVISTA AS. del D.A.S.).

Cabe apelar, entonces, a lo dispuesto por Claramunt con respecto al rol profesional del trabajador social. Plantea que éste *"... remite a una relación social dentro de un marco institucional y organizacional, que condiciona socialmente las relaciones de poder y las relaciones técnicas entre los interlocutores..."* (CLARAMUNT, s/d:2). Dentro de los espacios de intervención de los trabajadores sociales, siempre (o casi siempre) están fuertemente diferenciados y delimitados los roles de técnico y beneficiario, donde además se determinan claramente los derechos y obligaciones de cada uno. En el caso del Poder Judicial, y del D.A.S. más específicamente, esto

es fuertemente sentido por parte de los usuarios, ya que el profesional está históricamente relacionado a un rol de control.

Las entrevistadas plantean al respecto que lo que se busca desde este organismo, por lo tanto, es redimensionar la intervención del trabajador social, se busca darle a la pericia socio-familiar realizada desde el D.A.S., una relevancia distinta, una mirada integral, que trascienda el análisis de las condiciones materiales. *"...Se ha tratado y se está tratando de transformar el rol del asistente social, trascender lo edilicio y esos elementos y enfocarse más en lo relacional, en los derechos del niño."* (ENTREVISTA AS. del D.A.S.). Si se sigue con esta línea de análisis, se puede retomar lo expuesto en relación a la intervención del trabajador social en esta área.

"os trabalhos técnicos realizados devem estar baseados em premissas éticas e precisam considerar a complexidade da vida desses indivíduos, respeitando-os como sujeitos de direitos... Assim, a ação do assistente social requer não só responsabilidade teórica e técnica, mas envolve um compromisso com a população-alvo desses serviços, cujas vidas podem sofrer conseqüências de nossa atuação profissional." (CHUAIRI, 2001:139)

"O Serviço Social vem legitimando-se como uma prática fundamental no campo jurídico e a importância de seu trabalho vem se ampliando com a política de universalização e a crescente discussão dos direitos humanos e sociais da população, bem como a necessidade de maior compreensão dos processos em que se expressam as práticas e as relações sociais." (CHUAIRI, 2001:140)

Cabe referenciar al punto 3 del Código de Ética para el Servicio Social o Trabajo Social del Uruguay (ADASU, 2000), donde se hace referencia a los principios y fines fundamentales de la profesión y se plantea que el profesional debe asumir un:

"Compromiso con el pleno desarrollo de los Derechos Humanos de individuos, grupos y otros colectivos, reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y otros acuerdos internacionales derivados o complementarios de la misma." (CODIGO DE ETICA, 2000)

Nuestro rol profesional presupone que su práctica es una opción ante los desafíos de la vida social y remite a una participación en ella desde ese lugar. Se vuelve a Claramunt para ilustrar al respecto del Trabajo Social,

"Es práctica política y práctica técnica. La definición de objetivos profesionales, las opciones metodológicas, la determinación de campos... de intervención, el acervo de conocimientos y técnicas, la relación profesional, no constituyen formulaciones acabadas y neutras sino, por el contrario, requieren decisión, opción y trabajo crítico y creativo permanente." (CLARAMUNT, s/d:2)

Esto constituye la base para desempeñarse desde un rol profesional determinado. Estos puntos están definidos en el Código de Etica para el Servicio Social o Trabajo Social del Uruguay

(ADASU, 2000), estableciendo de esta manera los lineamientos constitutivos de nuestra opción profesional y las base fundamentales para el desempeño de esta disciplina.

Como último punto dentro de este capítulo interesa analizar, o al menor vislumbrar, cómo es la contención que, el cuerpo de profesionales involucrados en una situación jurídica conflictiva, le propicia a los niños. Esta interrogante se plantea con respecto a todas las disciplinas involucradas (jueces, fiscales, asistentes sociales, psicólogos, etc.), con respecto a las leyes aplicadas y relacionado, también, a los espacios físicos donde se desarrollan estos procesos. Ante esta pregunta, las entrevistadas se ciñen fundamentalmente al espacio donde se desarrollan las visitas supervisadas. Sobre esto opinan que no se constituye como un ámbito amigable para el niño, ya que no está pensado ediliciamente para ello.

