

La tutela judicial de los derechos de los adolescentes estatuidos en el artículo 32 de la Convención Iberoamericana de los Jóvenes en el Uruguay

**Susana Falca¹
Fabián Piñeyro²**

Un caso paradigmático: El interés superior del niño en el derecho de familia

Introducción

La consagración en el ámbito normativo del nuevo paradigma respecto de la condición jurídica de las personas menores de edad ha determinado por una parte, el reconocimiento de la autonomía progresiva de éstos para ejercer sus derechos, y por otra, una reformulación del estatuto que regula la relación de los niños y adolescentes con sus padres y responsables, quienes dejaron de ser las personas a las que el ordenamiento jurídico le atribuía la facultad de ejercer legítimamente los derechos de que eran titulares sus hijos, para pasar a ser las personas primariamente obligados a orientar y guiar a su hijos en el ejercicio de sus derechos.

La referida reformulación nos impone la necesidad de abordar una reflexión respecto de cuáles son los instrumentos establecidos en el ordenamiento jurídico nacional a los efectos que los niños y adolescentes encuentren un amparo frente a la conductas vulneradoras de su derechos, derivadas de un uso ilegítimo de las facultades que les atribuye a sus padres o responsables el orden jurídico.

Con la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño quedó claramente establecido en el ámbito normativo que las facultades que se les atribuye a los padres y responsables, están fundadas en el cumplimiento de la función de orientación y guía. Cuando las referidas facultades son utilizadas con una finalidad diferente a la teleología referida, se configura un abuso de derecho en tanto se hace un uso indebido de éste.

¹ Susana Falca, Abogada, Maestranda, Diploma de Especialización en Derechos de Infancia y Políticas Públicas, Universidad de la República, Uruguay. Consultora de UNICEF

² Fabián Piñeyro, Procurador. Aspirante a profesor adscripto, Cátedra de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

La legislación adjetiva estructuró distintos ritos concebidos para dirimir diversos conflictos jurídicos que interesan a la relación de los niños y adolescentes con sus padres, pero ellos fueron estructurados como mecanismos para que estos últimos resuelvan sus diferencias entre sí. Entre otras, las originadas en el irracional disenso en el uso de sus facultades respecto de sus hijos.

Por su propia naturaleza, estos procesos no resultan adecuados medios de tutela de los derechos de los niños y adolescentes. Esta ineptitud de los instrumentos procesales tradicionales, nos traslada al campo de los nuevos medios de tutela inespecíficos denominados procesos de amparo.

Presentación de un caso paradigmático

Una adolescente de 16 años de edad, cuyos padres se encuentran divorciados, se ha visto imposibilitada de ejercer plenamente su derecho a viajar durante un lapso de cuatro años, por la negativa infundada y acérrima de su padre a conceder su autorización fuera del marco de un procedimiento de autorización de viaje. Ante esta situación, su madre se veía determinada a incoar el referido procedimiento, cada vez que se le presentaba a su hija la oportunidad de realizar un viaje fuera del país.

Una vez iniciada la correspondiente acción judicial, el padre comparecía allanándose a la pretensión formulada por la madre, delegando en la sede judicial la resolución del asunto y manifestando que era ésta la que debía asumir las responsabilidades del caso.

Debe precisarse que el referido procedimiento de autorización de viaje no tiene un tiempo determinado para su sustanciación y que el desarrollo del mismo está sujeto a eventualidades que operan como circunstancias aleatorias que no pueden ser objeto de una adecuada previsión por parte de quienes pretendan obtener la autorización para una fecha prefijada.

La idoneidad del referido procedimiento como instrumento de tutela del derecho a viajar de la adolescente, sumada a la necesidad de la adolescente de resolver en forma definitiva esta

situación que importara un estado de vulneración permanente a su derecho a viajar, indujo a su defensora a analizar otras vías jurisdiccionales a través de las cuales obtener la referida tuición de los derechos de su patrocinada.

Luego de un proceso de indagación en la normativa adjetiva aplicable se concluyó que la vía pertinente a tales efectos, era entablar una acción de amparo, que por su ritualidad y tiempos de tramitación resulta un medio sencillo, rápido y eficaz de tuición de los derechos. Lo que impuso la necesidad de construir un cuerpo argumentativo que sirviera de fundamentación a un accionamiento de amparo con el objeto referido, acción que no contaba con ningún antecedente jurisprudencial ni doctrinario en el país.

La estructura del proceso de amparo esta concebida para obtener con celeridad la protección de algún derecho fundamental vulnerado. Es un procedimiento de carácter mixto, una vez presentada la demanda escrita, la sede tiene el deber de convocar a una audiencia oral dentro de los tres días siguientes, debiendo dictar sentencia en la misma, pudiendo prorrogar el dictado del referido proveimiento únicamente en casos excepcionales por cuarenta y ocho horas.

