

# LA VOZ DEL NIÑO EN EL PROCESO: ROL DE SU DEFENSOR. ANÁLISIS CON REFERENCIA A UN CASO REAL TRAMITADO ANTE LA JUSTICIA URUGUAYA.

*Beatriz Nossar Gómez*

*Dra. En derecho y Ciencias Sociales*

*Defensora Pública en Familia Especializada en Montevideo, Uruguay.*

*Sandra Edén Cardozo*

*Dra. En derecho y Ciencias Sociales*

*Defensora Pública en Familia Especializada en Montevideo, Uruguay.*

El presente artículo tiene como objeto de análisis un caso planteado ante la Justicia de Familia Especializada de Uruguay en el mes de febrero del año en curso. Allí intervino la Defensa Pública a cargo de una de las exponentes<sup>1</sup>, como defensora de los dos niños; sujetos principales del proceso, con derechos vulnerados que culminó el pasado 19/7/2017 con una sentencia confirmatoria de segunda instancia.

El caso en estudio refiere a dos niños de 7 y 10 años de edad que presenciaron la muerte de su madre a manos de su progenitor, un policía que utilizó su arma de reglamento<sup>2</sup>. La pareja se encontraba divorciada y en trámite un juicio de tenencia por parte del padre de los niños. Nuestros defendidos vivieron con sus padres y abuelos paternos en casa de estos últimos durante la mayor parte de su vida hasta que sus padres se separan y pasan a residir a casa de su abuela materna con su mamá, donde vivieron casi por dos años. Estuvieron viviendo a cargo exclusivo de su progenitora por tres meses, hasta el día del homicidio.

Luego de dar muerte a la madre, el progenitor los lleva a casa de los abuelos paternos donde los deja a su cuidado y concurre a la seccional policial a entregarse.

<sup>1</sup> Dra. Beatriz Nossar.

<sup>2</sup> A efectos de preservar su derecho a la identidad se mantendrán en reserva los nombres de los pequeños y todo otro dato que permitiere individualizarlos.

Al momento de noticiarse a la Sede competente<sup>3</sup>, los niños estaban a cargo de sus familiares por línea paterna.

Previo a adentrarnos al tema en cuestión es pertinente destacar que difícil les resulta a muchos juristas, periodistas de medios de comunicación y a los ciudadanos, entender el alcance de la temática del hecho concreto con relación a los pequeños. De ahí la importancia de los profesionales del derecho en determinar e informar correctamente a la sociedad en casos de tanta exposición pública. En el caso concreto, la exponente decidió no dar notas a los medios de prensa porque el caso no venía siendo tratado apropiadamente por los medios de comunicación y nuestra labor es cuidar y no exponer a los niños. Ante los insistentes llamados de los medios locales nuestra respuesta siempre fue la misma “yo hablo a través de mis actos jurídicos, de mi participación en el proceso”.

Para seguir abordando este análisis es clave tener en claro que en el caso concreto en que participamos como Defensa de los niños no se dirimía un caso de violencia doméstica denunciado dos años antes por su madre<sup>4</sup>, ni se trataba de decidir sobre los aspectos penales del hecho ilegítimo, ni sobre la tenencia de los pequeños.

El caso tiene relación específica con la existencia de derechos vulnerados o amenazados de nuestros defendidos. Lo que se debe tutelar son *sus derechos*. Por ello el enfoque dado por muchos ante este caso tan publicitado en nuestro país, en el sentido de que la justicia dejó a los pequeños a cargo de *los padres del asesino*, es errónea y lleva a confusiones que no se pueden permitir en los operadores del derecho. Para estos niños son sus abuelos paternos y no los padres del homicida. Lamentablemente los medios de comunicación no llegaron a entender el eje de la problemática, agravado esto por la opinión de grupos de defensa de víctimas de violencia de género que trataron el tema fuera del objeto de tutela de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia<sup>5</sup>.

En la legislación uruguaya los procesos por derechos vulnerados o amenazados de niños, niñas y adolescentes son tramitados por juzgados con competencia de urgencia, Juzgados de Familia Especializada. Actualmente en Montevideo funcionan ocho en régimen de doble turno cada tres semanas.

3 De madrugada.

4 Y que no llegó a la justicia.

5 Ley N° 17.823, en adelante CNA.

En la especie se confundió el objeto del proceso, que es la tutela de los derechos de los menores de edad<sup>6</sup>. No se trata de conferir la tenencia de los niños, habiéndose desnaturalizado el objeto por parte de la familia materna e incluso por la Fiscalía interviniente.