"...Ahora, cuando el niño es visto por los técnicos y en definitiva hay un diagnóstico, ... yo creo que si (están cuidados), ... porque son técnicos muy especializados en eso. Y muchas veces lo que sucede es que, por ejemplo, cuando los jueces necesitan hacer una audiencia, tomar audiencia al niño, le piden apoyo a un trabajador social o a un sicólogo."

Queda claro que aún queda mucho trabajo por hacer al respecto y muchas cosas por cambiar. En relación con los sentimientos de angustia, malestar, dolor, etc. que puede sentir el niño debería buscarse que puedan ser contenidos de la mejor manera posible. Aludiendo a lo planteado por Mioto (2004) con respecto a uno de los principios orientadores en la realización de una pericia social, esto es, las implicancias que la misma tiene para los sujetos involucrados, las prácticas profesionales deben siempre buscar asegurar y proteger los derechos de unos y otros, fundamentalmente de los niños involucrados.

CONSIDERACIONES FINALES

Retomando lo expuesto a lo largo de este trabajo y en el intento de efectuar un análisis del mismo, se expondrán a continuación algunas reflexiones a las que se han arribado. Se utiliza la noción de reflexión por sobre conclusión, ya que tras esta revisión bibliográfica y exploratoria no se pudo determinar ideas concluyentes y acabadas, sino que muy por el contrario, se cree firmemente que debería continuarse la búsqueda de respuestas al respecto.

Estos tres ejes que se han planteado a lo largo del trabajo, los conceptos jurídicos y el marco legal existente, el principio del Interés Superior del Niño, y el rol profesional del asistente social dentro del D.A.S., conforman algunos de los elementos básicos en la búsqueda de la contención del niño en situaciones judiciales de tenencia de los hijos menores de edad. Cada uno de los tres capítulos está constituido por uno de esos ejes fundamentales e intenta presentar y explicar cómo éstos funcionan en la práctica cotidiana.

La justicia y herramientas legales que regulan las normativas relativas a la infancia, fundamentalmente a la disposiciones referentes a la guarda y tenencia de los menores de edad, es bastante indeterminada. Si bien existen algunas precisiones específicas y claras, hay por otro lado innumerables espacios legales vacíos en lo que respecta a la toma de decisiones de los magistrados.

Es extensa la bibliografía existente al respecto de la Patria Potestad y de todas sus atribuciones, donde además hay una muestra clara de sus transformaciones y adaptaciones a la actualidad. La misma refiere claramente tanto al conjunto de normas que regulan la administración que los padres ejercen sobre los bienes de sus hijos, como lo relacionado con la regulación de las relaciones personales de los padres con sus hijos. Se ve claramente la generalidad del Código Civil donde básicamente se exponen algunos conceptos que están directamente relacionados con lo patrimonial. Mientras que el Código de la Niñez y Adolescencia se concentra sobre todo en la definición de temas referidos al niño y adolescente en los aspectos más generales de su vida.

Sin embargo, al interior de la Patria Potestad, cuando surgen luego los conceptos de la guarda jurídica y guarda material o tenencia, las definiciones al respecto son bastante escuetas en su especificidad. La legislación básicamente se refiere a algunos pasos fundamentales a seguir cuando esto sucede.

Tras algunas de las interrogantes planteadas en el inicio del trabajo, como por ejemplo ¿bajo qué criterios un juez decide otorgar la tenencia a un padre o a otro? ¿qué elementos deben considerarse primordialmente? se puede afirmar que, son pocas las determinaciones concretas en las que se sustentan las decisiones judiciales. Estas son, la ya citada preferencia de la madre por sobre el padre cuando el niño es menor a 5 o 2 años (depende el texto utilizado) y preferir siempre a quien mas ha vivido con el niño. De todas formas, estas consideraciones pueden ser

interpretadas y manejadas durante el proceso judicial de diferente manera por los diversos actores. Se tuvo acceso a algunos expedientes que llegaron al D.A.S. por este tema en particular y se pudo ver que esto ~~pasa~~ ocurre comúnmente.