Perfilada la admisibilidad de la referida acción de amparo del derecho a viajar de la adolescente, se entendió por parte de su patrocinante, que la mejor forma de instrumentalizar la tuición de ese derecho era solicitar a la sede que se sustituyera en la voluntad del padre en la firma del pasaporte y ofreciendo como cautela que el pasaporte quedara en poder de la sede, y ante cada oportunidad de viaje que se le presentara a la adolescente, aquella liberaría el referido documento.

La argumentación jurídica esgrimida para fundar el referido accionamiento.

En los párrafos siguientes se transcriben en su totalidad el conjunto de argumentos que fueran presentados en el escrito de proposición en la acción de amparo.

Capacidad para el ejercicio de actos procesales de las personas menores de edad en la legislación uruguaya.

En cumplimiento de parte de las obligaciones asumidas por el Estado uruguayo con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño y como desarrollo de algunas de sus disposiciones, en tanto instrumento de protección de derechos fundamentales inherentes a la personalidad humana, el legislador procedió a sancionar el Código de la Niñez y Adolescencia en cuyo artículo octavo se dispone que:

“Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

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

Del mero análisis exegético del texto legal, se puede concluir que con la sanción del Código se ha establecido como principio general el reconocimiento de la capacidad de los niños y adolescentes para estar en juicio; aserto que aparece relativizado por la referencia que se efectúa al grado de evolución y madurez de sus facultades. Esto último impone la necesidad de someter a un análisis lógico sistemático a la referida disposición que atienda, por una parte a los principios que la inspiran – el reconocimiento de la autonomía progresiva de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos- y por otra parte, ha de atenderse al contexto general de la ley, en la cual se reconoce a los adolescentes entre 13 y 18 años de edad su capacidad para ser parte de un proceso especial de naturaleza penal. Interpretado dentro de este marco la referida disposición ha de concluirse que la relativización que en ella se efectúa a la capacidad de ejercicio de actos procesales por parte de las personas menores de edad, está únicamente referida a las personas menores de 13 años de edad.

Contando la adolescente con 16 años de edad, tiene derecho a comparecer por sí, debidamente patrocinada por un profesional de su confianza ante la Sede a promover la acción que ampare sus derechos.

Determinación de la procedencia de una acción de amparo entablada a tales efectos en el orden jurídico uruguayo.

El reconocimiento normativo de los derechos subjetivos requiere para su plena efectividad práctica de la existencia de medios eficaces a través de los cuales, las personas que resulten vulneradas en el goce y ejercicio de sus derechos, encuentren medios idóneos para la protección y el amparo de éstos. So pena que los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico se transformen en una mera enunciación carente de efectividad.

La norma de derecho es desde el punto de vista ontológico un juicio del deber ser, un mandamiento por el cual se establece la conducta debida. Ello, en el ámbito de los derechos subjetivos fundamentales, se manifiesta en el deber universal que tienen todas las personas de abstenerse de realizar acciones u omisiones que perturben el goce y el ejercicio de los derechos del otro.

Es por esta naturaleza de lo jurídico que el derecho requiere de medios, de instrumentos sencillos, rápidos y eficaces, a través de los cuales lograr su efectiva protección.

Esto adquiere particular relevancia, cuando la amenaza de vulneración en sus derechos, se cierne sobre una persona menor de edad; especialmente cuando la acción vulneradora es ejecutada por quién está obligado primariamente a su protección.

El principio del Interés Superior del Niño consagrado normativamente en el artículo tercero de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo sexto del Código de la Niñez y Adolescencia³, impone la obligación de atender primordialmente el interés de la persona menor de edad, que no es otra cosa que la tutela en el goce y ejercicio de sus derechos.

Este principio está ordenado teleológicamente en el entendido de que un sujeto en desarrollo requiere de una protección prioritaria de sus derechos, en tanto cualquier

³ Ley 17. 823 del 14 de setiembre de 2004. A cuyo texto completo se puede acceder siguiendo este link <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17823&Anchor=>

afectación a su goce efectivo podría determinar un grave perjuicio al pleno desarrollo de su personalidad. Repercutiendo no solo en el presente, sino determinando negativamente en todo el curso de su periplo existencial.

Esta garantía de que son titulares todas las personas, de contar con recursos sencillos y eficaces para la protección de sus derechos, aparece recogido en el ordenamiento jurídico uruguayo con rango constitucional en el artículo 72 de la Carta Magna, el que reza que *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.”*

Disposición por la cual, a través de una cláusula abierta, se integran al orden jurídico del país, con rango y fuerza constitucional, todas aquellas disposiciones consagradas en los instrumentos jurídicos internacionales de protección de los derechos humanos.

En varios de ellos, se establece la obligación de cada Estado de establecer mecanismos sencillos, rápidos y eficaces para la tutela de los derechos de las personas, verbigracia:

a- El artículo octavo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa:

“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

b- El artículo 2.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos donde se preceptúa que *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

c- El Artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que *“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente*

Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

Este amplio elenco de preceptos de rango constitucional que consagran diversos mecanismos de garantía, concebidos como verdaderos derechos subjetivos, perfectos, han de ser desarrollados por el legislador, en atención a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución, en tanto dispone, que le corresponde a la ley establecer el orden y las formalidades de los juicios.