La resolución judicial primaria fue “*Mantener la situación de los niños con los abuelos paternos y respecto de los tíos maternos pueden solicitar la tenencia en el Juzgado de Familia común. Intimar a los adultos a una actitud de respeto entre ellos y para con los niños y no limitar la visita si los niños quieren ver a los tíos*”. En su momento comparecieron tíos maternos ante la policía, pero los niños también tienen a su abuela materna, que impugnó la resolución judicial manifestando que sus nietos no fueron escuchados por la Sede. Ante esto la señora Jueza, convocó a una audiencia como medida para mejor proveer al recurso deducido. Es allí donde se nos designa defensora de los niños, el día antes de la audiencia.

El objeto del proceso, que no fue impugnado por ninguna de las partes, fue fijado en audiencia y consistió en “*Determinar si la situación de los niños de autos evidencia vulneración de sus derechos conforme lo previsto por el artículo 117 CNA, atento a los hechos nuevos denunciados en autos y en su mérito, si corresponde revocar el mandato verbal comunicado el 01/02/2017 de mantener la situación de los niños con los abuelos paternos y en su mérito, adoptar las medidas pertinentes*”. Esta Defensa estima de relevancia tener presente que este es el objeto de autos.

En virtud de la ratificación por Uruguay de la Convención de Derechos de Niño Ley N° 16.137<sup>7</sup> y de la promulgación del Código de la Niñez y la Adolescencia, ha variado la concepción de los niños, niñas y adolescentes en el mundo jurídico. La obsoleta doctrina de la situación irregular en la que se los consideraba *objeto* de protección y tutela estatal dejó paso a la doctrina de la protección integral, donde los niños, niñas y adolescentes pasan a ser *sujetos principales de derechos*, y como tales en ejercicio y goce de los derechos inherentes a la personalidad humana, bajo el principio rector del interés superior del niño.

De lo antes expresado se desprenden tres aspectos básicos que se deben tener presentes cuando se trata de dilucidar cuestiones que afectan la vida de niños, niñas y adolescentes:

I) Se trata de *sujetos de derechos, deberes y garantías* (artículos 2 de la CDN, 7, 72 y 332 de la

6 En términos del Código Civil de nuestro país.

7 En adelante CDN.

Constitución de la República Oriental del Uruguay y artículo 2 del CNA), *en adquisición de autonomía progresiva*. Según el artículo 5 de la CDN el niño puede ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva, de acuerdo a la evolución de sus facultades; el artículo 132.1 del CNA dice expresamente "...En todos los casos deberá siempre ser oído el niño, niña y adolescente en el marco de la autonomía progresiva de la voluntad". Conteste con esto, el Dr. Ricardo Pérez Manrique<sup>8</sup>, sostiene que estos sujetos de derechos "... se encuentran en situación de adquisición de autonomía progresiva, o, en palabras de Gomes Da Costa, de ser humano en desarrollo".

II) *El interés superior del niño, niña y adolescente (artículos 3 de la CDN y 6 del CNA)*. En el plano de sus derechos, "...el interés superior del niño constituye un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos..." (conforme Dr. Ricardo Pérez Manrique en doctrina citada ut-supra). Lo antedicho lleva a la ineludible conclusión que se comparte con el Dr. Pérez Manrique de que *"Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho...El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior...Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente en un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón"*. Siguiendo al doctrino Miguel Cillero, *"...el interés superior del niño es, nada más y nada menos que la satisfacción integral de sus derechos"*. \_

III) En aplicación de lo consignado en los dos numerales precedentes y como corolario lógico está el *derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta (artículos 12 de la CDN y 8 del CNA)*. Para hacer efectivos estos derechos en igualdad de condiciones que los adultos se debe tener presente que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a:

a) Ser informados de las instancias del proceso, de sus derechos y de la forma y alcance de su participación. En este punto se debe tener presente la Opinión Consultiva N° 17/2002 de la Corte Interamericana;

8 PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, "Participación Judicial de los Niños, Niñas y Adolescentes", *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, 2008, Unicef; Mdeo.- Uruguay, 2009, pp.251-277.

