

EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN URUGUAY

Carmen GARCÍA MENDIETA

SUMARIO: I. *Antecedentes históricos*. II. *Principios generales*. III. *Políticas sociales*. IV. *El abandono en el CNA*. V. *Adolescentes infractores*. VI. *Algunos de los aspectos civiles del CNA*.

El Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CNA), promulgado en Uruguay el 7 de septiembre de 2004 como Ley núm. 17.823, constituye la primera etapa de adecuación del derecho interno a los compromisos internacionales suscritos por la república.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El marco donde se desarrolló la protección y la problemática de los menores de edad, parte de la Época Colonial y de la incipiente República.

En esta etapa, de concepción netamente asistencial, se basaba en la atención a los “menores y expósitos” y a las “viudas y huérfanos”, tarea que fue confiada a las órdenes religiosas. El cabildo fue la entidad pública ejecutora, posteriormente sustituido por los organismos de la incipiente República, con los escasos recursos económicos de que podía disponer.

Durante ese largo periodo, que se extendió hasta 1934, sucesivamente se fueron ampliando y mejorando las bases asistenciales y se crearon institutos como el Consejo Protector de Menores (Luego Patronato de Delinquentes y Menores), la Asistencia Pública Nacional y el consejo de Higiene, a la par de que se erigieron centros hospitalarios

especializados, tales como el Hospital Pereira Rossell —que aún es primer referente uruguayo en atención pediátrica— y el Hospital Pedro Visca, el Asilo Dámaso Antonio Larrañaga, etcétera. La policía, tribunales y fiscalías tuvieron asimismo múltiples competencias.

El Código Civil, vigente desde abril de 1868, contiene, como todos los códigos latinoamericanos de su época, trascendentes disposiciones sobre familia, minoridad, estado civil, alimentos, etcétera. Hubo asimismo normativa penal referida a menores, la mayoría contenida en el Código Penal de 1889.

Y no podemos dejar de mencionar las normas sobre instrucción primaria, como la Ley de Educación Popular y la creación de la Escuela de Artes y Oficios.

“Esas realizaciones terminaron requiriendo una sistematización del criterio asistencial para lograr un esquema ordenado e institucionalizado, de protección al menor y adolescente, al ‘niño’ o a la ‘infancia’, como era más de uso aludir en la época”.¹

Una segunda etapa comienza en 1934, con la promulgación del Código del Niño —aprobado por plebiscito el 6 de abril de ese año— que, con numerosas modificaciones, rigió durante 70 años.

También en 1934 se promulgó una nueva Constitución, que acoge en su texto disposiciones sin antecedentes en relación con la protección de la familia al comienzo del capítulo II: el artículo 39 establece que: “El Estado velará por el fomento social de la familia”, el artículo 40 dispone que: “El cuidado y educación de los hijos para que éstos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y un derecho de los padres”, a la vez que otorga el derecho a auxilios compensatorios a quienes tengan numerosa prole. En su inciso segundo prescribe que: “La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso”. Y el artículo 41 impone a los padres que tengan hijos habidos fuera del matrimonio, “...los mismos deberes que respecto a los nacidos de él”, y reconoce el derecho a la protección de la maternidad “cualquie-

¹ Senador doctor García Costa, Guillermo, miembro informante de la Comisión de Constitución y Legislación, ante la Cámara de Senadores sobre el Proyecto del CNA, en sesión del día 26 de agosto de 2004, carpeta 697/01.

ra sea la condición y estado de la mujer” y a su asistencia en caso de desamparo. Por último, el artículo 42 dice que: “La ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial en que se dará participación a la mujer”.

Las constituciones posteriores —de 1942, 1952 y 1967— mantuvieron los textos referidos sin modificación alguna, salvo que la de 1967 agrega en su artículo 40 que: “La familia es la base de nuestra sociedad”.

El Código del Niño realizó una valiosa sistematización y renovación de la normativa, al tiempo que estructuró nuevas instituciones —la más importante de las cuales fue el Consejo del Niño— y adjudicó potestades y atenciones de la sociedad para con los menores de edad. Como innovación trascendente, se creó la Justicia de Menores y la correspondiente defensoría especializada, que implicaron una verdadera avanzada para aquellos años.²

En el correr de los años se fue modificando y perfeccionando la normativa que atañe a la minoridad. Citaremos sólo algunas normas como la Ley de Derechos Civiles de la Mujer, de 1946 que, ente otras consecuencias, alteró el sistema de patria potestad, que pasó a ser compartida por padre y madre; la creación del Instituto Nacional del Menor (iname) en 1988, como entidad pública de rango de servicio descentralizado del Estado; la Acordada núm. 7263 de la Suprema Corte de Justicia, que fue retomada por la Ley núm. 16.707, llamada “de Seguridad Ciudadana”, de julio de 1995, que introduce avances en el tratamiento procesal del menor infractor en su extenso artículo 25 y cuyas innovaciones integran ahora el texto del CNA.

El Código Penal introdujo normas puntuales con respecto a la imputabilidad, a las circunstancias atenuantes (minoridad y minoridad relativa), medidas de seguridad educativas y causas de impunidad y, en cuanto a la participación en el delito, el inculpado podría ser autor, coautor o cómplice.

El Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley núm. 15.032, de 7 de julio de 1980) estableció un conjunto de garantías respecto de los menores, que de hecho no fueron puestas en práctica. Asimismo, durante el gobierno *de facto* se eliminaron las facultades de control que tenía el Poder Judicial sobre los menores en conflicto con la ley penal y sobre

² García Costa, Guillermo, *op. cit.*, nota 1.

los centros de reclusión de los mismos, poniendo todo en manos de las autoridades administrativas.

Paralelamente, el pensamiento jurídico se plasmaba en instrumentos internacionales, los cuales fueron ratificados por Uruguay, formando en consecuencia parte de su derecho interno. Así, tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948), que pone énfasis en la protección de la familia, la maternidad y la infancia. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (10 de diciembre de 1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo adicional (incorporados por Ley núm. 13.751, de 11 de julio de 1969); las reglas mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (reglas de Beijing, de 29 de noviembre de 1985); la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y Bienestar de los Niños (13 de diciembre de 1986). Y, en el marco de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica (incorporada por Ley núm. 15.737, de 8 de febrero de 1985), instrumento de singular relevancia por su repercusión a niveles legislativo y doctrinario en todos los países adherentes.

La comisión de análisis del Código de la Niñez y Adolescencia, en su exposición de motivos dice:

El estudio de estas fuentes nos enfrentó a las tendencias dominantes en el proceso dinámico de adaptación del derecho a los cambiantes momentos históricos y a sus necesidades sociales.

Debemos reconocer que a los encargados de llevar a cabo la aplicación de esos principios, especialmente jueces y fiscales, y promover la complementación que requería el Código del Niño, les faltó el asesoramiento de la doctrina sobre los métodos y técnicas que conducen a determinar si cierta norma o normas han recibido ese sello que les permite penetrarlos en el campo de la justicia minoril.

El principio general plasmado en el artículo 4o. del proyecto, pretende superar para el futuro la aplicación de los instrumentos internacionales a la problemática del menor al consagrar el principio que asegura la garantía supranacional brindada a la persona del niño o adolescente como tal. Lo que supone que en caso de violación de los derechos humanos o sistemas de garantías podrán acudir en el futuro por sí o sus repre-

sentantes legales, ante los organismos internacionales, responsabilizando, por esta vía, al propio Estado.³

El anteproyecto del Código de la Niñez y Adolescencia fue redactado por una comisión especial numerosa, interdisciplinaria y calificada, designada por el Poder Ejecutivo el 12 de junio de 1995. Posteriormente fue revisado por una comisión de análisis de tres juristas, también designados por el Poder Ejecutivo. Sus tareas finalizaron en marzo de 1977. Un grupo de trabajo no oficial elaboró un documento tentativo, sometiendo al Parlamento determinadas modificaciones, con el fin de perfeccionar el contenido y que fue tenido en cuenta como material de análisis comparativo.⁴

La doctora Jacinta Balbela de Delgue,⁵ en ese momento magistrada de la Suprema Corte de Justicia y presidenta de la comisión redactora del Proyecto, expresa que la comisión tuvo a su cargo dos finalidades: por un lado, adecuar la legislación vigente a la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por Ley núm. 16.137, de 28/IX/90, así como a los instrumentos internacionales ratificados por el país; por otra parte, orientar su labor hacia la promoción de políticas sociales tendentes a mejorar las condiciones de vida de la niñez y adolescencia.

En sesión de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, de fecha 16 de julio de 2002, la vicepresidenta del Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, señora Sardenberg, manifiesta que:

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es el instrumento internacional más ratificado del sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. ...Esto demuestra que se trata de un documento virtualmente universal que quiere no solamente proteger al niño y darle cuidados, como ya se hacía, sino además pasar a un “patamar” más alto,

³ Comisión de Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia, segundo anteproyecto, publicación del Ministerio de Educación y Cultura, Montevideo, 17 de septiembre de 1996, Exposición de Motivos, pp. 7 y ss.

⁴ Exposición de Motivos del Anteproyecto del CNA, publicación de la Secretaría del Senado, Comisión de Constitución y Legislación, carpeta núm. 1425/1999, agosto de 1999, p. 4.

⁵ Balbela de Delgue, Jacinta (ex ministra de la Suprema Corte de Justicia; vicepresidenta del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados) en un *memorando* privado, destinado al asesoramiento de la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Senadores.

que es el del derecho, con el fin de proteger los derechos integrales de los niños. No se trata solamente de atender los derechos a la salud y a la educación, sino también los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.⁶

Por su parte, en la exposición de motivos del Proyecto de Código, la comisión redactora manifiesta su esencial preocupación por la problemática que acarrea la adecuación de los principios de la Convención de los Derechos del Niño a una normativa nacional dispersa, integrada por el Código del Niño —vigente desde 1934— leyes y reglamentos que lo complementaban y modificaban, y el elenco de códigos anteriores o contemporáneos al mismo, y aún posteriores que contenían previsiones sobre la minoridad, sus derechos y obligaciones. Se planteó la ardua cuestión del mantenimiento o derogación de normas que respondían a instituciones arraigadas desde hacía más de medio siglo, como las de la filiación, investigación de la paternidad, legitimación adoptiva, etcétera, en el orden civil, y todo el sistema de garantías que debía brindársele al menor abandonado o infractor, en el ámbito del nuevo derecho custodial.⁷

II. PRINCIPIOS GENERALES

En el capítulo I, el código establece los principios generales, donde las modificaciones con respecto a la normativa anterior son trascendentes.

Por primera vez se recoge en el derecho uruguayo el término “adolescente”, ya que anteriormente sólo se legislaba sobre “menores de edad”. Se establece la edad límite entre la niñez y la adolescencia en los 13 años completos (en el anteproyecto eran 14 años). En palabras de la doctora Balbela de Delgue, “Ambas edades se han tomado en el proyecto como marco dentro de cuyos límites se ha desarrollado todo el funcionamiento del sistema legal, en el amplio espectro de los derechos y obligaciones

⁶ Cámara de Senadores, distribuido núm. 1632/2002, “Código de la Niñez y la Adolescencia”, visita de la vicepresidente del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, pp. 1 y 2. González, Pilar, “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de niños, niñas y adolescentes y situaciones especiales”, *Jornadas sobre el Código de la Niñez y la Adolescencia*, 24 y 25 de noviembre de 2004, Colegio de Abogados del Uruguay.