En este aspecto cabe precisar que, la omisión de éste en dar adecuado orden procesal a las referidas garantías, no obsta a la efectividad de las mismas por imperio del artículo 332 de la Constitución. En caso, que las referidas garantías no cuenten para su plena efectivización con las correspondientes disposiciones de orden procesal de rango legal *“No dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.”*

Con la sanción de la ley N° 16.011 del 19 de diciembre de 1988⁴ el legislador vino a dar parcial cumplimiento a su obligación de establecer un mecanismo procesal para la efectivización de algunas de las garantías constitucionales; sin que esto pueda interpretarse en el sentido de que solo encuentran plena aplicabilidad aquellas garantías que cuentan con un orden procesal específico para su sustanciación. De ninguna forma esta pudo haber sido la intención del legislador.

En un sistema jurídico como el de la República Oriental del Uruguay, en el cual, el poder normativo de modificar el texto constitucional radica en la Nación, expresada a través de su órgano Cuerpo Electoral, por imperio de lo dispuesto por el artículo cuarto de la Constitución⁵, el legislador ha de desarrollar su actividad dentro del marco de lo establecido por ésta y no está facultado para modificarla en ningún aspecto ni aun por vía interpretativa.

⁴ a cuyo texto completo se puede acceder a través del siguiente link:
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16011&Anchor=>

⁵ *“La soberanía en toda su plenitud existe radicalmente en la Nación, a la que compete el derecho exclusivo de establecer sus leyes, del modo que más adelante se expresará.”*

Por ello, el elenco de garantías con las que cuentan los habitantes de la República para la protección de sus derechos, no se agota en las hipótesis contempladas en las leyes procesales sancionadas al respecto, sino que incluye otros que se derivan de los instrumentos internacionales con rango constitucional, para cuya efectivización en el plano procesal, debe recurrirse a las leyes análogas y demás instrumentos de integración del derecho previstos en el referido artículo 332 de la Carta Magna.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia vino a ampliar el elenco de garantías que cuenta con vías procesales específicas para su sustanciación, en tanto estableció la presunción de la ineficacia de los demás medios de protección, inciso 3° del Artículo 195, *“Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces.”*. Con lo cual dio forma a un proceso de amparo especial, con una regulación más flexible en cuanto a los requisitos de admisibilidad que el que estableciera la ley N° 16011 y ello en atención al plus de protección que requieren los derechos de las personas menores de edad.

Naturaleza de los derechos que se pretenden amparar y rango constitucional de los mismos.

La Convención sobre los Derechos del Niño vino a reconocer normativamente la condición jurídica de sujetos de derechos de las personas menores de edad, que de forma creciente van adquiriendo mayor autonomía en el ejercicio de sus derechos. El reconocimiento de estos derechos importa una manifestación del principio del respeto a la dignidad de la personalidad humana, principio fundante de todo el sistema de protección internacional de los derechos humanos y fundamento esencial de la organización institucional de la República, como lo preceptúa el artículo 72 de la Carta Magna.

Como expresión de los referidos principios y derechos, la Convención Iberoamericana de los Jóvenes- aplicable a las personas entre 15 y 24 años de edad- estableció en su

Artículo 32, el derecho de éstos *“a la recreación y al tiempo libre, a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, como mecanismo para promover el intercambio cultural educativo, vivencial y lúdico, a fin de alcanzar el conocimiento mutuo y e respeto a la diversidad cultural y a la solidaridad. 2. Los Estados Parte se comprometen a implementar políticas y programas que promuevan el ejercicio de estos derechos y a adoptar medidas que faciliten el libre tránsito de los jóvenes entre sus países.”*

Surge sin hesitación alguna, del mero análisis exegético gramatical, de la disposición que la misma está, por una parte, consagrando el derecho de los jóvenes a viajar y a conocer otras comunidades en los ámbitos nacional, regional e internacional, como mecanismo para promover el intercambio cultural educativo, vivencial y lúdico.

Por otra parte, está estableciendo la obligación positiva del Estado de adoptar todas las medidas tendientes a asegurar el libre tránsito de los jóvenes de la región. Lo que es un claro mandamiento a los Estados a que establezcan instrumentos jurídicos adecuados para la protección de estos derechos. Así como la obligación de elaborar planes y programas que permitan a todos los jóvenes ejercer estos derechos, sociales y culturales, promoviendo el intercambio entre los jóvenes de sus respectivos países, lo que compromete a los estados a disponer de los medios necesarios para que el ejercicio de estos no quede restringido a aquellos sectores que cuenten con recursos propios para hacerlo, sino que su goce esté universalmente garantizado.

En la referida Convención, se profundiza el principio de la autonomía progresiva consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho a viajar es el reconocimiento del derecho de los jóvenes a la participación activa en la vida social en el seno de sus respectivos países y fuera de éstos, posibilitando el conocimiento de otras formas de organización social y cultural, habilitando el intercambio con otros jóvenes, enriqueciendo su acervo intelectual y – en definitiva- el de la comunidad más cercana en la que están insertos (amigos, compañeros de estudio, familiares, etc.), lo cual redundará en un impacto positivo en la comunidad en general y en suma, está contribuyendo a la promoción de una cultura de paz, libertad y hermandad.