9 CILLERO, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", Ediciones Depalma, 1998.

b) Derecho a la defensa técnica como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley, esto es, contar con un defensor que lo asesore, defienda y patrocine sus intereses. *El defensor debe actuar en el proceso al lado del niño y no en su lugar; el defensor debe tratar a su patrocinado menor de edad de igual forma que si se tratara de un adulto, debiendo cumplir estrictamente con sus obligaciones de lealtad y confidencialidad.* En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Ricardo Pérez Manrique en obra citada;

c) Derecho a ser escuchado y a que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Esto resulta funcional a su interés superior; no es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser oído, conforme Vargas y Correa<sup>10</sup>.

d) Derecho a una defensa especializada y gratuita.

Respecto de este derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, es menester tener presente la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos de Niño del año 2009.

Lamentablemente hay procesos en los cuales las familias no respetan las opiniones de los niños. Y no nos referimos sólo a lo que éstos dicen, *sino también al derecho de todo niño a no querer hablar ante la justicia. No se los puede forzar a decir o a no decir y se debe respetar su silencio. Si se lo hace con los adultos, ¿cuál es el fundamento de negarles ese derecho a los niños? Como agravio principal la abuela materna invoca que sus nietos no fueron oídos por la Justicia, que no se les preguntó si querían vivir con su familia materna sino que se los dejó a cargo de los abuelos paternos. Además afirmó que la Justicia desconocía el contexto familiar en el que estaban inmersos los niños y los vínculos con las familias materna y paterna, así como el incumplimiento por parte de los abuelos paternos de la resolución judicial objeto de impugnación.* Vale decir, el agravio esgrimido por las recurrentes es la vulneración de derechos de mis defendidos con sus actuales tenedores, lo que es conteste con el objeto del proceso de autos, conforme lo mencionado ut-supra.

El estudio del extenso cúmulo probatorio incorporado al expediente hizo necesario que la Defensa individualizara los derechos que el Tribunal debía considerar si se encontraban o no vulnerados, a fin de adoptar las medidas para su inmediato restablecimiento. Se trata del *derecho a la integridad psicológica o emocional, derecho a la identidad*, en cuanto a la imagen de su madre fallecida y de su padre preso y *derecho al disfrute de su entorno familiar no conviviente.*

<sup>10</sup> VARGAS y CORREA en “Children’s Voices in Chilean Family Courts”, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011, p. 178.

Además de determinar si los derechos de los hermanos estaban siendo vulnerados y en su caso, por quién o quienes, se debía determinar las medidas necesarias para el restablecimiento de esos derechos, que podían o no derivar en un cambio de tenencia.

Al realizar la defensa de los niños, una de las primeras pruebas incorporadas al expediente fue el informe del equipo técnico del poder judicial<sup>11</sup>, integrado en el caso por psicólogo, psiquiatra y asistente social, aunque no especializados en niños, dato no menor.

Los técnicos indicaron que el conflicto familiar polarizado de larga data entre los abuelos de los niños, era crónico y se agudizó por estos hechos. Surgieron acusaciones recíprocas entre los adultos donde resaltaron malos tratos físicos y psicológicos ejercidos hacia los niños.

En su mérito esta Defensa resaltó la importancia de impedir que los niños se conviertan en una suerte de “botín de guerra”, ya que esto vulnera ampliamente sus derechos. En casos tristes y lamentables como el de autos, los niños sufren la pérdida de ambas figuras parentales (una por fallecimiento y la otra por la privación de libertad), por lo que la situación de éstos ya es suficientemente compleja para que los adultos la agraven aún más.

Lo que llamó más nuestra atención fue que el equipo técnico consignó que nuestros defendidos no estaban en condiciones emocionales de declarar y que escucharlos en audiencia sería revictimizante.

Y en este punto nos detendremos especialmente, ya que fue clave para tutelar en forma los derechos de los pequeños. Sabido es que el contacto directo del defensor del niño con su defendido no sólo es un derecho de éstos, sino un deber del Defensor que a nuestro modo de ver es esencial.