El vacío legal existente en las normas nacionales al respecto, Código Civil, Código de la Niñez y Adolescencia, entre otros, se cubren con la noción de Interés Superior del Niño, expuesta en la Convención sobre los Derechos del Niño. Este principio es vasto y poco determinado, lo que redundará en que inevitablemente se cae siempre en la discrecionalidad del juez. Carece de especificaciones concretas que regulen este tema y que puedan servir de encuadre para las situaciones particulares.

Al respecto se considera que hay un sinfín de incógnitas que generan nuevas interrogantes que aún no han podido ser definidas, ni a nivel mundial ni en el Uruguay, que responden a cuestiones muy complejas. ¿Que incluye el concepto de interés superior del niño? ¿Bienestar económico? ¿Bienestar afectivo? ¿Cómo se define? ¿Quién lo define? ¿Existen lineamientos establecidos con respecto a lo que responde al bienestar de un menor? ¿Están realmente definidos todos estos puntos?

Este concepto esencial para la normativa nacional e internacional en relación a la infancia, es descrito como la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños. La sociedad y, fundamentalmente, el Estado tienen la responsabilidad de garantizar el desarrollo integral del niño y las condiciones necesarias para una vida digna.

Pero más allá de la complejidad del análisis de este concepto, es necesario atenerse al siguiente cuestionamiento: ¿Cómo lo aplicamos dentro de nuestro tema de estudio?. Cabe señalar que está relacionado directamente con el cumplimiento de determinados lineamientos legales que protegen los intereses del niño y que intentan otorgar la mayor contención posible. Es en la búsqueda de estos objetivos que se han ido definiendo, a lo largo del tiempo y de acuerdo a las transformaciones sociales, determinadas instancias y procesos legales cuando están expuestos los hijos menores de edad en una situación de separación de los cónyuges. Es en este punto donde ingresa al escenario el Departamento de Asistencia Social y su equipo de trabajadores sociales. En el último capítulo se intenta profundizar en esa actuación específica de la profesión y el desempeño de los trabajadores sociales en esta área.

Nuestra profesión ha adquirido a través de los años una gran responsabilidad dentro de este proceso. Los informes periciales poseen un rol fundamental para la posterior decisión judicial la cual es determinante para la vida de las personas involucradas. Se cree que es positivo contar con cierto margen de movilidad donde el profesional pueda manejarse en sus actividades e intervenciones, y al mismo tiempo, goce de la autonomía necesaria para efectuar sus conclusiones.

De todas formas, a través de este estudio, se puede afirmar que no existen lineamientos claros con respecto a elementos concretos que tomar en cuenta a la hora de tomar una decisión, determinante. Los profesionales se ven obligados a utilizar herramientas ligadas a la percepción personal, a las valoraciones propias con respecto a lo que el niño o la familia necesita. Se puede decir que el referencial teórico de la profesión con respecto a estos casos particulares, es bastante escaso, por lo que muchas veces, el accionar profesional queda sujeto o sustentado por la mirada global de la institución o por el tan cuestionado *sentido común*.

Cabe resaltar al respecto que la mayoría de la bibliografía existente con respecto a este tema está dentro del área de la psicología y el derecho, siendo muy escasa la producción teórica realizada desde el Trabajo Social. Si bien existen en Brasil algunos estudios al respecto, las bibliotecas nacionales no los tienen en su totalidad. Se considera un problema importante la inexistencia de materiales de apoyo y consulta para los profesionales que trabajan en esta área de intervención.

Es muy importante lograr vislumbrar que los posibles actos o intervenciones a nivel profesional que se hagan en esta área definen de una manera crucial la vida de muchas personas, y sobre todo, el destino de los niños involucrados en este tipo de situaciones. El lugar de convivencia determina un punto decisivo en la vida de un menor ya que se puede conformar como un eje de conflicto. Si los adultos procesan la separación de forma conflictiva y el niño pasa a ser una especie de "trofeo" dentro de esta "lucha", entonces es cuando los procedimientos establecidos pierden su papel de garante del interés de los niños porque toda su vida cotidiana pasa a ser objeto de lucha, su alimentación, su vestimenta, sus prácticas diarias, etc.