⁷ *Op. cit.*, *supra*, nota 2, p.1.

que le son asignados”. En este capítulo se dejan sentados cuatro principios fundamentales:

1. Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías, inherentes a su condición de persona humana. Este principio está consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica.

2. Se establece la corresponsabilidad de los padres o tutores, la comunidad y el Estado.

3. “El Estado deberá actuar en las tareas de orientación y fijación de políticas aplicables a las distintas áreas vinculadas a la minoridad y la familia, coordinando las actividades públicas y privadas que se cumplan en tales áreas” (artículo 7-2).

4. En la integración de las normas se utilizará como criterio específico, *el interés superior del niño y adolescente* (artículo 6o.).

Este principio del “interés superior del niño y adolescente” proviene de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3o.-1); es un criterio nuevo, que han adoptado las más modernas elaboraciones doctrinarias.

Al respecto, Alejandro Bonasso y Javier Lasida apuntan que: “La cultura construida en torno a la idea cardinal de la Convención del ‘interés superior del niño’ (artículo 3o.) avanza muy lentamente en un país que por fuerza de las mayorías, hace primar en general el interés superior del adulto”.⁸

A pesar de ser un criterio muy amplio y abarcatario, el código introduce en el mismo artículo 6o. una salvaguarda frente a las extralimitaciones en que pueden incurrir las autoridades, en el sentido de que las mismas no podrán invocarlo para menoscabar los derechos inherentes a su calidad de persona humana. Este agregado, que no figura en la convención, “...trató de evitar que a pretexto de proteger el interés superior del niño, se cometan injusticias, se actúe en menoscabo de la capacidad de goce del menor” (*infra*, nota 12). El interés superior del niño y adolescente permea todo el Código, como el centro del discurso; es la idea central, que domina la interpretación de todas las demás. El artículo 6o. lo define como “...el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”. Asimismo el artículo 2o. dispone que: “Todos los niños y adolescentes son titulares de

⁸ Bonasso, Alejandro y Lasida, Javier, *La niñez en el Uruguay*, Carlos Álvarez (ed.), Montevideo, 1995, p. 83.

derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas”. A primera vista, estas afirmaciones podrían interpretarse como que antes no lo hubiesen sido.

La doctrina suele distinguir entre los “sujetos de voluntad” y los “sujetos de interés”, sosteniendo que ambos son sujetos de iguales derechos. Los menores de edad, para la normativa uruguaya, siempre fueron personas, en tanto que sujetos de interés, y en forma limitada en cuanto sujetos de voluntad. No obstante, nunca fue un menor *persona* dotada de plenos derechos.

Según María del Carmen Díaz Sierra, de la lectura general del código resulta que esta idea consiste en tratar a los menores como sujetos de voluntad, y civilmente esto implica reconocerles capacidad de obrar —o de ejercicio— en todo lo relativo a sus derechos fundamentales. El artículo 8o. señala que tales derechos fundamentales “serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades” y —agrega— “en todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”;⁹ el inciso segundo dispone que:

Podrá acudir a los tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistenta letrada. El juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones

Todo ello bajo la más estricta responsabilidad judicial y so pena de nulidad de las actuaciones.

Para una parte de la doctrina, esto significa otorgarles a los niños y adolescentes la plena capacidad de obrar. Así, el fiscal letrado en lo Civil de tercer turno doctor Enrique Viana Ferreira, afirma en la evacuación de una vista:¹⁰

Se aclara que la fiscalía considera que la Ley núm. 17023 (Código de la Niñez y Adolescencia) es una norma de aplicación inmediata y con eficacia retroactiva. Por un lado, la referida ley ha derogado, lisa y llanamente, todas las disposiciones legales que se le opongan. Por otro lado, se trata

⁹ Díaz Sierra, María del Carmen, “La inserción del Código de la Niñez y la Adolescencia en el sistema civil”, *Jornadas sobre el CNA*, 24 y 25 de noviembre de 2004, Colegio de Abogados del Uruguay, versión grabada.

¹⁰ Juzgado Letrado de Familia de 6o. turno, caso 2-33507/2004. También: J. L. F. 13o. turno, caso 56010/2004 y J. L. F. 13o. turno, caso 53-726/2004.

de una norma que, de su tenor literal, y, por si quedaran dudas, de su intención o espíritu manifestados en ella misma y en la historia fidedigna de su sanción, emerge como la creación de un nuevo *status iuris*, en el cual todos los aspectos jurídicos que refieren a la persona, desde que es tal y hasta los dieciocho años de edad, o si se quiere en la niñez y en la adolescencia, han sido específicamente cuidados. El tenor literal se evidencia al enunciar que el ámbito de aplicación comprende a todos los seres humanos menores de dieciocho años. Razónese por contrapartida: esta ley se parece más a una ley de abolición de la esclavitud que a una ley de vientres. No dice que los que nacen a partir de su vigencia serán libres y tienen los mismos derechos que les corresponden a los hombres libres; dice: todos son libres y tienen los mismos derechos... desde que nacieron y aunque hayan nacido antes de su vigencia.

De esta afirmación el fiscal extrae consecuencias procesales muy radicales y, en cuanto al derecho de fondo, agrega que:

Entiéndase que se parte de la base de que todo niño o adolescente tiene, entre otros tantos derechos, derecho a la libertad, a la participación y a asociarse. Asimismo, en su eventual colisión con el respeto y obediencia a sus padres, tales derechos han de ser preferidos... Como lógica contracara, también se le imputan obligaciones y deberes. Y basta con enunciar el más gravoso y omnicompreensivo: respetar el orden jurídico (a. 17-D). Se razona de la siguiente manera: la mejor manera de proteger al niño o adolescente es convertirlo en un sujeto de derechos pleno, con goce y ejercicio de los mismos y, concomitantemente, convertirlo en un sujeto de obligaciones, también pleno, porque otorgar libertad sin deberes es libertinaje. Se comparta o no, los conceptos de incapacidad civil e inimputabilidad penal por razón de la edad han sido desestimados.

...sin perjuicio de su condición de sujeto en desarrollo y de la evolución de sus facultades, circunstancias que deberán ser suplidas o complementadas: o por un curador ás asistencia letrada, o por el corresponsable Estado; *ergo*, la capacidad y la incapacidad civil ya no son lo que eran antes. Se ha estatuido una neo-capacidad. Esa neo-capacidad no es completa, pero está más cerca de la capacidad que de la incapacidad.

Concluye el fiscal Viana Ferreira que el menor ya no está bajo la protección jerárquica que le otorgaba la autoridad paterno-materna y que los padres ya no podrán reclamar de sus hijos obediencia y respeto, cuando ello determine una lesión de los derechos de éstos. Además, habrían quedado derogados los derechos de los padres en la persona y

bienes de sus hijos menores de edad, tales como el poder de fijar el domicilio de ellos, de dirigir su educación y de representarlos en todos los actos de la vida civil. Los padres han pasado a tener sólo deberes, entre los cuales el de respetar el carácter de sujetos de derechos de sus hijos, de oírlos y considerar su opinión y de colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados, de corregirlos adecuadamente y de prestar orientación en el ejercicio de sus derechos.

Otro sector de la doctrina —con el que estamos de acuerdo— entiende que estas expresiones del nuevo código, al igual que otras expresiones de la ley en general, “debemos entenderlas en el contexto de situación en que se dan sin perder de vista que, como enseñaba Recaséns, la lógica del derecho es la lógica de lo razonable” (recuerdo a mi profesor de derecho procesal, el doctor Raúl Moretti, quien asimismo afirmaba que la mejor regla de interpretación del derecho es el sentido común).

La señora Sardenberg, en intervención aludida *ut supra* ante la Comisión de Constitución y Legislación senatorial, comentando la Convención sobre los Derechos del Niño puntualiza claramente que:

Nosotros no vemos los derechos del niño de una manera aislada... queremos que no solamente puedan tener sus derechos básicos protegidos, sino que también haya un cambio de mentalidad, que se los escuche y, así, encontrar la forma de atender sus necesidades. Hay muchas situaciones en las que el niño puede participar y contribuir, *lo que no quiere decir que los padres o su autoridad va a ser cuestionada*. Se trata de una visión bastante democrática y equilibrada por la cual en una familia los niños son orientados y guiados por sus padres. Esta participación se debe dar en consonancia con la evolución de las capacidades del niño. *Se trata de una visión bastante equilibrada que fue negociada durante diez años en un grupo de trabajo abierto*, incluso con la participación de Uruguay... que se reunió en Ginebra.¹¹

Para Díaz Sierra:

Una interpretación textual, que prescinda de aquel contexto y de lo que es razonable, puede llevarnos a las conclusiones más disparatadas.

¹¹ Visita de la vicepresidenta del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, Cámara de Senadores, distribuido núm. 1632/2002, “Código de la Niñez y la Adolescencia”, nota 6, pp. 1 y 2 (cursivas nuestras).

En tal sentido, *cuando hablamos de una nueva capacidad de obrar de los menores debemos entender que ella refiere específicamente al derecho a ser oídos sobre el destino futuro de su persona*, en lo relativo a su tenencia, adopción, en la posibilidad de reconocer o ser reconocido, etcétera. Pero no sería razonable entender que esta nueva capacidad alcanza a los aspectos patrimoniales pues éstos siguen regidos por las reglas de administración de la patria potestad o la tutela del Código Civil con las modificaciones que se practicaron en éste.

Esta idea fundamental o paradigma del nuevo código, se despliega a lo largo de su articulado en diversos efectos que en conjunto establecen su dimensión.

Dicho paradigma es, para esta autora, y de acuerdo al artículo 6o. de la norma legal, el criterio “específico” a seguir para la interpretación e integración del conjunto; como tal, se le ubica en los artículos 8o. y 9o., entre los derechos fundamentales a que se refiere la Constitución de la República; por otro lado —aunque no esté dicho a texto expreso de este modo— el nuevo código reconoce capacidad de obrar a “todo niño”, de acuerdo a la “evolución de sus facultades”. Resulta claro que esto se refiere al ejercicio de sus derechos de la personalidad y no a los derechos patrimoniales, donde su capacidad continúa regulada por las normas del Código Civil.¹²

En el mismo sentido, Jorge Machado Giachero, para quien:

siempre el legislador consideró a los menores como sujetos en evolución y prueba de ello es la distinción entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa y la consecuencia es que a la actuación de unos y otros el ordenamiento determina: nulidad absoluta y nulidad relativa.

Y opina que el nuevo Código:

Vuelve a reconocer que los padres son los representantes legales, sin perjuicio de que la norma refiera además a quienes ejerzan dicha representación a falta de éstos o en situaciones en que hayan perdido la patria potestad. Reconoce a los padres como titulares de obligaciones y derechos y asegura por parte del Estado la efectividad de tales derechos de los padres.

¹² *Supra*, nota 9.