En el caso planteado, más allá de lo consignado en el informe se trató por parte de una técnica de desalentar dicho contacto. Sin perjuicio de ello esta Defensa se mantuvo firme y se contactó con los niños en privado y sin la presencia de familiares. Además de informarles sobre nuestra participación y sus derechos se puso especial cuidado y atención en cuál era su interés en este caso y el fundamento del mismo. Afortunadamente se logró gran empatía con ambos, quienes nos manifestaron en dos ocasiones durante la extensa charla de que querían contar cómo estaban viviendo, si estaban bien o si querían cambiar

---

11 ETEC.

de domicilio. *Por ello, esta Defensa solicitó en forma fundada a la Sede que fueran escuchados, como efectivamente ocurrió, pese a la opinión contraria de los técnicos. Estimamos que esto fue un gran acierto para la correcta defensa de los derechos de los pequeños, quienes tienen derecho a que su voz sea escuchada.*

Deseamos consignar que oportunamente solicitamos que los niños fueran escuchados a través de Sala Gesell, pero se nos informó que no funcionaba correctamente.

Los niños en ninguna de las ocasiones, ni en la entrevista previa que se mantuvo, ni en audiencia, lloraron ni se quebraron emocionalmente ni pidieron para no hablar ni para retirarse, ni realizaron ningún gesto que denotara incomodidad. Esta Defensa había advertido a los niños que si no querían hablar en el curso de la audiencia o si se querían retirar lo podían hacer, pero no lo hicieron. El tiempo y experiencia de todos los operadores jurídicos en la materia llevó a que los pequeños pudieran ser escuchados como sujetos de derechos y con intereses bien distintos al de sus familias paterna y materna. Ambos niños manifestaron su voluntad de contar cómo estaban y no fueron revictimizados por expresarlo en audiencia. De hecho las partes acordaron que fuera esta Defensa la que interrogara en virtud del grado de empatía logrado con los niños y el ambiente de la audiencia fue de distensión y tranquilidad. De lo contrario nada se hubiera logrado.

Por otra parte es de resaltar que se pretendió ingresar al proceso con el carácter de “informes de autoridades privadas” lo que en realidad eran denuncias de la situación a abordar. Esto es, esos documentos fueron elaborados sin haber visto jamás a los niños. Otra vez, *para elaborar esos documentos los niños no fueron entrevistados, nadie los escuchó.* La única profesional tratante de nuestros defendidos desde el fatídico hecho, fue una psiquiatra infantil, quien aportó claridad y fundamento a la voluntad que los niños expresaron ante la Sede.

*Lo relevante es el análisis y la valoración que debemos realizar los abogados de los niños del cúmulo probatorio del expediente.* El informe de los técnicos del Poder Judicial no es vinculante para la Sede y tenía contradicciones con otras pruebas recabadas en el curso del proceso, además de no haber sido confeccionado por técnicos especializados en el área infantil, tal como fue destacado en la sentencia de primera instancia.

La situación era muy difícil para todos, pero más para nuestros defendidos, atento a su corta edad, a que en los hechos están involucrados sus padres y a que fueron testigos del homicidio; los niños carecen de los mecanismos de defensa propios de los adultos y



en estos procesos revisten la *calidad de parte*, una parte especial, pero son parte, no son terceros ni testigos, conforme lo analizaremos más adelante. Se trata de fallar sobre sus derechos y si se encuentran o no amparados por sus actuales tenedores. En este sentido se coincide con la posición sustentada por la colega Defensora Pública Dra. Gabriela Brunetto<sup>12</sup>, al afirmar: “El niño es parte, aunque la redacción del CNA no sea clara, ya que debe interpretarse la ley de acuerdo al espíritu de la Convención, visto que el objetivo del CNA fue adecuar la ley nacional a la Convención”.

Se consignó por los técnicos en el informe, que los niños poseen un nivel intelectual que se infiere clínicamente normal con un desempeño acorde, con un relato espontáneo y claro, lenguaje fluido. En cuanto al más grande se señala que su lenguaje es “rico en expresiones de contenido adultoforme”. Esto último no se evidenció en audiencia ni durante la extensa entrevista que se mantuvo con los niños, destacando la exponente un lenguaje muy rico en ambos niños y una gran expresividad no sólo a través de las palabras sino de sus gestos. Por último se consigna en el informe que los niños “manifiestan su voluntad de permanecer con los abuelos paternos pero que se considera que estarían en una situación de vulnerabilidad psico-emocional por la gran impregnación discursiva de los abuelos paternos”. Tampoco esto se evidenció en audiencia según se verá al momento de referirnos a las declaraciones de los niños. No puede soslayar esta defensa que en el informe de ETEC nada se consigna respecto de episodios de violencia verbal por parte de la abuela materna relatados en audiencia por los pequeños y por separado. Nada dice el informe, lo que llama la atención ya que era esperable que se consignara y se realizara una valoración de lo afirmado por los niños. Se pregunta esta Defensa por qué se debe creer que lo afirmado por los adultos es cierto y desacreditar lo que un niño cuenta espontáneamente.