De alguna forma, ya en anteriores instrumentos jurídicos internacionales, se había expresado que las personas menores de edad adquieren en algún momento de su desarrollo psico-social, la autonomía suficiente para decidir por sí algunas cuestiones que directamente afecten su vida, como por ejemplo elegir el domicilio donde residir. Esta solución se consagró en la Convención Sobre Los Aspectos Civiles De La Sustracción Internacional De Menores aprobada en La Haya, ratificada por el Parlamento uruguayo, por Ley 17.109 de 12 de mayo de 1999.

Esta Convención estableció un mecanismo para la restitución internacional de las personas menores de edad, en su artículo 4 se preceptúa que *“El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El Convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de 16 años.”*

Con esta solución, la comunidad internacional y por consiguiente los Estados que la conforman, vinieron implícitamente a reconocer a las personas mayores de 16 años su derecho a elegir libremente su lugar de residencia.

Atendiendo a que esta Convención vino a regular restituciones de menores de edad que se encuentran en un país diferente del padre o madre reclamante, se está reconociendo el derecho de los jóvenes mayores de 16 años a decidir libremente el derecho a elegir cual será el país de su residencia y por ende implícitamente se le reconoce el derecho de viajar entre los distintos países. Por aplicación del viejo aforismo “de quien puede lo más puede lo menos” se puede concluir que esta Convención ha venido a reconocer a las personas mayores de 16 años de edad, el derecho a viajar libremente por el mundo, sin que para esto sea necesaria la concurrencia de la voluntad de ninguna otra persona.

Estos derechos recogidos normativamente en los recién mencionados instrumentos internacionales, están referidos a la protección de la dignidad de la persona humana. Porque importan un reconocimiento de la condición jurídica de sujetos de derechos de los jóvenes,

que consagran el pleno ejercicio de su libertad personal. Por lo cual, estos derechos son inherentes a la protección de la personalidad humana, ingresando directamente con rango constitucional al ordenamiento jurídico del país.

El elenco de derechos constitucionalmente tutelados no se agota con los que la Constitución uruguaya enuncia explícitamente, sino que éste se integra además con todos aquellos derechos implícitamente recogidos en el artículo 72 del texto constitucional.

Para la tutela de todos estos derechos, el legislador vino a estructurar la denominada acción de amparo.

Ante el eventual conflicto jurídico que una acción de amparo de esta naturaleza origine entre los derechos de los padres o responsables y los derechos de un adolescente, deberá atenderse a que la Convención sobre los Derechos del Niño establece una especial tutela al Interés Superior del Niño que no es otra cosa que la satisfacción de sus derechos, en el sentido que bien explicita el Prof. Miguel Cillero⁶ cuando expresa que este principio “es una garantía para la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos” Y en caso de conflicto de derechos, deberá atenderse prioritariamente al interés del niño. Esto es así, “(...) no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”

Este principio – el del interés superior del niño- se encuentra consagrado normativamente en el artículo sexto del Código de la Niñez y de la Adolescencia, donde se lo define como *“el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.”*

⁶ Cillero Bruñol, Miguel “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” Justicia y Derechos del Niño, Tomo 9, UNICEF, Santiago de Chile, noviembre de 2007.

Operando entonces, como un límite a las potestades de intervención en la vida de los niños y adolescentes que posee el Estado, la comunidad y la familia.

Elementos configuradores de la procedencia de una acción de amparo en el ordenamiento jurídico uruguayo.

Resulta jurídicamente procedente, encausar un accionamiento dirigido a tutelar el referido derecho por los marcos del proceso especial de amparo estatuido en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

a- Abuso de derecho en el ámbito de los poderes de guarda. (Configuración de una conducta manifiestamente ilegítima)

Con la aprobación por parte de las Naciones Unidas de la Convención sobre los Derechos del Niño se operó una modificación sustantiva en la naturaleza ontológica del instituto de la patria potestad y en las orientaciones teleológicas sobre las que se funda el elenco de poderes deberes que el referido estatuto atribuye a los padres o responsables.

La condición jurídica de los niños y adolescentes como sujetos de derechos es el fundamento de esta reformulación; la Convención sobre los Derechos del Niño vino a establecer un nuevo orden de relacionamiento entre los niños y los adultos en general, y en especial con la familia, la comunidad y el Estado.

En este marco, el elenco de derechos y deberes que pautaban la relación de sumisión de los hijos con sus padres, ha sido sustancialmente modificado; los padres ya no tienen la potestad de ejercer en nombre de sus hijos, los derechos de los que estos son titulares. Sino que ahora tienen el deber primordial de orientar y guiar a sus hijos en el ejercicio de sus derechos, tal como lo establece el artículo quinto de la Convención: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*

Este artículo quinto, debe interpretarse armoniosa y sistemáticamente con lo dispuesto en el artículo 18 de la misma Convención, que luego de reconocer el derecho y el deber de los padres a la crianza y educación de sus hijos, así como la obligación del Estado de garantizarlo y apoyarlos, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño: *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”*

Como bien expresa el Profesor Miguel Cillero, en la obra *ut supra* referida, “al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.”