Agrega que el artículo 21 consagra un criterio rector respecto a quiénes deben velar por los menores, y se refiere en forma expresa al orden de prelación que emerge del artículo 7o.¹³

Enrique Arezo Píriz (quien fuera catedrático de derecho civil), el mismo sentido, expresa que:

en realidad el nuevo Código no introdujo, en lo relativo a la capacidad e incapacidad de los niños y adolescentes, modificaciones revolucionarias que alteraran la normal vida civil del país.

los padres son los representantes legales de sus hijos, bajo su patria potestad. Ninguna disposición legal, sino al contrario, la ha derogado o alterado, en lo más mínimo, como no sea para reforzar los derechos del niño o adolescente.¹⁴

Bonasso y Lasida entienden que los cambios ocurridos durante la década de 1960 incidieron en la cultura familiar, donde los jóvenes que protagonizaron entonces una ruptura ética y de valores con sus mayores, son ahora padres de niños y adolescentes, con quienes debieron recrear sus formas de relacionamiento intergeneracional. Esto supuso, en primer lugar, reconocer a los niños su propia identidad en el ámbito familiar, no necesariamente subordinada a la de sus padres, pero manteniendo relaciones más respetuosas entre los miembros de la familia, a partir de una redefinición de roles e interacciones internas, que se van realizando progresivamente.¹⁵

Una cuestión que se ha planteado la doctrina, es desde qué edad debe ser oído el niño o el adolescente. Creemos que en esta cuestión debe primar el sentido común, además de que cada niño presenta un grado de desarrollo especial, a edades iguales, que nadie mejor que quienes han convivido con él conocen. Coincidimos con Arezo Píriz¹⁶ en que habrá que tener en cuenta si se trata de una persona más o menos próxima a los 18 años, o bien un infante. Arezo propone que en el escrito judicial donde se pide, por ejemplo, una venia para enajenar un in-

¹³ Machado Gianero, Jorge, "Algunas consideraciones de interés notarial sobre el Código de la Niñez y Adolescencia", *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, julio-diciembre de 2004, pp. 7-12, vol. 90.

¹⁴ Arezo Píriz, Enrique, Asociación de Escribanos del Uruguay, www.aeu.org.uy/HNImprimir.egi?463,0.

¹⁵ Bonasso, Alejandro y Lasida, Javier, *op. cit.*, nota 8, pp. 56 y 57.

¹⁶ *Ibidem*, p. 75.

mueble, se indique que se oyó al adolescente y se le dio respuesta (que pudo o no ser aceptada por éste), se indique a la sede judicial la edad del menor, para que el magistrado disponga si corresponde o no estarse a su opinión en la resolución judicial.

El artículo 9o. del CNA establece que:

Todo niño y adolescente tiene derecho intrínseco a la vida, dignidad, libertad, identidad, integridad, imagen, salud, educación, recreación, cultura, participación, asociación, a los beneficios de la seguridad social y a ser tratado en igualdad de condiciones cualquiera sea su sexo, su religión, etnia o condición social.

A lo que se agrega, en los artículos siguientes, los derechos de los niños y adolescentes con capacidades diferentes —ya sean psíquicas, físicas o sensoriales— el derecho a la privacidad de la vida y al disfrute de sus padres y su familia, como ámbito adecuado para un mejor logro de la protección integral.

El análisis más detallado de estos derechos, lo haremos al analizar las figuras jurídicas que les dan el marco adecuado para que se hagan efectivos.

III. POLÍTICAS SOCIALES

Los principios sobre los cuales reposa el articulado del Código de la Niñez y Adolescencia, para que puedan tener efectividad práctica, deben complementarse con adecuadas políticas sociales. El capítulo VI se refiere precisamente a ese tópico.

En líneas generales, se trata de avanzar hacia un sistema de atención integral a la infancia y adolescencia. En la exposición de motivos, se menciona expresamente a la declaración y el plan de acción adoptados por la Cumbre Mundial a favor de la Infancia (septiembre de 1990) y el Plan de acción a favor de la infancia, preparado para Uruguay por la Cooperación Técnica OPP/BID y la colaboración de UNICEF (1992), además de las resultancias de numerosos seminarios y estudios elaborados por las ONGs y en el ámbito académico.

Un informe de UNICEF de 1994 expresa que:

Es inevitable reconocer que alguna de las instituciones incorporadas a partir de la Constitución de 1966 con la intención de favorecer la

implementación de un sistema coordinado de políticas sociales, no han logrado su objetivo. En el correr de los casi 30 años transcurridos, las políticas sociales se han caracterizado más bien por la multiplicidad de programas, la falta de mecanismos de coordinación y una visión sectorialista de las necesidades... La situación actual de la infancia es atributaria de dichas condiciones.

Los especialistas Alejandro Bonasso (actual director del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, INAU) y Javier Lasida, en un informe no gubernamental sobre el cumplimiento de la Convención de Derechos del Niño, aclaran que:

La protección integral, más allá de respuestas a casos emergentes, para posibilitar la prevención de situaciones de riesgo, es un esfuerzo que se viene realizando desde hace años. En esta dirección se han logrado avances acumulativos que van más allá de periodos de gobierno, a pesar de que también existen estancamientos y retrocesos en algunas áreas...

En el marco de la cooperación de UNICEF, en 1994, se trabajó sobre tres grandes áreas: la familia, la desinternación y la no internación.

Hay un hecho a destacar, y es que la actual administración, que asumió el gobierno en marzo de 2005, en una de sus primeras medidas creó el Ministerio (Secretaría) de Bienestar Social, que tiene como principal cometido justamente el planificar y coordinar las políticas sociales, con especial énfasis en la infancia y la adolescencia.

Del capítulo VI del Código de la Niñez y Adolescencia podemos destacar, a nuestro criterio y como aspecto muy importante, la asunción de realidades sociales que resultaban impensables para el codificador de 1934, que legisló para un país de clase media, preponderantemente igualitario.

El artículo 20 del código vigente, habla de “un sistema de políticas sociales básicas, complementarias, de protección especial, de carácter integral, *que respondan a la diversidad de realidades* y comprendan la coordinación entre el Estado y la sociedad civil.” El artículo 22-B estipula “la creación de programas de atención integral, para aquellos que lo necesiten, por carencia temporal o permanente: niños y adolescentes con capacidad diferente, situación de desamparo o marginalidad”. El literal mismo artículo trata de los servicios especiales de prevención y atención médica y psicosocial a las víctimas de negligencia, maltrato,

violencia o explotación laboral o sexual. El literal E trata de los programas de garantías para la protección jurídico-social de los niños y adolescentes en conflicto con la ley y de la educación para la integración social.

Expresiones como “marginalidad” y referencias a la desintegración social, resultan inéditas en la normativa uruguaya que, por primera vez a nuestro juicio, asume esta parte de la realidad nacional sin eufemismos.

IV. EL ABANDONO EN EL CNA

Si analizamos el artículo 67 de la Ley núm. 15.750 de Organización de la Judicatura, antes de las modificaciones que le introdujo el artículo 65 del CNA, vemos que se le asignaba competencia a los juzgados de menores en cuanto a los procedimientos preventivos, educativos y correctivos a que den lugar los hechos antisociales cometidos por menores, y, además a “...las situaciones de abandono”.

Afirma el doctor Alberto Alonso que no es posible atenerse en derecho uruguayo a un concepto único de abandono, que sea aplicable a toda la normativa referente a los menores de edad, por cuanto este concepto varía considerablemente según el contexto legal en que estamos ubicados.¹⁷ Dice asimismo que correspondía atribuir a las llamadas “situaciones de abandono” de la citada norma, un contenido sumamente amplio, comprensivo de todas las situaciones de riesgo o desamparo que acechasen a la persona del menor, ya sea en su salud, seguridad, moralidad y, a veces, educación. Estas situaciones eran contempladas por el Código del Niño, que las englobaba en la expresión “abandono material o moral, “locución imprecisa e insuficiente que, además, no acarrearba diferentes consecuencias según se tratase de uno u otro abandono”.¹⁸

El Código del Niño, en su exposición de motivos, expresaba que: “Se confiere al juez letrado de menores competencia privativa en todos los asuntos relativos a menores que requieran la intervención del Estado, sin distinguir entre abandonados y delinquentes, y se le arma de los re-

¹⁷ Alonso Diez, Alberto, *El abandono en el Código del Niño y su reforma por el Código de la Niñez y Adolescencia*, cit., supra, nota 6.

¹⁸ Alonso Diez, Alberto, *idem*.

cursos necesarios para proceder con rapidez y con acierto”.¹⁹ Y continúa: “El delito cometido por un niño o por un adolescente es muy a menudo un episodio, un simple accidente de su vida de libertad, de vagancia o de abandono...”.

Estas expresiones del código derogado —la indiferenciación entre delincuentes y abandonados— responden al modelo que se ha denominado como “doctrina de la situación irregular”, y que en la misma época ha sido consagrada por casi todas las legislaciones latinoamericanas, siguiendo los principios elaborados originariamente en los Estados Unidos, con la creación del Tribunal de Menores del Condado de Cook, en Chicago, 1899.²⁰

El artículo 121 del referido código enumera entre las situaciones de abandono moral, casos como los de mendicidad, vagancia, frecuentación de sitios inmorales o de juego o con gente viciosa o de mal vivir, incluyendo casos de menores (en especial mujeres) que realicen ventas callejeras, como puede ser periódicos, revistas u objetos de cualquier clase en las calles o lugares públicos, o ejerzan en esos sitios cualquier oficio.

Entre sus previsiones, nunca se hace referencia a los derechos de los menores de edad, sino que se los encara como individuos respecto de los cuales deben tomarse medidas preventivas. Si el juez de menores decretaba la internación de un menor, no se consideraba que el mismo estuviese afectado en un derecho propio, el derecho a la libertad, sino que se obraba en beneficio del propio menor y de la sociedad, a quien debía prevenirse de, quizá, un futuro delincuente. La duración de la internación u otra medida, quedaba a criterio del magistrado quien, de acuerdo a la exposición de motivos, debía ser, más que un gran jurista, un sociólogo, un psicólogo, profundo conocedor del alma humana y provisto de una enorme vocación.²¹

Apunta certeramente Héctor Erosa²² que:

Si tuviéramos que señalar cuál es la palabra generadora en el Código del Niño, diríamos que es tutela. En virtud de una suerte de doble discurso

¹⁹ Código del Niño, anotado y concordado por el doctor Francisco del Campo, Montevideo, Ediciones Literarias Uruguayas, 1964, p. 29.

²⁰ Alonso Diez, Alberto, *op. cit.*, *supra*, nota 17.

²¹ *Op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 8.

²² Erosa, Héctor, “La construcción punitiva del abandono”, *Revista de Ciencias Penales*, Montevideo, núm. 2, 1996, pp. 195-210.

parece mantenerse a lo largo de toda esta obra, surgirán de esta palabra dos vertientes: *a*) la tutela vinculada al concepto de compasión, de protección y *b*) la tutela vinculada al concepto de defensa social, de control. No decimos que sea un doble discurso premeditado, sino que daría la impresión de ser el resultado de una confusión, de ambigüedades en el enfoque, del lógico desconocimiento de saberes poco desarrollados en aquel momento, como la sociología, la criminología o la semiótica (p. 195).

La impronta positivista de Ferri aparece en la idea de “peligrosidad sin delito”. El abandono es una etapa de pre-delinuencia y como resultante de esta conceptualización, su tratamiento será indiferenciado con respecto al del infractor (p. 197).

Por ello se selecciona sólo, por causa de abandono moral, a aquel sujeto vulnerable y “diferente”, de familia vulnerable y diferente. Quien sea “diferente” a quienes pueden definir el abandono podrá ser institucionalizado. No serán institucionalizados los niños que no sean “diferentes” a quienes tienen el poder de definición. Esta selectividad implica una flagrante violación al principio de igualdad, de rango constitucional. Asimismo demostrará su ineficacia en el objetivo tutelar, ya que la medida que se toma, la institucionalización, significa en muchos casos un real “abandono” de la protección de bienes jurídicos (p. 201).