Esto no debe suceder jamás, el niño es un sujeto de derechos y por el hecho de ser niño no se puede dejar de considerar su relato. De lo contrario nos cuestionamos para qué la ley prevé que se lo escuche en audiencia y se tome en cuenta su voluntad. Lógico resulta que luego esa voluntad se valore por los operadores jurídicos y en conjunto con la probanza aportada a la causa, pero debió consignarse en el informe de los técnicos lo narrado por los niños respecto de la violencia psicológica ejercida por la abuela materna, encontrándonos en un proceso por derechos vulnerados de los pequeños.

12 BRUNETTO FONTÁN, Gabriela, “Situación procesal de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de familia y rol de su defensor”, *LJU*, Tomo 136.



También debió analizar esta Defensa un *informe de policía científica*, atento a que la abuela materna denunció que al momento de visitar a sus nietos en casa de los abuelos paternos, habría detectado que en una tablet regalada por su progenitor, los pequeños tenían acceso a juegos violentos y páginas pornográficas. Ante esto la Sede ordenó la incautación del dispositivo y su pericia por parte de técnicos informáticos de Policía Científica. Del detallado informe se concluye que desde el 1º de febrero de 2017 a la fecha de incautación (9/2/2017) el equipo obtuvo acceso a imágenes pornográficas y juegos con contenido apto para personas de 17 años o más. Por tanto surgió probado que los niños pudieron tener acceso a páginas no aptas para su edad, debiendo la Sede adoptar medidas urgentes para cesar esta situación. Al manifestar los abuelos paternos “no saber de tablets”, lo que es probable a juicio de la exponente en el caso de adultos mayores, y estando facultada la Sra.

Jueza por los artículos 117 y siguientes del CNA se petitionó que atento a que la tablet se encontraba a disposición de la Sede, se dispusiera por parte de Policía Científica la desinstalación de todos los juegos de contenido inapropiado para menores de 7 y 10 años de edad, así como la eliminación de todo el material de contenido sexual que se hallare en dicha tablet, intimándose a los tenedores de nuestros patrocinados a que impidan el acceso de los mismos a páginas de internet inapropiadas, debiendo supervisar el acceso de los pequeños a internet, bajo apercibimiento legal.

Asimismo y para evitar situaciones similares, esta Defensa solicitó que se dispusiera que los niños no pudieran tener acceso a teléfonos celulares sin la supervisión de los adultos a cargo, debiendo observarse las directivas de los técnicos tratantes de los hermanos respecto de si es favorable a los mismos tener contacto inmediato con su padre y de ser así, en qué condiciones.

Sin perjuicio de no dejar de reconocer que son declaraciones de dos de las partes enfrentadas en este juicio, también esta Defensa consideró las declaraciones de abuelos paternos y abuela y tía maternas vertidas en audiencia. La mala relación entre las familias, con discursos culpabilizantes recíprocos, no podía influir en nuestros patrocinados y mucho menos atento a lo que los pequeños vivieron, por lo que en tutela de sus derechos se petitionó a la Sra. Jueza *intimara a los abuelos paternos a no obstaculizar las visitas de nuestros defendidos con la familia materna, debiendo las mismas desarrollarse libremente y en un ámbito fuera de la casa de los actuales tenedores. Al respecto esta Defensa estimó apropiado la fijación de un régimen de visitas provisorio a favor de los niños consistente en que éstos visiten a la abuela materna todos los fines de semana, pudiendo pernoctar con ésta y tener contacto con la familia materna sin ninguna*

*injerencia de la familia paterna, todo bajo legal aperebimiento. Además se solicitó a la Sede que para que la mala relación entre ambas familias no vulnerara más a nuestros defendidos, también se intimara a todos los abuelos a iniciar un tratamiento terapéutico para acompañar el duelo de sus nietos sin alterar la imagen de los progenitores de los mismos ni de ninguno de los familiares de éstos, debiendo acatar las indicaciones de los técnicos, acreditándolo en obrados. Asimismo los tenedores debían continuar con la asistencia psiquiátrica de nuestros patrocinados hasta su alta, debiendo realizar todas las consultas y cumplir con todas las derivaciones que les realicen los profesionales tratantes de los niños.*