Cuando uno de los padres se niega a otorgar la autorización para que uno de sus hijos emprenda un viaje al exterior del país sin esgrimir argumento racional alguno que sustente su negativa, está efectuando un ejercicio de poder ilegítimo por su parte, reñido con los principios estructurantes de la nueva configuración del estatuto que regula la relación entre hijos y padres.

En tanto, los poderes o las potestades que a éstos les otorga el ordenamiento jurídico están necesaria y racionalmente fundados y sujetos al cumplimiento de ciertas funciones. Estas potestades se le otorgan para que los padres contribuyan al pleno desarrollo de sus hijos. Cualquier ejercicio de las mismas que no esté en consonancia con esa finalidad, deviene ilegítimo.

b- Ineptitud de los demás instrumentos procesales de tutela

Cabe reiterar que el artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia en su inciso tercero dispone, que se presume, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces.

Corresponde efectuar -por estar vinculada a la temática que se viene desarrollando- algunas puntualizaciones respecto del denominado proceso de autorización de viaje, regulado en el artículo 191 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia.

Este opera como un mecanismo de protección de los poderes – deberes que a los padres les atribuye el instituto de la patria potestad. Cuando se presenta un disenso entre los padres respecto a otorgar o no la autorización para viajar a uno de sus hijos, se pone en manos de la justicia la dilucidación del conflicto. Como surge de la naturaleza que la ley le otorgara a estos procedimientos, la finalidad del mismo es tutelar el ejercicio de los derechos que la patria potestad les atribuye a los padres respecto de sus hijos.

No es objeto del referido proceso de autorización de viaje, amparar, tutelar los derechos que las personas menores de edad son titulares, a viajar, a conocer otros pueblos y culturas, y al ejercicio de su autonomía personal. Tutela que sí puede ser el objeto de una acción de amparo.

De esto se desprende que la única forma efectiva de tutelar esos derechos en sea una acción de amparo. Porque en el marco de dicho rito procesal- por su misma estructura y por las mismas potestades de las que están investidos los magistrados para resolver los accionamientos que se promuevan por esta vía- reúne los requisitos constitucionales y convencionales constituyéndose en un recurso sencillo, eficaz y rápido al que las personas tienen derecho de acceder.

Corresponde precisar que la Ley 16.011, que estructura el proceso de amparo, dispone que para la protección de los derechos a amparar, el Magistrado podrá disponer aquella medida que entienda que de manera más eficaz cumpla con la tuición del derecho. En tanto,

elípticamente le otorga amplísimas potestades al respecto. Disponiendo en su Artículo 9º literal B, que *“La sentencia que haga lugar al amparo deberá contener: La determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si es que correspondiere fijarlo”*

Distintos instrumentos internacionales suscriptos por el Estado uruguayo lo obligan a facilitar a las personas medios eficaces para que estas obtengan protección y amparo a sus derechos, ante lo cual, ha de admitirse, necesariamente, la formulación de este tipo de accionamiento dirigido a la tutela de ejercer el derecho a viajar, so pena de estar incumpliendo con las referidas obligaciones internacionales asumidas por el país¹.

Ante lo cual el demandado alegó:

Que entendía improcedente el accionamiento en tanto no estaban configurados – en la hipótesis- todos los elementos que la normativa adjetiva que regula el denominado procedimiento de amparo requiere para admitir una acción de esta naturaleza.

Sostuvo el demandado que existe en el ordenamiento jurídico uruguayo una vía procesal específica para la sustanciación de un litigio de esta naturaleza.

A su criterio, esa vía es el denominado proceso de autorización de viaje estatuido en el artículo 193 y siguientes del Código de la Niñez y de la Adolescencia. Entendiendo entonces que el accionamiento planteado era inadmisibile, en tanto no se daba cumplimiento a uno de los requisitos de admisibilidad previstos en la ley 16.011, la inexistencia de un medio idóneo.

Soslayando – de esta forma- el análisis de las disposiciones de carácter constitucional en las que se establece de forma genérica la admisibilidad de todas las garantías que resulten inherentes a la dignidad humana y se derivan de la forma republicana de gobierno, en las que se fundara la argumentación esgrimida por la actora en referencia a la admisibilidad procesal de la acción.

Resolución judicial del caso.

El fallo recaído en esta causa, es de naturaleza inédita en el Uruguay y tiene el mérito de ser el primer proveimiento judicial por el cual se tuteló a través de una acción de amparo – en forma definitiva hasta el cumplimiento de la mayoría de edad - el derecho a viajar de una adolescente como manifestación del ejercicio de su libertad personal, frente a una acción vulneradora derivada de un uso ilegítimo en los poderes deberes inherentes a la patria potestad por parte de uno de sus padres.