Para este autor, la concepción tutelar merece un doble abordaje: *a*) desde la vertiente de la compasión o protección, y desde la vertiente de la defensa social, del control. La impronta positivista de Ferri, aparece en la idea de “peligrosidad sin delito”. El abandono es una etapa de pre-delinuencia y, como resultante de esa conceptualización, su tratamiento será indiferenciado con respecto al del infractor.²³

La respuesta lógica que la administración —desde distintos ámbitos— dio a la situación o estado de abandono, fue la institucionalización, la privación de libertad.

Uno de los pivotes del nuevo sistema del CNA es la diferencia que se establece entre el menor infractor y el menor abandonado.

En la exposición de motivos la comisión redactora explica el objetivo buscado, que es la desjudicialización de la situación de abandono que puede sufrir el niño o adolescente, y la despenalización del comportamiento de los niños, apartando de la jurisdicción penal a los menores de 13 años, aun cuando hubiesen cometido acciones que, de ser mayores de 13, constituirían infracciones a la ley penal. Los niños

²³ *Op. cit., supra*, nota 22, p. 197.

no podrán ser objeto de otras medidas que no sean de protección, por parte de sus padres, tutores, guardadores, o el Estado a través del INAU.

En junio de 1999, la Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración de la Cámara de Representantes elimina del proyecto el título de “Menores abandonados”, por considerarlo discriminatorio. Luego, a propuesta de las diputadas Margarita Percovich y Lucía Topolansky, se modificó el *nomen iuris* del capítulo XI (que se ocupa del tema) y se hizo el agregado de “situaciones especiales”, por sugerencia original de la doctora Jacinta Balbela; el capítulo XI quedó, en definitiva, bajo el *nomen iuris* “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales”. No obstante, el artículo 117, primero de este capítulo, agrega un inciso segundo donde dice que las medidas legisladas en dicho Capítulo se aplicarán de igual forma a los niños que vulneren derechos de terceros.²⁴

La separación entre niños abandonados y adolescentes infractores, queda establecida en la competencia de los tribunales: La justicia de familia entiende en los casos de niños, sin distinción ya sea que se encuentren amenazados o vulnerados o sean ellos quienes amenacen derechos de terceros, o que hayan cometido actos que, de haber sido mayores, serían infracciones a la ley penal.

Y los juzgados de adolescentes asumen la competencia de los adolescentes infractores de la ley penal (en el sistema anterior, “menores delincuentes”).

Destaca la doctora Pilar González²⁵ que para los que no han cumplido 13 años y cometen delitos, el procedimiento no resulta claro, a diferencia de la regulación para los adolescentes infractores. Quizá, a nuestro juicio, ello sea producto de las tendencias contrapuestas que existían en el seno de la comisión redactora, en torno a este punto; la doctora Balbela propugnaba por una desjudicialización del sistema en todo lo relativo a niños, priorizando en este aspecto al área social; mientras que la doctora Mabel Rivero (catedrática grado 5 en derecho de familia, ex directora de la defensoría de oficio de familia) se pre-

²⁴ Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Cámara de Representantes, versión taquigráfica núm. 530, de 20 de junio de 2001.

²⁵ González, Pilar, *Protección de los derechos amenazados o vulnerados de niños, niñas y adolescentes y situaciones especiales*, op. cit., supra, nota 6.

guntó quién tiene el *imperium* cuando fracasan el área social y el área psicológica. Posición en la que fue acompañada por la doctora Adela Reta (quien fuera catedrática en derecho penal y ministra de cultura). La fiscal nacional de menores y profesora grado 4 en derecho penal doctora Mariana Malet, por su experiencia en la práctica cotidiana, le consta que las edades en que se cometen infracciones graves y gravísimas es cada vez más baja; en este sentido, el consumo de drogas (últimamente la llamada “pasta base”, que cobró auge en las clases más carenciadas) por niños, lleva inevitablemente al delito en edades tempranas.

El CNA, entre otras innovaciones, regula el comportamiento policial en su artículo 126, indicando que cuando la autoridad policial tome conocimiento de que un niño o adolescente se encuentre en una de las situaciones amenaza o vulnerabilidad que se refiere el capítulo XI (o bien vulnerere derechos de terceros), “...deberá llevarlo de inmediato a presencia del juez competente, el que notificará con la mayor urgencia al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay”. Lo mismo estipula el artículo 131, ante una denuncia escrita o verbal, como obligación de la autoridad receptora de la misma. Se establece para ello una competencia de urgencia por parte de los tribunales. En la discusión en la Comisión de Constitución, Códigos y Legislación de la Cámara de Diputados, se abunda en el sentido de la importancia de la especialidad de quien proceda al primer interrogatorio y de la falta de preparación del personal policial a esos efectos. La diputada Margarita Percovich, en ese ámbito, expresa:

Uno de los temas que hemos discutido en forma permanente con relación a la violencia de este tipo, especialmente con los niños y adolescentes, es evitar la revictimización del niño. Debe contarse con personal realmente idóneo, que haga los interrogatorios en forma especial —por suerte hoy tenemos los elementos para hacer un interrogatorio sin agredir al niño en esas circunstancias tan terribles—, a la que recurren los jueces: se filma, hay una cámara especial, etcétera. El personal policial difícilmente esté capacitado para esto. Se trata, simplemente, de evitarle ese trago amargo al niño.²⁶

²⁶ Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración. Cámara de Representantes, versión taquigráfica núm. 874, de 26 de noviembre de 2001, p. 9, intervención de la diputada Margarita Percovich.

“En todo caso el principio orientador será prevenir la victimización secundaria” (artículo 131 *in fine*, CNA). Esto es, evitar que la víctima, a causa de sus declaraciones, reviva reiteradamente experiencias traumáticas ante diferentes autoridades con competencias diversas, pasando por la sede policial, juez de familia, juez letrado en lo penal, INAU, sucesivamente).

V. ADOLESCENTES INFRACTORES²⁷

El artículo 69 define qué se entiende por infracciones a la Ley penal:

1. *infracciones a la ley penal*

1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes especiales.

2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor o coautor tipificadas... cuando el juez reúna los elementos de convicción suficientes... que permita concluir que el adolescente disponía de la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.

En cuanto a la tentativa o la participación en calidad de cómplice, sólo se tendrán en cuenta si se trata de infracciones gravísimas a la ley penal (numerales 3 y 4).

El artículo 70 declara que se denomina adolescente infractor, a quien sea declarado tal por sentencia ejecutoriada, dictada por juez competente. Y el artículo 71, establece que debe darse una relación causal, es decir, que sólo puede someterse al procedimiento previsto por el CNA aquel a quien se le pueda atribuir material y psicológicamente un hecho constitutivo de infracción a la ley penal. Estos dos últimos artículos nos parecen redundantes, pues en el sistema penal se presume inocente al procesado, hasta que por sentencia ejecutoriada se disponga lo contrario, y el nexo causal debe existir en todo caso y no sólo con relación a los adolescentes.

²⁷ En este punto seguimos la argumentación de la fiscal nacional de menores y profesora grado 4 en Derecho Penal en la Facultad de Derecho, de la Universidad de la República, doctora Mariana Malet, en conversación privada que tuvo la deferencia de mantener con la ponente.

El artículo 72 clasifica las infracciones en graves y gravísimas y, en diez numerales, hace una enumeración de las que se consideran gravísimas, declarando en el inciso tercero que todas las demás son infracciones graves. Uno de los proyectos que precedieron al CNA llevaba a que el Juez no pudiese privar de la libertad si no se trataba de infracción gravísima. Eso se quitó en el curso de la discusión y ahora la diferencia entre las infracciones no tiene tanto sentido. De cualquier forma, la introducción del principio de la tipicidad con relación a los adolescentes es muy importante. Por ejemplo: si fumar marihuana no es delito para un mayor de edad, tampoco debe serlo para un menor.

2. *Iter criminis*

En lo que respecta al *iter criminis*, es de destacar que, con excepción de las infracciones gravísimas a la ley penal, sólo se tienen en cuenta las acciones u omisiones dolosas consumadas, prescindiéndose del grado de tentativa; asimismo, con respecto a la participación en el delito, salvo el caso de infracciones gravísimas, las consecuencias de la acción u omisión recaen solamente en el autor y el coautor, y no en el cómplice.

3. *Procedimiento*

El capítulo X del CNA establece los “derechos y garantías del procedimiento”.

En este punto se ha producido una importante modificación con relación al anterior sistema ante la judicatura de menores: el debido proceso se establece en forma muy clara en el artículo 74 del CNA, en literales que van de la letra A) a la letra L). Antes de esta norma, una vez que el juez competente tomaba conocimiento del caso, generalmente le enviaba el expediente al fiscal, a ver si éste solicitaba enviar al menor a tal o cual lado, para hacer alguna terapia o decidir la medida que a su criterio correspondiese. A veces el juez resolvía por el *memorando* de la policía, sin haber visto jamás al menor en cuestión.

Ahora se necesita debido proceso y sentencia ejecutoriada para declararlo adolescente infractor.

En el sistema anterior, al menor no se le determinaba pena, y en general se le imponía mucha, supuestamente para hacerle un “bien” y

tenerlo recluido, a menudo más que un mayor de edad por la comisión de los mismos hechos. No existía siquiera un fallo.

Además de los ya mencionados principios de *judicialidad* y *legalidad* (literal A), *responsabilidad* (literal B), se estipulan otros como el del literal C, “*Principio que condiciona la detención*”, que fue tomado del artículo 15 de la Constitución de la República: sólo puede ser detenido en caso de flagrancia o existiendo convicción suficiente sobre la comisión de la infracción, en este caso mediante orden escrita de juez competente. Se establece que la detención será una medida excepcional.

Otro principio importante es el de *humanidad*. Aparece en la Convención de Derechos del Niño. El inciso 3o. del Literal D consagra el derecho a mantener contacto permanente con la familia o responsables. En general, en el sistema del CNA se le da prioridad a la familia como ámbito de protección. Se parte de la base de que más vale una familia mala que la institucionalización. La doctrina —y en especial los jueces, defensores y fiscales, tienen opiniones divididas en este aspecto, que es muy importante. Así, la doctora Mabel Rivero de Arhancet²⁸ discrepa con relación a priorizar la familia en todo caso; piensa que se hace una valoración muy optimista acerca de ciertas familias.

El literal E consagra el principio de *inocencia* (artículo 8o. del Pacto de San José de Costa Rica) y el de que el infractor *no tiene por qué declarar contra sí mismo*; éste era muy vulnerado anteriormente: el receptor de la declaración solía presionar al menor de edad, con asertos como “mira que si confiesas es en favor tuyo”, etcétera. Esta práctica lleva inevitablemente a los malos tratos. Actualmente el juez debe estar presente en la audiencia y esto constituye una garantía muy importante.

Aparece por primera vez el principio de *oportunidad* (literal L), que antes se aplicaba con base en los principios generales: el adolescente tiene derecho a que se prescinda del procedimiento cuando por la característica del hecho o por la naturaleza del bien jurídico agredido, no se justifica la prosecución de la acción.

El mandato de que el adolescente tenga *defensor desde el momento en que es detenido* (literal F), a menudo no se cumple en los hechos.

²⁸ Catedrática grado 5 en derecho de familia de la Universidad de la República, tratadista, ex directora de la Defensoría de Oficio de Familia, con vasta experiencia práctica.

De acuerdo al principio de la *libertad de comunicación* (literal G), la autoridad aprehensora debe dar aviso inmediato a los padres, tutores o guardadores, quienes, en los hechos, generalmente no saben por qué causa en concreto el menor bajo su custodia está detenido.