El hecho más trascendente para esta Defensa, estuvo constituido por las *declaraciones de ambos niños*. Ya expresó la exponente la necesidad en cumplimiento de la ley de que los niños fueran escuchados por la Sede y el fundamento para ello. Cualquier operador con solo leer las declaraciones de los niños podrá notar el tenor y forma del interrogatorio y la espontaneidad de lo declarado por ambos. Se debe puntualizar que éstos fueron escuchados por separado y que coincidieron en que se encontraban bien viviendo con sus abuelos paternos, que habían vivido muchos años allí, por lo que uno de ellos mencionó “esto no cuenta como mudanza”. El otro niño refirió que esa casa es “donde viví y crecí”.

Estas palabras de los pequeños sirvieron a esa Defensa para interrogar en audiencia a la psiquiatra infantil tratante, quien manifestó que en situaciones como la vivida por estos chicos, lo lógico y esperable es que procuren la mayor estabilidad posible, y vivir en casa de sus abuelos paternos les daba esa estabilidad. La psiquiatra expresó “*Yo creo que lo esperable en los niños, en una situación de inestabilidad, es volver a lo estable, a lo conocido... Si yo estoy en un lugar y estoy más o menos bien, no quiero que nada más cambie, y más siendo un niño*”.

Por otra parte, los niños hicieron referencia a malos tratos verbales de su abuela materna mientras vivieron con ésta, las que les profería insultos degradantes. Uno de los pequeños expresó “Creo que es completa equivocación que yo me quede con mi abuela y visite a mis abuelos paternos. Puede ser que mi abuela haya cambiado, que esté mejor, pero prefiero quedarme con mis abuelos”. Esto evidenció una capacidad de reflexión y una inteligencia única en un niño que vivió semejante tragedia. Por eso una vez más cuestionamos enfáticamente a quienes afirmaron que nuestros patrocinados no estaban en condiciones de

declarar y a todos los que minimizan la declaración de un niño por el sólo hecho de ser niño.

Es más, nuestro defendido más pequeño refirió en audiencia que en la casa de su mamá tenía sus cosas, entre las que estaba una Xbox; esta Defensa le manifestó que la llevaría personalmente a la casa de la abuela materna si quisiera vivir con ésta, a lo que el niño espontáneamente respondió *“Si me llevan la Xbox y todas mis cosas a la casa de la abuela, igual no me interesa. No me interesan las cosas. Yo quiero vivir con mis abuelos (paternos) porque con ellos estoy bien”*. Llamó la atención de esta Defensa que el niño se mantuviera en su deseo de permanecer viviendo donde se encuentra, aún si tuviera en la casa de la abuela materna su juguete que él mismo menciona como su objeto preciado. *Esto lleva a pensar que el deseo del niño es genuino. Al igual que el deseo de su hermano, quien en su relato se cuestionó la posibilidad de que su abuela materna hubiera cambiado en el trato, sin insultarlos.*

Atento a lo antes expuesto, la exponente se preguntó en su escrito de defensa qué elementos objetivos surgen de autos para imputar como falsas las declaraciones de los niños. La respuesta es ninguno. Los pequeños fueron genuinos, demostraron razonar lo que se les preguntaba y además aceptar que es bueno para ellos el contacto con toda la familia y su atención con profesionales. En síntesis, pese al dolor por la situación, manifestaron una gran madurez.

Siendo conteste y coherente con la necesidad de estabilidad para mis patrocinados, fundándonos en lo sugerido por la psiquiatra infantil tratante *estimamos como imprescindible que a efectos de que no se viera vulnerado el derecho de los niños a tener contacto con sus compañeros de clase y cuerpo docente del colegio al que concurrieron en los dos últimos años, y con el fin de mantener la mayor estabilidad posible, se intimara a los tenedores a no cambiarlos de colegio mientras los técnicos tratantes de los niños no lo creyeran conveniente, todo bajo legal apercibimiento.*

En el caso de autos también se practicó un informe por asistente social en el domicilio de los abuelos paternos. Y esto porque la abuela materna denunció que en el predio de la casa de los abuelos paternos funcionaba una cantina no regularizada, donde se expendían bebidas alcohólicas.