Se cree firmemente además que existe un "debe" dentro de la legislación existente en lo que respecta a la definición del concepto de familia utilizado institucionalmente, ya que se considera que esto ayudaría a los distintos actores para posicionarse al respecto y actuar en consecuencia.

Se plantean para un estudio o análisis posterior algunos elementos que no pudieron ser abarcados en este trabajo.

Un ejemplo de esto está directamente relacionado con poder identificar la existencia de diferencias en las prácticas profesionales del trabajador social entre Montevideo y el interior del país. Se cree que el interior ha sido relegado en múltiples áreas de la vida social, económica, educativa, productiva, etc., del país, por lo cual, ésta no parece ser una excepción. A la falta de marcos teórico – metodológicos anteriormente mencionados, se adiciona la escasa interacción entre diferentes profesionales dentro del Trabajo Social, ya que un solo profesional abarca muchas zonas de cada departamento sin tener contacto directo con otras miradas conocedoras del tema.

Otro tema que se considera interesante abordar, está relacionado con lo expuesto anteriormente sobre los espacios vacíos del Trabajo Social como profesión, en cuanto a protocolos o procedimientos delineados ante determinadas situaciones. Resultaría un aporte importante para la misma, ahondar en el análisis de la insuficiente reflexión teórica del colectivo profesional sobre este tema en particular.

Relacionado con lo anterior, resulta atractivo vislumbrar y profundizar en la existencia de influencias que puedan existir dentro de una estructura organizacional e institucional en este tipo de contextos, sobre los profesionales y su accionar. Esto puede sumar en la búsqueda y eliminación de obstáculos para el desempeño profesional.

Para finalizar, se percibe como substancial la posibilidad de conformar una mesa de discusión interdisciplinaria en la cual intervengan las principales áreas relacionadas con esta temática, Derecho, Trabajo Social, Psicología, Salud, etc.. La misma tendría por objetivo discutir y analizar desde diferentes miradas las múltiples aristas vinculadas a esta problemática, a efectos de lograr acuerdos para la confección de un documento teórico-metodológico que pueda servir de guía a las futuras acciones, tanto de nuestros profesionales como de los demás actores involucrados en estos delicados procesos.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ **Alston, Philip. y Gilmour-Walsh, Bridget.** "El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales". UNICEF, Argentina, julio 1997.
- ❖ **Álvarez Hernández, M^o Noel.** *El derecho de los niños frente al derecho de custodia de los padres.* En: Revista uruguaya de Derecho de Familia. Año VII, N^o 9. Fondo Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay. Julio de 1994.
- ❖ **Barrán, José Pedro.** *Historia de la sensibilidad en el Uruguay. Tomo 2 El disciplinamiento (1860 – 1920).* Ediciones de la Banda Oriental, Facultad de Humanidades y Ciencias, Montevideo, 1991.
- ❖ **Calvo de Gross, Luz.** *Guarda jurídica. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5^o turno.* En: Revista uruguaya de derecho de familia. Año IX. N^o 11. FCU, Montevideo, Uruguay. Agosto, 1996.
- ❖ **Chuairi, Sílvia.** *Assistência jurídica e serviço social: Reflexões interdisciplinares.* En: Serviço Social & Sociedade. N^o 67, Año XXII, Cortez Editora, San Paulo, Brasil. Setiembre de 2001. (Págs 124 – 144)
- ❖ **Cillero Bruñol, Miguel.** *Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios.* Pág. Web.a: <http://www.inn.oea.org> – Sistema de Justicia Juvenil y el Adolescente en Conflicto con la Ley Penal. Instituto Interamericano del Niño. Página consultada el 22 de abril de 2008.
- ❖ **Cillero Bruñol, Miguel.** *Interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño.* Pág. Web.b: <http://www.inn.oea.org> – Sistema de Justicia Juvenil y el Adolescente en Conflicto con la Ley Penal. Instituto Interamericano del Niño. Página consultada el 22 de abril de 2008.
- ❖ **Claramunt, Adela.** *El rol profesional.* Ficha: Introducción al Servicio Social. Sin datos.
- ❖ **Freedman, Diego.** *Funciones normativas del interés superior del niño.* Pág. Web.c: <http://www.juragentium.unifi.it> – Revista de filosofía del derecho internacional y de la política global. Página consultada el 22 de abril de 2008.
- ❖ **Mioto, Regina C.T.** *Perícia Social: proposta de um percurso operativo.* . En: Serviço Social & Sociedade. N^o 67, Año XXII, Cortez Editora, San Paulo, Brasil. Setiembre de 2001. (Págs 145 – 158)
- ❖ **Mitjavila, Myriam** coord. *Relatorio de pesquisa. Perícia técnica e arbitragem social: O caso do Serviço Social do Poder Judiciario no Estado de Santa Catarina.* Universidad Federal de Santa Catarina. Centro Sócio-Econômico. Departamento de Serviço Social. Florianópolis, abril de 2004.