La *prohibición del juicio en rebeldía* proviene de la Constitución. Si el adolescente huyó y se encuentra inubicable, hay que detener el proceso.

El principio de “*duración razonable*” (literal J) se instituyó por la preocupación de los legisladores, quienes tuvieron la intención de no eternizar el proceso. La doctora Mariana Malet opina, no obstante, que los plazos establecidos resultan a veces demasiado exiguos; por ejemplo, no se puede articular seriamente la acusación de un homicidio en seis días. La intención de la comisión redactora fue considerar a los que están privados de libertad.

El artículo 76 instauro el *proceso por audiencia*, y lo importante de esta disposición es que el joven puede ver a quienes lo procesan, y éstos al encausado. En la audiencia preliminar el juez puede disponer medidas cautelares, que luego se pueden repetir como definitivas. Las más graves consisten en arrestos: internación en algún establecimiento o en el domicilio. El inculpado puede estar en todo el procedimiento, salvo cuando se halle en juego la protección de un testigo.

El juez debe *fundamentar la sentencia* y poner en términos claros su dictamen; es decir, dentro de lo posible, el adolescente tiene que comprenderlo. Por otro lado, las medidas dispuestas quedan de hecho en manos de la administración, ya que el juez no puede materialmente ocuparse del seguimiento de la causa.

4. *Competencia*

El juez de adolescencia (antes juez de menores) es sólo para adolescentes infractores. O sea, son jueces diferentes de los de familia, que atienden los casos de niños, y las jurisdicciones están bien separadas. Si tienen menos de 13 años o están en situación de desamparo hasta los 18, le compete a juzgados nuevos de familia que se crearon (hasta ahora hay cuatro funcionando). Estos juzgados encaran la protección integral: artículo 65. Toda esta línea de acción proviene de la Convención de Derechos del Niño. Existe un reclamo internacional para que se mo-

difiquen los códigos de la materia, en el sentido de adecuarlos a la mencionada convención.

¿Qué sucede con los menores que no han cumplido 13 años y que cometen delitos? Los juzgados de familia no saben aún bien qué hacer. ¿Cómo se crea la situación de una acción antijurídica y culpable? Las garantías que tiene el mayor de 13 años, estos niños no las tienen y la autoridad puede resolver, por ejemplo, internarlos en el INAU, mientras que el CNA establece que la privación de libertad, con respecto a los adolescentes infractores, es la *ultima ratio*.

5. Medidas

Se da un elenco de medidas muy interesantes. La privación de libertad debe estar impuesta por sentencia ejecutoriada que prescriba un plazo determinado; incluso puede reducirse: como la pensión alimenticia, responde al principio del *rebus sic stantibus*, y se procede de acuerdo a los informes del INAU. Por bueno que sea el ámbito de reclusión, la prisión no es escuela de socialización, sino de prisionización.

Es decir: con el CNA hay sentencia con plazo determinado, y ésta puede modificarse. Tampoco puede existir *ultra petitio* con relación al pedido fiscal.

En cuanto a las medidas que determine el juez con relación al adolescente infractor, pueden ser de tres clases:

a) *Socioeducativas*, cuyos criterios y objetivos se definen en torno a la proporcionalidad y a la idoneidad, criterios que han sido recogidos unánimemente por la legislación y la doctrina comparadas. Pueden ser privativas o no privativas de libertad.

b) *Curativas*, previstas para los infractores incapaces, que se cumplirán en establecimientos adecuados y separados de los adultos mayores de 18 años.

c) *Privativas de libertad*, que sólo se aplicarán en los casos de infracciones gravísimas, o cuando los responsables de la infracción incumplan reiteradamente las medidas decretadas. Existe la posibilidad de gozar de semilibertad, o sea el goce del permiso para visitar a la familia o para la realización de actividades externas en su beneficio personal, debidamente controladas por la autoridad.

El legislador se preocupó exhaustivamente de las medidas no privativas de libertad, en el artículo 80 y siguientes. Se tuvo muy en cuenta la legislación comparada, en especial de los países latinoamericanos. Por ejemplo, se tomaron medidas como la amonestación, la advertencia, o la obligación de reparar el daño o la satisfacción de la víctima (artículo 83). Esta última, en la práctica puede ser muy importante, por ejemplo, en casos de hurtos de menor cuantía, en que veces la devolución de la cosa conforma a la víctima o, quizá, una disculpa. Esto se implementa por obra de la mediación, institución que está prevista en el mismo artículo 83 y en la cual estamos atrasados, desde que se produjo la concentración en un edificio del centro de la ciudad de la judicatura de paz, que antes tenía oficinas en cada barrio (colonia) y cumplía muy eficientemente con esa función. La mediación está muy desarrollada en Argentina, en la vía civil, materia donde en Uruguay apenas comienza, con resultados auspiciosos.

En lo que respecta a las medidas, rige el principio del *rebus sic stantibus*, ya que de acuerdo al artículo 94 existe la posibilidad de hacer cesar la misma, a pedido del defensor; la solicitud se tramitará en audiencia, en reunión con el fiscal y los asesores técnicos que se estimen pertinentes, todo en presencia del adolescente infractor y sus representante legales.

Si la medida fuese privativa de libertad, no podrá cumplirse en el mismo lugar destinado a los mayores de edad, tal cual lo dispone la Convención de los Derechos del Niño.

Otro aspecto importante es el legislado en el artículo 102 en varios de sus literales: el *derecho a estar informado* que tiene el adolescente, ya sea sobre el régimen institucional al cual fue adscrito, a conocer a los funcionarios encargados de su custodia, a saber cuáles son las medidas que se proyectan para su educación y reinserción social y, en general, sobre todo lo que concierne a su situación en ese momento y a la de futuro.

Por lo que respecta a las medidas curativas (artículos 106 y 107), el tratamiento tiene que ser controlado por el juez letrado de adolescentes. En los hechos, estos artículos son de difícil instrumentación, ya que al juez le es materialmente imposible vigilar el cumplimiento de las medidas impuestas a todos los menores en esa situación; la proliferación de las drogas ha redundado en un aumento considerable de las infracciones juveniles, ha complicado la realidad. Se da el caso

de que hay adolescentes que piden su internación, para no continuar en la drogadicción, pero, si la infracción cometida es de escasa entidad, el juez no puede decretar su internación y debe derivarlo al juez letrado de familia. En este aspecto, podemos decir que el juez se halla más maniatado que en el régimen anterior.²⁹

Hace algunos años fue creado el Equipo Técnico de Asistencia Directa (ETAD), que aconseja dónde encaminar al infractor, ya sea una ONG u otro establecimiento en el cual se le pueda brindar la atención adecuada a su problema. El ETAD continúa existiendo con el nuevo código, con la ventaja de que, como todo el procedimiento se sustancia en audiencia, el fiscal y el defensor no pierden la percepción inmediata de la medida que se adopte.

VI. ALGUNOS DE LOS ASPECTOS CIVILES DEL CNA

El CNA introdujo modificaciones relevantes en materia de derecho de familia, que afectaron el antiguo régimen del Código Civil.

1. *Filiación*

Una de las reformas más significativas se ha dado en el tema de la filiación.

Nuestro Código Civil data del año 1868; aunque ha tenido numerosas modificaciones, en materia de filiación seguía teniendo la posición clásica de los códigos decimonónicos; en cuanto a la presunción de paternidad del marido, ésta era absoluta, por más que el codificador, Tristán Narvaja, dejó un resquicio que supo interpretar muy bien la jurisprudencia, al agregar a los modelos clásicos la frase “viviendo los cónyuges de consuno”.³⁰ Las causales para accionar por desconocimiento de la paternidad eran taxativas y estrictas, en el régimen del Código Civil.

La lógica de la que partía el sistema era la premisa conforme a la cual la paternidad era un misterio de la naturaleza, misterio que la ley debía resolver fundándose en circunstancias que permitían inferir —si

²⁹ Véase nota 27.

³⁰ Artículo 214 Código Civil, “Viviendo los cónyuges de consuno, la ley considera al marido, padre de la criatura concebida durante el matrimonio”.

bien con márgenes de error— la paternidad. La ley hacía de dicho hecho presunto y de la estabilidad de la familia, un tema de orden público, y como tal fuera del alcance de los particulares, incuestionable.³¹

El Código Civil, hasta las reformas introducidas por el CNA, pertenecía a los llamados “sistemas cerrados”, o sea aquellos en que solamente el marido (o eventualmente sus herederos) podían intentar destruir la presunción de paternidad, en casos taxativamente establecidos en la ley.

La nueva redacción dada por el CNA a los artículos 214 y ss C.C., modifica este sistema. Partimos de la caída de la premisa en la que se fundaba el anterior sistema. La paternidad biológica no es ya un misterio de la naturaleza, sino que puede ser determinada mediante la aplicación de ciertas pruebas científicas (estudios de ADN). Ello no significa, como se verá, que la ley se convierta en un simple homologador e iguale el hecho biológico al estado civil, sino que evalúa un cúmulo de elementos, entre los cuales el punto de partida es el biológico y, en base a dichos elementos, se establece el estado civil filiatorio.

Se pasa entonces de un sistema cerrado a un sistema flexible, en el que la presunción de paternidad del marido puede ser impugnada libremente, no sólo por el marido y por los herederos de éste, sino asimismo por el hijo y sus herederos, y en ausencia de posesión notoria de estado civil de hijo legítimo, también por la madre y el padre biológico.³²

Si bien el CNA da una nueva redacción a los artículos 214 a 221 del Código Civil, no cambia los presupuestos de hecho que se necesitan a los efectos del surgimiento de la presunción de paternidad legítima. Ellos siguen siendo el matrimonio (ya sea válido, putativo o nulo), la maternidad de la mujer casada, la vida de consuno y la concepción durante el matrimonio o durante el periodo legal de la misma. Lo que se reforma es el régimen de impugnabilidad, haciendo desaparecer los casos taxativos que el sistema del C.C. exigía. Así, el marido no tiene necesidad de demostrar el adulterio con ocultamiento del nacimiento de la criatura, ni que se hallaba en imposibilidad total de tener acceso a su esposa: le basta con probar que no es el padre biológico.

³¹ Carozzi, Emma, “Filiación legítima por naturaleza”, *Jornadas sobre el CNA*, 24 y 25 de noviembre de 2004, Colegio de Abogados del Uruguay.

³² *Idem*.

La doctora Mabel Rivero de Arhancet cree, sin embargo, que, aunque el CNA no requiere causales para accionar y se han extendido los plazos para hacerlo, dicha acción no podría prosperar, por el principio de responsabilidad por los actos propios, si el presunto padre se hubiera comportado como tal frente a su hijo.³³

2. Reconocimiento de hijos

Otro punto en que el CNA introdujo modificaciones sustanciales, es el relativo al reconocimiento de hijos.

Este ordenamiento dispone, en principio (artículo 28, inc.4o.), que en todo el ordenamiento jurídico, las expresiones “hijo legítimo” e “hijo natural” deben entenderse como “hijo habido dentro del matrimonio” e “hijo nacido fuera del matrimonio”, respectivamente. Esta nueva nomenclatura adhiere a los términos adoptados por legislaciones más modernas y se adecua a las ideas que el Código recoge.

Entre estas ideas, se establece que: “Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera que fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos”. El artículo 30 reafirma este principio de capacidad para reconocer, diciendo que:

Todo progenitor tiene el derecho y el deber, cualquiera fuere su estado civil y edad, a reconocer a su hijo. No obstante, las mujeres menores de doce años y los varones menores de catorce no podrán realizar reconocimientos válidos sin aprobación judicial, previa vista del Ministerio Público.