Respecto de nuestros defendidos, manifiesta la Sra. Asistente Social que al momento de su visita se encontraban junto a su abuela paterna recibiendo asistencia técnica en el hospital, por lo que sólo pudo apreciar el inmueble y entrevistar al abuelo paterno. En cuanto a la existencia de una cantina dentro del predio asiento del inmueble, la cual se encuentra en funcionamiento desde que los niños vivían con sus padres en casa de los abuelos paternos, *estimó esta Defensa como imprescindible que no tuviera ningún tipo de conexión con la vivienda y que el comercio fuera regularizado a efectos de contar con todas las habilitaciones correspondientes, debiendo impedir los tenedores la concurrencia de los niños al comercio, intimándoselos en este sentido, bajo legal apercibimiento*. Se destaca que no surge de obrados que los niños tengan o hayan tenido acceso al negocio, pero la medida se solicitó por esta Defensa en protección de sus derechos.

En este análisis fueron remarcadas nuestras solicitudes a la Justicia en tanto Defensa de los pequeños porque afortunadamente todas fueron recogidas por el *Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia Especializada de 8vo. Turno*, a cargo de Dra. Iris Vega Otonello, en su fallo, Sentencia de Primera Instancia N° 235/2017 de fecha 15/2/2017, donde además ratificó la tenencia provisoria de nuestros defendidos a favor de sus abuelos paternos. Respecto de este fallo y siempre analizándolo en tanto abogada de los niños, se debe resaltar que la jueza dentro de la sentencia redactó un capítulo especial para nuestros defendidos, explicándoles en un lenguaje accesible a sus edades lo dispuesto en el caso concreto. Este tipo de apartados no suele verse en la jurisprudencia uruguaya por lo cual merece ser destacado, y fue de gran ayuda para la exponente en la comunicación del fallo a los pequeños.

El expediente fue remitido al *Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno*, el que luego de cinco meses de trámite confirmó la sentencia de primera instancia en *Sentencia N° 116/2017 de fecha 19/7/2017*, aceptando el Tribunal los fundamentos del fallo impugnado y resaltando, tal como lo hizo esta Defensa, que la vía para cambiar una tenencia es la del juicio de tenencia que debe ser tramitado, según la legislación uruguaya, ante los Juzgados de Familia común, con las garantías y plazos de ese tipo de procesos, y no con lo exiguo de los términos en la urgencia con que se trabaja en materia de derechos vulnerados.

Ahora bien, previo al análisis de la calidad de parte procesal de los niños, vale expresar

que desde el punto de vista de la práctica forense, la estrategia jurídica de la defensa de estos hermanitos fue eficaz porque frente al conflicto social entre los adultos llevados al plano jurídico, se priorizó la relevancia de cuál era el objeto del proceso, el sujeto principal, el interés superior de los pequeños y sus pretensiones, las que se distinguieron correctamente de las de los adultos familiares. También se priorizó el derecho del niño a ser escuchado, estableciéndose qué derechos eran vulnerados o amenazados y cómo protegerlos sin soslayar la voluntad y el respeto de la voz de nuestros pequeños defendidos. En definitiva, se mantuvo el debido equilibrio entre el derecho a la defensa de los niños y el deber del defensor de desplegar todas las estrategias para la efectiva defensa de la voz de éstos en el proceso.

Lo dicho tiene sentido y produjo favorables consecuencias jurídicas a los intereses de nuestros patrocinados pues fueron tratados efectivamente, y no simbólicamente, como partes procesales alineados en tal condición a los adultos por la sencilla razón de ser seres humanos con una autonomía progresiva que les permitió, de acuerdo a la evolución de sus facultades demostradas en sus declaraciones, ejercer sus derechos por sí y asistidos técnicamente.

La CDN implantó el nuevo paradigma de la autonomía progresiva, algo que es diferente a la autonomía plena del mundo de los adultos<sup>13</sup>. Pero no son excluyentes, pues la primera es la antesala de la segunda y esta última ha sido ideada por el jurista del Código Civil uruguayo para darle seguridad al tráfico jurídico a partir de una creencia de que cumplida cierta edad<sup>14</sup> se logra la capacidad de ejercer por sí los derechos que por la sola razón de ser humanos los tienen, son intrínsecos a la esencia humana y el derecho lo único que hace es reconocerlos. Si partimos desde la esencia de la naturaleza humana, los niños y los adultos son de igual manera personas, materia y emociones, son sujetos que piensan y sienten y recorren una vida de experiencias con la igualdad y libertad de elegir como vivirla. Toda decisión que se adopte en el plano jurídico respecto de una persona, sin importar la edad que tenga, genera efectos sobre sí mismo y muchas veces determina su destino. Por ello la defensa debe considerar a su defendido no sólo como un sujeto principal en el proceso del art. 117 del CNA al que se oye su opinión sino como una parte procesal con las mismas garantías procesales para ejercer sus derechos

13 Como sentido opuesto a niño, niña y adolescente. Es decir "mayor de edad", según nuestro Código Civil.

14 18 años.

que los adultos. Los niños no son incapaces sino capaces en forma progresiva. Sus progenitores o responsables legales son las personas encargadas legalmente de impartirles en consonancia con la evolución de sus facultades la dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención<sup>15</sup>.