Ingresando en el análisis detallado de la sentencia, en su aspecto más formal debe precisarse que no se realizó un adecuado resumen de la argumentación jurídica formulado en el escrito de proposición. Efectuando una equivocada apreciación respecto de la traducción jurídica que del problema fáctico se realiza. Centrando el meollo del asunto en un aspecto que no constituye la sustancia del asunto, esto es, la tutela en el ejercicio del derecho a la libertad personal de la adolescente, una de cuyas manifestaciones es el derecho a viajar. Confundiendo la distinta naturaleza ontológica que poseen, por un lado los derechos subjetivos y por otro los principios jurídicos.

En lo que hace referencia a la apreciación de los aspectos procesales de la acción ha de consignarse que el Magistrado admitió la comparecencia personal de la adolescente, reconociendo su capacidad para ejercer por sí misma todos los actos inherentes al proceso. Fundando dicho criterio en lo dispuesto por el artículo octavo del Código de la Niñez y de la Adolescencia del país.

Desprendiéndose del análisis de los siguientes considerandos de la sentencia que, a su juicio, resultaron en la hipótesis configurados los requisitos de admisibilidad de la acción de amparo previstos en la ley 16.011.

Reconociendo implícitamente la inidoneidad del denominado proceso de autorización de viaje previsto en el artículo 193 del mencionado Código, como instrumento de tutela del derecho para cuya protección definitiva se promovió la acción.

Admitiendo de forma tácita que el comportamiento del padre de la adolescente que importó un uso ilegítimo de los poderes deberes de la patria potestad merece la calificación jurídica de conducta manifiestamente ilegítima.

La admisión del referido accionamiento por parte de la sede, implica reconocer el rango constitucional del derecho objeto del amparo en tanto éste es uno de los requisitos legales de admisibilidad del mismo.

Reconociendo el valor que este fallo posee, no se puede soslayar que el mismo luce graves deficiencias de carácter técnico jurídico. El aspecto más criticable de la sentencia, es la ausencia de una adecuada fundamentación jurídica de su parte dispositiva.

En efecto, la sentenciante no hace referencia alguna a la naturaleza constitucional del procedimiento de amparo como instrumento de garantía inherente a la dignidad humana y a la forma republicana de gobierno.

No formula consideración alguna respecto de la legitimación sustantiva de la actora en el derecho objeto del accionamiento. Debiendo haberse expedido sobre la procedencia de la interpretación efectuada por la actora del artículo 72 de la Constitución de la República, del artículo 25 de la Convención Americana y del artículo 4º de la Convención Internacional de la restitución de menores.

No abordando además el análisis concreto de la determinación de la titularidad de la actora de su derecho a viajar como expresión del derecho a la libertad personal.

Respecto del fondo del asunto, decide acoger parcialmente el amparo solicitado, disponiendo sustituirse en la voluntad del padre para autorizar a la actora hasta el cumplimiento de su mayoría de edad a realizar viajes a un elenco de destinos que enunció taxativamente en la sentencia: Argentina, Brasil y Chile.

Estableciendo un límite al ejercicio del derecho a viajar, como expresión de el derecho a la libertad personal, sin fundamentar dicha limitación. Este es el aspecto más cuestionable de la referida providencia, en tanto se está limitando el pleno ejercicio de un derecho tutelado en la Constitución de la Republica, que lo tiene como uno de los pilares fundamentales de la organización institucional del estado uruguayo. Derecho que – además- integra el ius cogens, en tanto su consagración normativa es un componente esencial del acervo jurídico de la humanidad.

Este derecho, sólo puede ser limitado ante excepcionalísimas circunstancias, las que sólo pueden derivarse del texto expreso de la ley, como lo preceptúa el artículo 10 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay y en diversos instrumentos de los sistemas de protección internacional y regional de los derechos humanos.

A pesar de las consideraciones que se vienen de efectuar de estricto carácter teórico jurídico, la actora se dio por satisfecha con la referida providencia, entendiendo que se tutelaba aunque de manera restringida su derecho a viajar, por lo que la misma no fue objeto de impugnación. A su respecto únicamente se formularon recursos de aclaración y de ampliación con el objetivo de determinar claramente algunos aspectos dudosos del fallo. Habiendo consentido el demandado la referida providencia, quedando ésta ejecutoriada.

Reproducción textual de la sentencia número 4355/2009 de fecha 6 de octubre de 2009.

“Jdo. Ldo. de Ira. Instancia de Familia de 4to. turno.

Montevideo, 6 de octubre de 2009.

Vistos y Considerando:

1) Del libelo introductorio se desprende que el día 29 de setiembre de 2009 se presentó la adolescente AA, a fin de deducir acción de amparo en cuanto al ejercicio de su derecho a la libertad personal, a viajar, a conocer otras comunidades, tanto regional como internacionalmente.

El destinatario de tal accionamiento es su padre, el Sr. XX.

Alude a la dificultad que entre los años 2006 y 2008 ha tenido para obtener la autorización para viajar de parte de su padre, quien se opone a otorgar la misma fuera del ámbito judicial. Lo expuesto surge de los diversos expedientes tramitados en la presente sede, durante los años mencionados.