- ❖ **Montaño, Carlos.** *La naturaleza del Servicio Social: Un ensayo sobre su génesis, su especificidad y su reproducción.* Cortez Editora, San Pablo, Brasil. 1998.
- ❖ **Netto, José Paulo.** *Capitalismo Monopolista y Servicio Social.* Ed. Cortez, San Pablo, Brasil, 1992.
- ❖ **Pérez Manrique, Ricardo.** *El interés superior del niño.* En: Revista uruguaya de Derecho de Familia. Año XIV, Nº 16. Fondo Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay. Julio 2002
- ❖ **Parga Lista, Roberto.** *Pérdida de la Patria Potestad.* Revista uruguaya de derecho de familia. Año XII, Nº 14. FCU, Montevideo, Uruguay, setiembre de 1999.
- ❖ **Rivero de Arhancet, M, Ramos Cabanellas, B., Morales Figueredo, V.** *Familia y Derecho.* FCU, Montevideo, Uruguay, 2004.
- ❖ **Rivero de Arhancet, M, Ramos Cabanellas, B., Morales Figueredo, V.** *Familia y Derecho. Volumen 2. Incidencia del Código de la Niñez y la Adolescencia en el Derecho de Familia.* FCU, Montevideo, Uruguay, 2006.

FUENTES DOCUMENTALES

- ❖ **Código Civil de la República Oriental del Uruguay.** Anotado y concordado por Eugenio Cafaro y Santiago Carnelli. Decimocuarta edición, FCU, Montevideo, Uruguay, 2002.
- ❖ **Código de Ética para el Servicio Social o Trabajo Social del Uruguay.** ADASU, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2000.
- ❖ **Código de la Niñez y la Adolescencia.** Ley Nº 17.823. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay. Setiembre de 2004.
- ❖ **Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.** Octava edición, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, FCU, Montevideo, Uruguay, 2002.
- ❖ **Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer.** (Articulado CEDAW) Instituto Nacional de las Mujeres, MIDES, Montevideo, Uruguay, junio de 2007.
- ❖ **Convención sobre los Derechos del Niño.** 20 de noviembre de 1999. 10º aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño. UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Montevideo, Uruguay. Noviembre de 1999.
- ❖ **Constitución de la República Oriental del Uruguay.** Ediciones Concord, Montevideo, Uruguay, 1997.
- ❖ **Declaración Universal de los Derechos del Niño.** Pág. Web.d: <http://www.unhchr.ch>.

- ❖ **Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 44 de la Convención.** *Segundo informe periódico que los Estados Partes debían presentar en 1997. URUGUAY. 18 de septiembre de 2006.* República Oriental del Uruguay, Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Derechos Humanos y Derecho Humanitario. Sitio web: www.mides.gub.uy/bibliotecavirtual.
- ❖ **Ley N° 10.783.** *Capacidad civil de la mujer.* Setiembre de 1948.
- ❖ **Ley N° 16.736.** *Presupuesto nacional.* Aprobado para el período de gobierno a partir del 1° de enero de 1996.
- ❖ **Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay.** UNICEF, Montevideo, Uruguay, Marzo de 2004.
- ❖ **Observatorio de los derechos de la infancia y la adolescencia en Uruguay.** UNICEF, Montevideo, Uruguay, Diciembre de 2005.

- ❖ [http// www.poderjudicial.gub.uy](http://www.poderjudicial.gub.uy).

ANEXO

Organigrama Instituto Técnico Forense