En estos procesos, donde están en juego derechos personalísimos, no se debe subestimar la autonomía de la voluntad de los niños, pues ellos serán quienes sufrirán las consecuencias jurídicas de las decisiones que se adopten respecto de sus destinos. Sus deseos y sentimientos son el contenido de sus pretensiones y éstas, para que sean realmente consideradas, deben ser sometidas a un juicio de valor. Por ello no es suficiente con decir los niños son sujetos de derechos y son oídos, es mucho más que eso, deben ser tratados como partes procesales dentro de un debido proceso y para que exista éste es necesario que ejerzan su derecho de defensa en juicio. Su interés puede ser igual, distinto o contrapuesto al del adulto responsable de impartirle la dirección y orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos reconocidos en la CDN. Y de ello dependerá la morfología de la parte: coadyuvante, excluyente, asistente, etc. lo que desborda este análisis por la complejidad del abordaje del mismo. Mientras tanto insistiremos en que los niños son parte procesal y como tal encuadra en el orden jurídico de nuestro país. El art 32.1 del CGP refiere que pueden comparecer por sí en el proceso, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer. Y si nos preguntamos qué derechos se hicieron valer en este proceso, la respuesta es derechos que refieren a la persona<sup>16</sup> y no patrimoniales.

Es razonable entender que si lo que está en juego son derechos personalísimos y que las decisiones que se tomen repercutirán sobre la personas de estos niños ellos deben ser tomados en cuenta como la parte principal, fundamental de este proceso, porque los efectos jurídicos van dirigidos directamente a ellos e inciden en su destino más allá de las repercusiones “secundarias” en sus familiares que ostenten el cuidado de los mismos.

La Defensa en este caso ha tratado a sus defendidos como parte procesal con las mismas garantías procesales de los adultos, por ello se mantuvo firme en su actitud de conversar y escuchar a sus patrocinados, informarlos del proceso, de sus derechos, deberes y garantías

15 Conforme al art. 5 de la CDN, que sienta el Principio de la Autonomía Progresiva.

16 Personalísimos.

sin importar lo que le recomendaba el equipo técnico. Y fue muy pertinente su firmeza porque le permitió defender las voces de sus defendidos en el proceso, frente al juez que no es lo mismo que a través de un técnico porque las perspectivas a la hora de entrevistar a los niños son diferentes, entre un abogado y un psicólogo. Ambos aprenden en sus respectivas carreras a desentrañar cosas diferentes. Creo que un informe técnico nunca debe inhibir el derecho de los niños a expresarse ante su defensa. Y esta deberá tener experiencia y delicadeza con las preguntas que les formulará para no influenciar o guiar sus declaraciones. Afortunadamente la magistrada accedió a escucharlos y no simplemente oírlos, porque no hay forma de ejercer el derecho de defensa en juicio de nuestros patrocinados si no tenemos comunicación con ellos y si ellos no tienen derecho a que quien tomará decisiones sobre su destino los vea y los escuche<sup>17</sup>. Ellos luego de la entrevista privada con su defensa decidieron contar qué era lo adecuado en ese momento para su vida. Y del tenor de sus declaraciones surge claramente su espontaneidad. El uso del argumento de la revictimización nunca debe inhibir el derecho de los niños a que se expresen y defiendan su destino. Si no los escuchamos con la estrategia para su defensa en juicio, es simplemente oírlos y sacar conclusiones de sus dichos. Y eso no es un debido proceso.-

17 Es del caso precisar que nuestra norma refiere en el art. 8 del CNA al derecho de ser oído pero la dicente prefiere usar el término escuchar por su significado, pues imprime en este análisis una obligación de un juicio de valor por parte del magistrado. Y oír es sin obligación de juicio, como en cumplimiento de una formalidad.