En más de una oportunidad su padre ha manifestado su voluntad de que sea la sede quien resuelva esta situación.

En cuanto a la última autorización solicitada, atento a la fecha a partir de la cual la misma finalmente se concedió y dado sus compromisos curriculares, se frustró la oportunidad de viajar junto a su familia.

Desde muy temprana edad, en tiempos en que sus padres aún se encontraban unidos en matrimonio adquirió el hábito de realizar viajes al exterior, contando a tal fin con un pasaporte personal.

Durante este año y fuera del ámbito judicial, en múltiples oportunidades con tiempo suficiente, planteó a su padre, el deseo de viajar a la ciudad de Buenos Aires, durante las vacaciones y en compañía de su madre.

Consecuencia de ello, su padre, en “términos juramentales” y consignándolo en escrito y bajo su firma, llegó a conceder la autorización requerida esta vez sin trámite judicial.

En base a ello organizó su viaje, pero, finalmente, el Sr. XX, la sorprendió al negarse a realizar los trámites pertinentes ante la Dirección Nacional de Migraciones. No hubo posibilidad de que su madre iniciara a tiempo el trámite judicial correspondiente.

A fin de que sus derechos no se vulneren por parte de su padre, ha iniciado la presente acción.

En lo medular, en cuanto al derecho en que fundamenta su actividad procesal, afirma que el interés superior del niño, consagrado en nuestro CNA y en la Convención sobre los Derechos del Niño, impone atender primordialmente el interés de la persona menor de edad, o sea, tutelar el goce y ejercicio de los derechos de aquella.

Cualquier afectación al goce efectivo de sus prerrogativas, tratándose de un sujeto en desarrollo podría determinar un grave perjuicio a su personalidad. Y ello repercutirá negativamente no solo en el presente sino a lo largo de toda su vida.

La conducta asumida por su padre resulta ilegítima ya que incumple con los deberes de la patria potestad. Su negativa sistemática en cuanto a otorgarle la autorización para viajar,

implica desconocer sus derechos, y por ende un incumplimiento a sus deberes de orientarla y guiarla.

Su padre carece de razones que sustenten su negativa.

Por otra parte, su actitud, determina que debe iniciarse un proceso judicial, pese a que cuando al mismo se allana a lo solicitado por su parte, delegando en la sede la potestad que esta ya tiene de resolver la situación.

No existe otra vía procesal idónea para hacer valer sus derechos. La acción de autorización de viaje se utiliza cuando no existe acuerdo entre sus padres respecto a otorgarla o no.

La autorización de viaje, no ampara los derechos inherentes a las personas menores de edad, relativos a viajar a conocer otros pueblos y culturas.

Justifica su comparecencia al amparo de lo editado por el artículo 8 del CNA.

En cuanto a la medida de amparo solicitada, en concreto, expresa que la que más eficazmente la ampararía en el ejercicio de sus derechos, es que la sede se supla en la voluntad de su padre en el otorgamiento del pasaporte. Consecuentemente, en el petitorio número tres, AA reitera lo antedicho, solicitando se oficie en consecuencia.

Cabe destacar que en audiencia la patrocinante de la adolescente agregó que con respecto al petitorio 3, y a modo de garantía para la sede y de garantía para el Sr. XX, ofrece que, de acogerse el amparo, el pasaporte que vaya a expedirse quede depositado en la sede. Así mismo, manifestó que a modo de instrumentar los respectivos viajes que se puedan realizar desde el momento actual y hasta que AA adquiera la mayoría de edad, en cada oportunidad, se presentará al oficio la respectiva solicitud de autorización de viaje, interviniendo el Ministerio Público, obligándose que al retorno de aquella al país, tal hecho sea acreditado ante la sede.

2) Por decreto 4230, tomándose en cuenta por el artículo 6 de la ley 16.011, se convocó a audiencia a AA, su defensora, sus padres y el Ministerio Público, la que se celebró de fojas 27 a 30 vuelta. En tal oportunidad todos los convocados tuvieron la posibilidad de expresarse y poner de manifiesto sus opiniones en cuanto al presente accionamiento.

Debe tomarse en cuenta que el Sr. XX sostuvo “si AA pasa de año que vaya a donde quiera, aunque le queden exámenes. Es mi voluntad unilateral. Estoy de acuerdo – si pasa de año en que viaje adonde quiera, de aquí a marzo del 2010, o sea, hasta que comiencen

las clases, y como estímulo a su esfuerzo, esto no requiere una nueva intervención de mi parte, dándose las condiciones mencionadas precedentemente, desde ya autorizo a la sede que oficie a donde corresponda a efectos de que AA pueda viajar a donde guste”.