Aquí el codificador mantiene las edades fijadas por el Código Civil para considerar que un menor alcanzó la pubertad, en forma contradictoria con el resto del articulado, que establece una división en dos categorías —niños y adolescentes— sin distinción de sexo; es decir, todos los seres humanos son niños hasta los 13 años y adolescentes desde los 14 años cumplidos hasta los 18.

Esta disposición implica varias modificaciones sustanciales: en principio, se derogó el artículo 227 del Código Civil, en cuanto impedía a hombres y mujeres casados reconocer hijos habidos fuera del matrimonio. Con relación al hombre, la madre del hijo debía accionar por

³³ *Jornadas...*, nota 31.

investigación de paternidad contra el presunto padre, quien en muchos casos se allanaba a la demanda; esto constituía una verdadera simulación de litigio, hecho a los solos efectos de que el padre pudiese asumir esa paternidad. A la mujer ni siquiera le cabía esa posibilidad, pues no se podía atribuir un hijo extramatrimonial a una mujer casada (artículo 242 C.C.).

De acuerdo a las normas vigentes a partir del Código de 2004, todos los hombres y mujeres que procrean hijos están habilitados para reconocerlos como propios.

El reconocimiento hecho por una mujer casada de un hijo habido fuera del matrimonio, puede aparejar un conflicto filiatorio, pues el hijo está amparado por la presunción de legitimidad que, aunque ya no es absoluta, continúa existiendo.

En derecho comparado se ha discutido acerca de quién ejerce la patria potestad del hijo reconocido por un adolescente, sometido a su vez a patria potestad. Se ha seguido en este punto la solución del derecho argentino, que se la concede al abuelo o abuelos con quienes convive el hijo que reconoce y el reconocido, aunque es preceptivo oír la opinión del reconociente (artículo 30, inc. 3o.). O sea que el CNA establece una tutela dativa de orden preferencial, indicando como pauta que los abuelos que convivan con el padre reconociente y el niño reconocido deberán ser considerados en primer lugar. Cuando uno de los padres biológicos cumpla los 18 años, se termina el régimen de tutela y dicho padre pasa a ejercer la patria potestad. ¿Qué sucede si el otro progenitor aún no alcanzó la edad de 18 años? La doctrina se inclina por la solución de que debe ser oído con respecto a todas las decisiones que requieran autorización judicial. La patria potestad pasará a ejercerse en forma plena por ambos padres, cuando los dos alcancen la mayoría de edad (artículo 30, inc. 5o.).

3. Formalidades del reconocimiento

Salvo el caso de hijos habidos dentro del matrimonio, el Código Civil uruguayo distinguía entre inscripción de un hijo ante el oficial del Registro de Estado Civil, y reconocimiento de ese hijo. O sea que un hijo podía estar inscrito, pero no reconocido, lo cual acarrearba múltiples consecuencias jurídicas (por ejemplo, en cuanto a la declaración de “menor abandonado”, con miras a una legitimación adoptiva).

En el sistema del artículo 31 del CNA, que sustituye en esto al Código Civil, el reconocimiento puede tener lugar:

1. Por la simple declaración formulada ante el Oficial del Registro de Estado Civil por el padre o la madre biológicos en oportunidad de la inscripción del nacimiento del hijo, como hijo habido fuera del matrimonio, suponiendo la sola inscripción el reconocimiento.

En la exposición de motivos del proyecto del Código se expresa que:

...la filosofía de la Convención de los Derechos del Niño, y la consagración de su estado como sujetos de derechos, determinó la atribución de una normativa moderna caracterizada por la eliminación de requisitos innecesarios para el perfeccionamiento de los actos jurídicos.³⁴

Se mantiene el reconocimiento por testamento, que podrá ser expreso o implícito, pero se prescinde del requisito del Código Civil de que sea por testamento cerrado, única forma de testamento que se permitía para hijos habidos fuera de matrimonio mientras éste subsistía. También se mantiene el reconocimiento por escritura pública.

El reconocimiento no necesariamente implica la imposición del apellido al hijo reconocido: cuando éste haya cumplido los 13 años antes de ser reconocido, tiene derecho a expresar su voluntad ante el oficial del Registro del Estado Civil, manifestando su voluntad de asumir el apellido de sus progenitores reconocientes, o seguir usando los apellidos con que hasta entonces era identificado. Esta expresa voluntad será inscrita al margen de su acta de nacimiento (artículo 32). En los hechos, podría dar lugar a que hijos de los mismos progenitores, aparezcan, sin embargo, con diferentes apellidos.

4. *Tenencia*

Por lo que respecta la tenencia del niño o adolescente, está legislada en los artículos 34 a 37 del CNA. No se modifica sustancialmente el régimen del Código Civil. En primer término, se otorga prioridad a los acuerdos celebrados por los padres (artículo 34); si no existiese acuerdo, el conflicto lo resolverá el juez letrado de familia. Como innovación del

³⁴ *Op. cit., supra*, nota 4, p. 11.

CNA, podemos señalar lo dispuesto por el artículo 35, que establece “recomendaciones” al juez, a tener en cuenta facultativamente:

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

b) Se preferirá a la madre cuando se trate de un infante menor de dos años.

c) “Bajo su más seria responsabilidad funcional, el juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente”. En este punto debemos tener en cuenta el criterio específico de interpretación que estipula el artículo 6o. del CNA, es decir, el interés superior del niño o adolescente. Asimismo, la idea que se debe atender a la progresividad del desarrollo de las facultades de decisión de un niño, punto debatido por la doctrina, como hemos señalado anteriormente.

5. *Visitas*

Como bien expone el doctor Daniel Cabeza Oriente, hasta la sanción del Decreto Ley núm. 14.766 de 1978, modificativo del artículo 167 del Código Civil, no existía ningún texto legal que consagrara el derecho de visitas, ni desde el punto de vista sustancial, ni desde el punto de vista procesal.³⁵

La jurisprudencia ha desarrollado esta figura jurídica del derecho de visitas, como un desmembramiento del derecho de tenencia. Con la aprobación del Código General del Proceso, aborda el tema en su artículo 350.1, cuando trata de la audiencia preliminar en juicio de divorcio.

El CNA, “entre sus virtudes, tiene la de haber recogido soluciones jurisprudenciales; por eso, en una primera lectura del articulado, nos da la sensación de no haber mucha cosa nueva; lo que sí es novedoso es que esté recogido a texto expreso”.³⁶

El artículo 38 CNA dispone que:

Todo niño y adolescente tiene derecho a mantener el vínculo, en orden preferencial, con sus padres, abuelos y demás familiares y consecuentemente, a un régimen de visitas con los mismos. Sin perjuicio que el juez

³⁵ Cabeza Oriente, Daniel, *Jornadas...*, nota 6, *in fine*.

³⁶ *Idem*.

competente basado en el interés superior del niño o adolescente, incluya a otras personas con las que aquél haya mantenido vínculos estables.

Apreciamos que aquí aparece otra vez en forma explícita el principio del interés superior del niño o adolescente, y el artículo 39 reincide sobre el derecho del menor a ser oído.

Ahora bien, ¿a qué “otras personas” habría que tener en cuenta para conceder las visitas a terceros que no sean sus padres, abuelos y demás familiares? Podría tratarse, por ejemplo, de padrinos, o personas de la amistad de los padres, con quienes los progenitores hubieran roto los vínculos.

Pero, en la práctica, la situación que más frecuentemente se da es la del padrastro o la madrastra o, incluso concubina o concubinario, que hubiese convivido años con el niño, quizá hubiese hecho las veces de padre o madre, más aún que el biológico. Si antes podían los progenitores poner objeciones a esta clase de visitas —a menudo por cuestiones afectivas propias— ahora esa persona a la que no está unido el menor por vínculos de sangre, está legalmente autorizada para solicitarlas. Todo, claro está, si el juez entiende que conviene al “interés superior del niño o el adolescente”.

Se reitera en el artículo 39 el derecho del niño a ser oído, y la doctrina vuelve a plantearse desde cuándo podría considerarse válida su opinión. Entendemos que es una solución más acertada la del Código General del Proceso, cuando en su artículo 151.2 dice que: “El tribunal podrá disponer el interrogatorio de menores púberes...”; también la Convención de Derechos del Niño, que expresa que se garantizará al niño “*que esté en condiciones de formarse un juicio propio*”, el derecho de expresar su opinión libremente... teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, “*en función de la edad y madurez del niño*” (artículo 12.1).

Cuando exista incumplimiento del régimen de visitas por parte de alguna de las partes, la persona afectada podrá acudir ante el juez de familia de urgencia (previsto en el artículo 66). La ley prevé dos posibilidades de incumplimiento: el de la persona que tiene la guarda material del niño y no permite que el visitante lo vea (artículo 40), y el de quien deba visitar al niño o adolescente y no cumpla con esa obligación. En ambas hipótesis, se podrá conducir al incumplidor por la fuerza pública. En el supuesto de que quien deba visitar al niño no lo

haga, con el consecuente perjuicio psicológico que ello le pueda acarrear, nos parece difícil que la apelación a la justicia de urgencia y el eventual recurso a la fuerza pública resulten beneficiosos para el menor. Para expresarlo en un lenguaje coloquial, nos parece, en estos casos, “peor el remedio que la enfermedad”.

6. *Alimentos*

El CNA regula la obligación alimentaria en los artículos 45 a 64. Inserta la prestación dentro del concepto de “deber de asistencia familiar” (artículo 45), que: “está constituido por los deberes y obligaciones a cargo de los integrantes de la familia u otros legalmente asimilados a ellos, cuya finalidad es la protección material y moral de los miembros de la misma.” La norma aclara que bajo la denominación de “alimentos” se contempla la asistencia material.

La solidaridad familiar es uno de los pilares tradicionales de la obligación alimentaria que, en el sistema del CNA se ve ampliado. La comisión redactora ha tenido en cuenta las realidades sociales y los nuevos tipos de familia, muy alejados de la tradicional. La idea de la familia unida por vínculos consanguíneos, fue sustituida por la familia como comunidad de personas que viven bajo un mismo techo y conforman una unidad afectiva y socioeconómica. O sea que la asistencia familiar del CNA es un concepto bastante más amplio que la asistencia entre personas vinculadas por parentesco o por adopción, y comprende a personas que el legislador calificó como “legalmente asimilados”.

El derogado Código del Niño, en su artículo 222, establecía que en defecto o imposibilidad de los padres, se extiende la obligación de alimentos debida a todo menor de 21 años o incapaz, a los ascendientes, ya sean legítimos o naturales (en esa época la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años cumplidos).

A estos obligados, el CNA agrega en su artículo 51 al cónyuge respecto de los hijos del otro, en cuanto conviva con el beneficiario; y al concubinario o la concubina, en relación al o los hijos del otro integrante de la pareja, que no son fruto de esa relación, si conviven todos juntos conformando una familia de hecho. Y en el cuarto orden preferencial, aparecen los hermanos legítimos o naturales.

Los beneficiarios de la prestación pueden ser los niños y adolescentes, así como las personas entre dieciocho y veintiún años que

no dispongan de medios propios para “...su congrua y decente sustentación.”

Por lo que respecta al concepto de alimentos, la exposición de motivos del proyecto enviado por el Poder Ejecutivo al Parlamento explica que:

Se ha definido el concepto de alimentos en forma muy amplia, constituido por las prestaciones dinerarias o en especie que sean bastantes para satisfacer las necesidades relativas al sustento, habitación, vestimenta, atención médica y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, cultura y recreación.³⁷

La obligación se extendió a los gastos de atención a la madre durante el embarazo, desde la concepción hasta el pos-parto.

En cuanto a la forma de prestación —dineraria o en especie— la exposición de motivos aclara que se ha preferido la prestación en forma dineraria, y sólo en casos excepcionales en especie, ya que se considera esta última “como fuente permanente de conflictos y aún vejatoria para quien la recibe”. Ello no fue, sin embargo, recogido en el texto definitivo de la ley, que no discrimina entre ambas clases prestaciones ni estipula un orden preferencial: el artículo 47 dispone que: “Las prestaciones alimentarias serán servidas en dinero o en especie, o de ambas formas, en atención a las circunstancias del caso”. Deben servirse en forma periódica y adelantada. El obligado podrá exigir de la persona que administre la pensión alimenticia, rendición de cuentas sobre los gastos efectuados para los beneficiarios (artículo 47, inc.3o.), aunque el juez apreciará si ello corresponde.

El contenido de la prestación alimentaria se ha ampliado, y esta es otra innovación que incorpora el CNA. Ya en la legislación anterior, la noción de “alimentos” excedía lo que pudiese ser la nutrición propiamente dicha, o sea la comida, para abarcar todo lo necesario para el desarrollo material e intelectual del menor de edad. No obstante, donde el Código Civil (artículo 121) se refería a las “medicinas y salarios de los médicos y asistentes en caso de enfermedad”, el CNA, en su artículo 46, utiliza la expresión más abarcativa de “salud”. Podemos relacionar esta palabra con la práctica cada vez más aceptada de la medicina preventiva que, con la redacción actual de la ley, se verá comprendida

³⁷ Exposición de Motivos, *op. cit.*, *supra*, nota 4, p. 12.

(por ejemplo exámenes periódicos del menor en cuanto a salud general, odontológica, oftalmológica, etcétera).

Asimismo, las expresiones actuales de “cultura y recreación”, exceden el concepto de “educación”, vigente hasta el CNA. Podemos concluir que el obligado debería proporcionar al niño o adolescente elementos tales como libros que estén por fuera del programa de estudios, acceso a medios electrónicos de comunicación, actividades deportivas, asistencia a cines y teatros. Todo ello sin perder de vista la disposición del artículo 46, “según las circunstancias particulares de cada caso” y la proporcionalidad a las posibilidades económicas del obligado, circunstancias que apreciará el juez durante la sustanciación del proceso.

La obligación mantiene sus caracteres tradicionales, o sea que es intransmisible (ya sea por herencia o por acto entre vivos), inembargable, uncompensable e imprescriptible, con la excepción de las pensiones atrasadas.

En casos de incumplimiento de la obligación, existen varias soluciones recogidas por el derecho comparado. En Argentina se han adoptado soluciones administrativas, como el retiro de la acreditación de conductor y la dada cuenta al *clearing* de deudores. El Código de Familia de Venezuela dispone que el padre o madre que por 30 días no cumpla la obligación, será considerado insolvente y se le impedirá salir del país, contratar con el Estado u obtener prestaciones de éste, enajenar o gravar con derechos reales los bienes inmuebles. En Ecuador se le puede obligar al deudor alimentario a garantizar el cumplimiento con garantía hipotecaria, con prenda o fianza suficiente, siendo el empleador solidariamente responsable de la obligación contraída.

La comisión redactora optó por el sistema de Chile, el arresto, por considerar que es la forma conminatoria más eficaz; lo dispondría el propio juez que entiende en el expediente de pensión alimenticia (juez de familia), quien ordenaría directamente a la autoridad policial que procediese a la detención. No obstante, después de la discusión parlamentaria, el texto del código plasmó una solución diferente, optando por la sede penal para disponer el arresto: el artículo 57 prescribe para el caso de omisión injustificada de alimentos, previa intimación por el juez de familia, que éste dé cuenta de inmediato al juez letrado en lo penal, quien a su vez comunicará al juez de familia las resultancias de las actuaciones realizadas por su sede.

7. Adopción

La institución jurídica de la adopción, no ha sufrido aparentemente modificaciones sustanciales en el CNA, con respecto a la legislación anterior. Sin embargo, dada la filosofía del nuevo ordenamiento, la adopción está intrínsecamente ligada a dos de los derechos esenciales del niño o adolescente, enunciados en el capítulo II: el derecho a la identidad (artículo 9o.) y el derecho a no ser separado de su familia por razones económicas (artículo 12, inciso 2). Y estas ideas, apuntalan las reformas introducidas por el código actualmente vigente.

El “Informe de las Organizaciones no Gubernamentales Uruguayas. Comentario sobre el informe estatal respecto del cumplimiento de la Convención de los Derechos del Niño”, es muy claro con relación al derecho a la identidad de los niños y adolescentes:

El derecho a la identidad de la niñez presenta en Uruguay al menos dos vertientes que lo ponen en peligro, una legal y otra que podríamos denominar de tipo socio-cultural.

En cuanto a la legal, la ley 10.674, de 20 de noviembre de 1945 —que consagra el instituto de la Legitimación Adoptiva— constituye una flagrante contradicción con el derecho a la identidad del menor. Esta ley establece que la legitimación adoptiva implica la total ruptura de vínculos con la familia natural, de manera que salvo que los padres legítimo-adoptantes informen al niño, no existe manera alguna para que se conozca que existe dicha adopción y, en caso de conocerse, informarse acerca de la familia biológica del niño. Esta norma merece hoy el rechazo y la exigencia de su modificación por amplios sectores del quehacer social y académico nacional.³⁸

En lo que nos es personal, pensamos que esta última situación no es tan radical, pues, si bien se destruyen los antecedentes administrativos cuando el niño adoptado se hallaba institucionalizado, no ocurre lo mismo con los antecedentes judiciales, donde constan los datos de la familia de origen que se hayan podido conocer; este expediente, si bien es de carácter reservado para personas en general, es de acceso al adoptado, al cumplir su mayoría de edad, bastando para ello que lo solicite.

³⁸ SERPAJ, Uruguay, 1996 (sin pie de imprenta).

Continúa el informe:

En cuanto a la otra vertiente, “el compromiso de respetar el derecho del niño a preservar su identidad, nombre y relaciones familiares se ve amenazado en Uruguay para el caso de los niños institucionalizados, a quienes la sociedad tiende a quitarles su identidad y convertirlos, por ejemplo, en niños del INAME. ... Si concurren a la escuela pública rápidamente pasarán a ser identificados por sus compañeros, e incluso por los docentes, como del INAME. La vida del niño dejará de ir de la mano de una aventura individual que construye la identidad para transitar el proceso que conlleva la substitución de un estigma por otro...”

El CNA, en virtud de las reflexiones de diversos sectores de opinión y atendiendo a situaciones delictivas tan graves, como lo son la desaparición forzada de personas —entre las cuales numerosos niños— que se vivió en la región por obra de las dictaduras, y al tráfico de niños, incluyó medidas como la del artículo 25: “Sin perjuicio de las normas del Registro de Estado Civil, el recién nacido deberá ser identificado mediante las impresiones plantar y digital acompañadas por la impresión digital de la madre”; establece, además, la forma de llevar el registro respectivo.

El artículo 15 pone de cargo del Estado la obligación de proteger especialmente a los niños y adolescentes de “(H) Situaciones que pongan en peligro su identidad, como adopciones ilegítimas y ventas”.

El artículo 132 prescribe que: “El que entregue a un niño o adolescente a persona ajena a la familia biológica y quien o quienes lo reciban. Deberán comunicarlo al juez de familia dentro de las cuarenta y ocho horas”.

El juez adoptará providencias de urgencia, solicitando informes sociales y psicológicos, y evaluará la posibilidad de mantener al niño en su familia de origen. En caso afirmativo, dispondrá las medidas de apoyo familiar necesarias para mantener el vínculo biológico filial.

La separación de un niño o adolescente de su familia de origen se realizará solamente mediante resolución judicial, debidamente fundada, “sobre la base de información fehaciente y previo el asesoramiento de equipo técnico especializado”.

Uno de los posibles destinos del niño en esta circunstancia —aparte de la tenencia temporal por terceros o la colocación en un hogar institucional— es la colocación en una familia con fines de adopción. Deberá

intervenir preceptivamente el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) u otra institución especializada y autorizada para ello (por ejemplo el Movimiento Familiar Cristiano, de larga trayectoria en materia de adopciones).

Nos parece realmente importante la imposición de comunicar la entrega de un niño a terceros al juez, dentro de las 48 horas. En el sistema anterior, se daba el caso de niños recién nacidos, que desde antes de nacer estaban “prometidos” a familias adoptantes, y eran entregados sin comunicación alguna a las autoridades, generalmente con la mediación de alguna persona allegada a la clínica de maternidad. Posteriormente se realizaban los procedimientos encaminados a obtener la tenencia o guarda legal, y, pasado el término exigido por la norma, se procedía a la legitimación adoptiva.

A partir de la vigencia del CNA, ese procedimiento es nulo, en virtud del artículo 134, inciso 1o., que es terminante al respecto: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los treinta días de su nacimiento”.

En conclusión: se otorga preferencia a la opción de que el menor crezca y se desarrolle en el seno de su familia biológica; sólo cuando ello resulte imposible —aquí la regla de interpretación debe ser el interés superior del niño o adolescente— se tomará en cuenta la posibilidad de brindarle un hogar sustituto. La doctora Suecia Sánchez Casal entiende que, en consecuencia, todo lo que se refiere a la adopción, en sentido amplio, es de excepción, por cuanto se pone en funcionamiento sólo cuando no es posible que el menor crezca y se desarrolle en su familia de origen.³⁹

La adopción fue regulada por el Código Civil y modificada por el Código del Niño de 1934. La Ley de Legitimación Adoptiva se crea por Ley núm. 10.674, de 20 de noviembre de 1945, inspirada en la legislación francesa; sufrió numerosas modificaciones por leyes posteriores, todas ellas con miras a favorecer esta institución jurídica. De modo que, hasta la entrada en vigencia del CNA, existía simultáneamente dos tipos de adopción: la adopción simple y la legitimación adoptiva, que en derecho comparado se conoce mayoritariamente por el *nomen iuris* de adopción plena.

³⁹ Sánchez Casal, Jornadas del Instituto de Derecho Civil (Salas I y IV), Suecia, realizadas en homenaje a la doctora María Inés Varela de Motta y en oportunidad de haber sido promulgado por Ley núm. 17823, de 7 de septiembre de 2004, el CNA.

El CNA recoge la institución jurídica de la Adopción Internacional. De modo que actualmente coexisten los tres tipos de adopción, y se regulan en la sección IV del artículo XI:

- Adopción simple (artículos 135 a 143 inclusive).
- Legitimación Adoptiva (artículos 144 a 149).
- Adopción Internacional (artículos 150 a 157).

Se establecen normas generales para los tres tipos de adopción:

- Procedimiento especial de llamado público, a personas que deseen adoptar a niños o adolescentes con capacidad diferente, en cualquiera de las tres formas.
- Control de las Adopciones y Registro de las mismas. Todo esto queda, en la órbita administrativa, a cargo del INAU.

A. *Adopción simple*

Comenta la doctora Sánchez Casal, en breve reseña histórica sobre esta institución en Uruguay, que, cuando el Código del Niño reguló esta institución, se planteó la duda sobre si había derogado o no al Código Civil en la materia, ya que en el Código del Niño se utilizó la derogación tácita. Es de tener en cuenta que la adopción simple puede aplicarse a mayores de edad.