3) El Ministerio público, cuyo representante solicitó el pasaje en vista de estas actuaciones al despacho respectivo, puso de manifiesto su posición, como surge de fojas 32 y 32 vuelto. En lo medular, y desde un punto de vista sustancial bregó por un acogimiento parcial de la acción de amparo, concretamente, consideró que debe autorizarse a AA a viajar en compañía de su madre o familiar, en el período comprendido entre la notificación de la sentencia de primera instancia y el inicio de clases en el año 2010, exclusivamente a Argentina, Brasil y Chile, debiendo comunicar a la sede con antelación suficiente la realización del viaje y sus detalles, a los efectos de poner en conocimiento del padre dichos extremos, dejando librado al criterio de la sede la reserva de determinada información así como la cautela que la situación amerite, con la única finalidad de proteger la salud psicoemocional de la adolescente, y asegurar el desarrollo del viaje en condiciones normales, acreditándose mediante documentación el retorno de la menor al país.

“ 4) Desde un punto de vista formal:

En primer término se observa que el tracto procesal relativo a estas actuaciones, ha sido correcto. Dentro de ello, obviamente se encuentra la comparecencia de AA (la adolescente), al amparo de lo que establece el artículo 8 del CNA.

5) Desde un punto de vista sustancial:

5.1) Se toma en cuenta la aclaración, ya transcripta, vertida en audiencia por parte de la defensora de la adolescente respecto del petitorio N° 3.

5. II) Por otra parte, se tienen también en consideración los extremos, ya aludidos y puestos de manifiestos por el Sr XX en cuanto a las condiciones en que autoriza a que AA viaje al exterior.

5. III) Teniendo a la vista los expedientes de autorización de viaje, iniciados por la madre de AA contra XX, (siguen números de expedientes), se observa que pese a iniciarse el trámite judicial finalmente no es la Sede quien resuelve las autorizaciones, sino que la misma tiene presente el acuerdo del Sr. XX con la madre de AA, en cuanto a permitir a que AA viaje al exterior. O sea, finalmente el Sr. XX termina autorizando a su hija AA a viajar, lo que no hace extrajudicialmente sino dentro del ámbito judicial.

Conducta similar se observa en el subexámine, donde el padre de AA y a priori, ya que autoriza a aquella a que viaje, condicionada a que pase de año.

Lo expuesto pone de manifiesto lo afirmado por AA en su escrito inicial, concretamente que, cada vez que tiene la oportunidad de realizar un viaje, su padre adopta una actitud negativa, que la mortifica, angustia, sumiéndola en la zozobra, para luego, terminar accediendo en esta sede.

Parecería que dicho proceder obedece más a una actitud contumaz de parte del Sr. XX, dotada de cierta incoherencia, y quizás con apariencia manipuladora (sin perjuicio de que toda ello pueda ser inintencionado).

Por tanto se estima atendible el reclamo de AA, aunque de modo parcial.

En efecto, una cosa no quita la otra. Lo precedentemente afirmado en cuanto el proceder de XX no quita que éste, en el ejercicio de la patria potestad, pretenda que su hija mejore en sus estudios y que aprenda en el esfuerzo, generalmente, tiene una compensación. Ello parece una lección de vida elemental.

Como contrapartida, AA tiene ciertos deberes, los que, por más obvios que resulten, surgen detallados en el artículo 5 de nuestro CNA.

6) Por lo considerado se resuelve acoger parcialmente la acción de amparo incoada por AA, por lo que cada vez que la misma pretenda viajar, en compañía de su madre, padre u otro familiar directo, en el período que desde la actualidad hasta que cumpla la mayoría de edad y a los destinos establecidos por el ministerio público, Argentina, Brasil y Chile, deberá presentarse ante la sede, con antelación suficiente, justificando todos los detalles inherentes al viaje y aquellos que el juzgado le requiera. Por tanto, será el oficio con intervención del Ministerio público, quien, sustituyendo al Sr. XX le dará o no la autorización correspondiente. Ello, obviamente, sin perjuicio de lo que el padre ya manifestó a autorizar como surge de la audiencia realizada fojas 27 a 31.

En su momento, de cada autorización solicitada por AA y de cada resolución que recaiga, se notificará personalmente al padre de la adolescente.

Cada vez que la sede llegue a otorgar a AA autorización para viajar, de acuerdo a lo precedente, deberá acreditar su retorno al país, del modo y en el término que se le requiera por aquella.

Notifique personalmente a los integrantes del presente proceso, incluyendo al Ministerio Público. Ejecutoriada, archívese.

¹ Bibliografía.

Bazán, Víctor. “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción. Sus perspectivas protectorias en el ámbito interno e interamericano.” Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Tomo 1 año 11. Ediciones Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, Uruguay. 2005.

Biasco Marino, Emilio. “El amparo general en el Uruguay. Una garantía constitucional para la protección en el goce de los bienes jurídicos.” Asociación de Escribanos del Uruguay. Montevideo, Uruguay, 1998

Cillero Bruñol, Miguel “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” Justicia y Derechos del Niño, Tomo 9, UNICEF, Santiago de Chile, noviembre de 2007.

Fix-Zamudio, Héctor- Ferrer Mac-Gregor Eduardo, (coordinadores). “El derecho de Amparo en el Mundo”. Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa, México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung. México 2006.

Grote, Rainer. “Limitación para la ley en regulación de los derechos humanos en el derecho europeo.” Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano, Tomo 1. Ediciones Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, Uruguay. 2003.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. “Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, setiembre de 1988