A partir de la Ley núm. 16.603, de 19 de octubre de 1995, de actualización del C.C., se integraron ambos textos legales con una única redacción, la del Código Civil.

A partir de la vigencia del CNA, vuelve a ocurrir el mismo problema: éste deroga al Código del Niño, sus modificaciones y todas las normas que se le opongan. La doctrina se divide en dos posiciones diferentes:

a) Coexisten dos regímenes: uno para la adopción de niños y adolescentes y otro para los mayores de 18 años, regulados respectivamente por el CNA y por el C.C. Este criterio se fundamenta en el ámbito de aplicación del CNA, establecido en su artículo 1o.: todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad.

b) Existe un solo régimen, que se aplica tanto a la adopción de niños y adolescentes o de mayores de edad. Esta posición afirma que el CNA derogó las disposiciones del C.C. que se opongan a la nueva re-

glamentación. En consecuencia, la normativa vigente es la de los artículos 135 a 143 del CNA.

A esta segunda postura adhiere la mencionada especialista, doctora Sánchez Casal, por entender que la nueva normativa reitera y perfecciona la institución jurídica, con disposiciones que sí son exclusivas para niños y adolescentes. Se funda asimismo en el texto expreso de la ley, que en reiteradas oportunidades utiliza el giro “si se trata de adopción de menores o adolescentes”, lo que no cabría si se regulara exclusivamente para ellos. Además, el artículo 142, en cuanto a la simple, dispone en su inc. 5o. que “Si el adoptado tiene más de dieciocho años de edad no podrá negársele el acceso al expediente o antecedentes respectivos”.⁴⁰

En cuanto al procedimiento, la adopción admite dos formas: por sentencia ejecutoriada ante juez letrado de familia, o por escritura pública autorizada por escribano. En ambos casos debe requerirse la evaluación por parte del INAU acerca de la idoneidad moral y la capacidad de los adoptantes.

Agrega la ley que en todos los casos se tendrá en cuenta la opinión del niño o adolescente adoptable.

Como innovaciones, el CNA transita por el camino de las reformas anteriores, en el sentido de facilitar la adopción: se permite adoptar a los mayores de 25 años, a diferencia del régimen anterior, que requería 30 años; el adoptante debe tener por lo menos 15 años más que el adoptado (anteriormente se requerían 20 años más); en ambos sistemas puede adoptar una sola persona y, excepcionalmente dos cónyuges, pero el CNA agrega dos condiciones: que el matrimonio tenga al menos un año de antigüedad y que se haya tenido al niño o adolescente a cargo por un lapso no inferior a un año; actualmente puede adoptar asimismo el nuevo cónyuge o concubino de uno de los progenitores del hijo del otro, fruto de una relación anterior.

B. *Legitimación adoptiva*

Es el nombre con que, a partir de su creación en 1945, se conoce a la adopción plena. El proyecto de la Comisión Redactora le dio este último nombre para acompasar la institución al derecho comparado, pero en el ámbito de las discusiones posteriores se volvió a la denominación tradicional en Uruguay.

⁴⁰ *Idem.*

¿En qué casos procede? De acuerdo al artículo 147 del CNA: "...sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el niño o adolescente", expresión que debemos interpretar a la luz del artículo 6o., que establece el principio general del interés superior del niño o adolescente.

En cuanto a las condiciones requeridas, el CNA reúne en un solo cuerpo legal la ley de 1945 y sus numerosas modificativas, la mayor parte de ellas destinadas a facilitar las adopciones legitimarias.

Las condiciones que deben reunir los adoptados están especificadas en el artículo 144:

a) Niños o adolescentes abandonados o huérfanos de padre y madre, o pupilos del Estado, o hijos de padres desconocidos o del hijo o hijos reconocidos por uno de los adoptantes.

El CNA introduce una modificación en lo que respecta a la configuración del abandono: en el régimen anterior, la condición de "menor abandonado" debía acreditarse por medio de sentencia que declarase la pérdida de la patria potestad. Si el menor no se encontraba bajo patria potestad (en la práctica solía suceder que se tratase de un niño dado para su crianza a un matrimonio que deseaba adoptar, y cuyos progenitores no se ocuparon más de él), se podía iniciar, luego del periodo legal de tenencia, la solicitud de legitimación adoptiva. Era dentro de este procedimiento que el juez recababa los informes y correspondientes respecto a la calidad de los adoptantes. A partir del CNA, el abandono tiene que acreditarse siempre por sentencia ejecutoriada, que decreta la separación definitiva de su familia de origen; y esa separación, de acuerdo al artículo 134, será nula si el niño fue entregado a terceros antes de sus 30 días de vida; por otra parte (artículo 132), nadie puede entregar un niño sin dar cuenta a la sede judicial dentro de las 48 horas.

b) Niños o adolescentes abandonados por uno de sus progenitores legítimos, cuando fuere solicitada por el padre o madre que haya mantenido la patria potestad, conjuntamente con el cónyuge con el que contrajo nuevo matrimonio.

Para ser legítimo-adoptante se requiere ser cónyuges, mayores de 25 años, con 15 más que el niño, más un periodo de tenencia no menor a un año, pudiéndose computar al efecto un periodo de concubinato anterior, siempre que hubiese sido singular, estable y público. Esto es, *more uxorio*.

También podrán adoptar bajo esta modalidad el viudo o viuda o los cónyuges divorciados —en este caso debe mediar la conformidad de ambos— si la guarda o tenencia hubiese comenzado durante el matrimonio.

Esta adopción, como toda adopción plena, hace caducar los vínculos con la familia de origen, con la excepción de los impedimentos para el matrimonio, y es irrevocable.

En el Registro de Estado Civil, se labrará el acta como hijo de matrimonio, inscripto fuera de término. Los efectos sobre el estado civil son de carácter constitutivo.

En la órbita administrativa, el organismo encargado de proponer, ejecutar y fiscalizar la política de adopciones, es el INAU.

C. *Adopción internacional*

Esta modalidad de adopción ha sido mayormente rechazada en Uruguay, ya sea por la doctrina o por los docentes de la Facultad de Derecho y magistrados, por entender que produce el desarraigo del menor de edad de su sociedad de rigen y menoscaba el derecho de vivir en el país donde se ha nacido. “Según este concepto cada nación o Estado o cada sociedad, tendría el derecho deber de retener a su población infantil, al margen de si se ha alcanzado o no niveles mínimos de vida”.⁴¹

Señala la magistrada María del Carmen Díaz Sierra (juez letrada de familia), que hubo varios hechos en la comunidad internacional que provocaron un aumento, en el correr de los años, de este tipo de adopciones.

el aumento de los conflictos armados, la diferencia entre los niveles socio-económicos de los Estados; la diferenciación en cuanto a los índices demográficos, provocando en unas sociedades la explosión poblacional, en tanto que en otros se registran bajas tasas de natalidad... Dicho crecimiento comenzó a vislumbrarse a fines de la Segunda Guerra Mundial y la Guerra de Corea (en las décadas del 40 y 50) y llegó a nuestro continente alrededor de la década del 70.⁴²

⁴¹ Operti, Didier, “La adopción internacional”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, núm. 6, p. 67-73.

⁴² Díaz Sierra, María del Carmen, *Jornadas...*, nota 6.

Estas adopciones presentaron, por un lado, un aspecto negativo como lo es el tráfico ilícito de niños y el lucro delictivo consecuente. Por otro lado, se llegó a que la Convención de Naciones Unidas pusiera fin al debate sobre si la adopción internacional es o no un medio apto para la protección del menor abandonado.⁴³

La Comisión Redactora del proyecto del CNA considera que:⁴⁴

La protección del derecho internacional está orientada a la familia natural. Por familia natural se entiende la familia biológica, sea la que deriva de la unión de la pareja humana por la vía del matrimonio como por la de la unión libre estable. De ese vínculo deriva el derecho del niño a preservar y conservar su propia identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre, las relaciones familiares, religión, lengua.

Acto seguido, la comisión realiza un análisis de todos los antecedentes de la Convención de Derechos del Niño, arribando a la conclusión de que:

la adopción internacional es regulada en forma excepcional, alternativa, cuando el niño “no puede ser cuidado adecuadamente En su país de origen” y cuando se hayan establecido por los Estados una legislación y supervisión eficaz respecto a su protección.

Es en este orden de ideas que el CNA regula la Adopción Internacional, en los artículos 150 a 157.

Declara la Exposición de Motivos que: “Todo el sistema se basa en el interés superior del niño”.

El elemento indicativo de cuándo una adopción es internacional, es el domicilio de ambas partes: matrimonios con domicilio o residencia habitual en el extranjero, con relación a niños con domicilio o residencia habitual en la República (artículo 150, inciso 2o.); Díaz Sierra⁴⁵ señala que la doctrina y la legislación que la sigue, entienden que existe transnacionalidad en la adopción, cuando contenga algún elemento de extranjería, que puede ser: la nacionalidad extranjera de alguna de las partes, el domicilio o la residencia en el extranjero, o que algunos actos vinculados con la adopción ocurran en el extranjero.

⁴³ Operti, Didier, *op. cit.*, *supra*, nota 41.

⁴⁴ *Op. cit.*, *supra*, nota 3, p. 11.

⁴⁵ *Jornadas...*, *supra*, nota 6.

Por su parte, la Convención de Derechos del Niño (artículo 21) utiliza la expresión “adopción en otro país”, por lo cual entiendo que los Estados Parte pueden introducir en sus legislaciones elemento determinativo que estimen más adecuado. Por las características de la sociedad uruguaya y su corriente migratoria de los últimos años, la Comisión Redactora optó, como elemento de conexión, por el domicilio o residencia habitual.

El INAU y demás autoridades deberán dar preferencia a la ubicación de niños adoptables en familias que vivan dentro del territorio nacional (artículo 152).

Una vez efectuada, tendrá el efecto de legitimación adoptiva; pueden acceder a ella los cónyuges con no menos de cuatro años de matrimonio, y sólo se realizará con relación a países que, en materia de adopción, posean un sistema de una razonable equivalencia con el uruguayo. Pone la carga para los adoptantes de convivir con el niño o adolescente por un lapso de seis meses en territorio nacional, aunque sea en forma alternada. A favor del niño, se estipula que mantendrá su nacionalidad, sin perjuicio de adquirir además la de los adoptantes (artículo 157).

8. *Trabajo*

En lo que tiene que ver con el trabajo de niños y adolescentes, no existen mayores modificaciones en el CNA con respecto a la normativa anterior. Ésta era ampliamente protectora de los derechos de los menores de edad en cuanto a la edad mínima para trabajar, el horario estipulado, la prohibición de hacerlo en trabajos insalubres o inconvenientes para la formación física o moral del menor, la prohibición del trabajo nocturno, la no obstaculización de los estudios, etcétera. No obstante, en las últimas décadas la realidad social y —fundamentalmente— económica del país ha vuelto letra muerta la mayoría de esas disposiciones.

El CNA recoge y sistematiza esa normativa, acompasándola a las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se modifica la edad para iniciarse en el trabajo, que pasa de los 14 años a los 15, salvo las excepciones que se prevén, bajo el control rigu-

roso del INAU. La convención, en este punto (32.2, a), expresa que los Estados Partes “Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar”.

Por los límites en la extensión de esta ponencia, nos eximimos de mayores desarrollos, quedando sin embargo a disposición de los señores y las señoras panelistas, por las aclaraciones que tuvieran la amabilidad de solicitar.