

LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA Y EN LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Silvia Beatriz López Safi¹

1. Preliminar

A nadie escapa la importancia atribuida a los principios jurídicos y su aplicación en los diversos campos del Derecho, plausible tarea, propia de la técnica jurídica y de la judicial.

El propósito de este trabajo es circunscribir nuestro estudio a la aplicación de dichos principios exclusivamente en el ámbito de la Jurisdicción de Familia y en el de la Jurisdicción Especializada de la Niñez y la Adolescencia, para lo cual haremos referencia a los más significativos atendiendo a las funciones que les son propias, así como a las opiniones contenidas en doctrina y jurisprudencia, en cuanto a su concepción y eficacia.

2. Aproximaciones conceptuales

El intento de establecer una conceptualización de los principios nos enfrenta con la tradicional pugna sostenida por iusnaturalistas y positivistas, atendiendo al distinto fundamento de validez que cada uno atribuye a los principios. Así para los primeros, es indiscutible la existencia de tales principios aun cuando los mismos no estén reconocidos en el derecho positivo vigente, por estar fundados en la misma naturaleza humana. Sin embargo para

¹ Abogada, Notaria y Escribana Pública. Doctoranda por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (España). Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción, de la Universidad Americana y de la Escuela Judicial. Correo-e: sillop7@tigo.com.py

los segundos, es preciso que tales principios se hallen inmersos en el sistema de normas jurídicas creadas por el hombre, como reglas de conducta efectivamente impuestas por el poder social que les da fuerza vinculatoria.

No obstante para los adeptos de cualquiera de las corrientes se halla la posibilidad de aplicarlos en mayor o en menor medida, al momento en que se intenta solucionar el caso particular o concreto sometido a análisis.

Variará la técnica conforme se cuente o no con una norma jurídica clara que permita realizar la tarea de subsunción y resuelva la problemática expuesta en ella. Efectivamente ante la inexistencia de regla jurídica en tal sentido, surgirá la posibilidad de realizar la actividad técnica de integración de la ley, acudiendo a la analogía jurídica o aplicación analógica (integración interna), como procedimiento comparativo que tiende a descubrir dentro del ordenamiento jurídico estructurado, la norma aplicable a un supuesto imprevisto que guarda íntima semejanza con el supuesto legislado. En última instancia se recurrirá a la integración externa de la ley, con los principios generales del derecho, como verdades jurídicas de validez universal que sirven de fundamento y límite a toda legislación positiva; donde se hace especial hincapié en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia –en nuestro caso en los principios de la Jurisdicción de Familia y en la Jurisdicción Especializada de la Niñez y la Adolescencia–, como previos en su aplicación a los Principios Generales del Derecho.

Ahora bien, en situaciones en las que se cuenta con normas jurídicas claras para el supuesto en análisis, igualmente la aplicación de principios como fuente del Derecho adquiere relevancia y otorga solidez a los fundamentos esgrimidos en la decisión de que se trate. Veremos por ejemplo la constante alusión al Principio de Interés Superior del Niño en los fallos de la Jurisdicción Especializada como apoyo a las razones expuestas en el decisorio.

Ya en orden a la conceptualización propiamente dicha seguimos a la Prof. Dra. María Josefa Méndez Costa, quien realiza un profundo análisis acerca de los principios jurídicos y sus funciones en las relaciones de familia, trayendo a colación a un grupo de autores que con singular agudeza y conforme a las corrientes iusfilosóficas a las que están adscriptos, ilustran el contenido esencial de todo principio que se precie de ser tal.

Así la mencionada autora cita a los siguientes (Méndez Costa, 2006): para Busso (positivista), “... *los principios generales del derecho son los principios fundamentales de [toda] legislación positiva que, aun no escritos, son los presupuestos lógicos de las normas legislativas*”; para Orgaz (metapositivista), “... *el concepto de principio general del derecho no puede ser ligado a ningún sistema positivo sino que habrá de atenerse mejor a los principios de justicia universal, a aquella conciencia jurídica de los pueblos de Savigny, que supera las circunstancias de tiempo y lugar*”. En opinión de Borda (como ecléctico, pero inclinado por el Derecho Natural), “... *los identifica con los principios superiores de justicia radicados fuera del derecho positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación en una circunstancia concreta determinada*”. Spota (como científico en posición de investigar los principios generales del derecho en la ciencia jurídica), refiere “... *los principios que forman parte del fondo común legislativo supranacional, recomendando no olvidar que en la configuración de esos principios generales el intérprete debe huir de todo subjetivismo y atenerse a aquél dato objetivo que surge de ese fondo común del Derecho Comparado, para así hallarse en las condiciones de obrar científicamente y que han de tenerse siempre presente las transformaciones económicas, sociales y morales, a fin de darles satisfacción a través de la ley y de las demás fuentes del Derecho*” (Méndez Costa, 2006, p. 12-13).

La Prof. Méndez Costa menciona como opiniones recientes las de Genaro Carrió (positivista), Lorenzetti, Norberto Bobbio, Ronald Dworkin, Robert

Alexy y Vigo. Carrió “... propone un modelo de reglas específicas, standards y principios, [...] los principios son parte del derecho tal como se ve a éste desde el punto de vista del positivismo jurídico.” Lorenzetti sostiene que “el principio es un enunciado normativo”, [...] son normas que tienen una estructura deóntica, ya que establecen juicios de deber ser.” Bobbio los clasifica conforme a la materia que rigen y a su ámbito de validez. Dworkin llama “... ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna dimensión de la moralidad.” Alexy refiere la estructura de los principios “... en cuanto mandatos de optimización, conduce a que siempre que exhiban un sustrato moral, deban ser consideradas cuestiones morales.” Vigo sigue a Dworkin y agrega “que el contenido de los ‘principios jurídicos fuertes’, coincide con los derechos humanos fundamentales [...] que le son atribuidos al hombre por la sola razón o título de su condición de tal, y que todo hombre conoce por connaturalidad o por evidencia analítica” (Méndez Costa, 2006, p. 13-16).

Habiendo pasado revista a los principales doctrinarios en la materia, a continuación realizamos un somero análisis de las funciones asignadas a los principios, no sin antes precisar la naturaleza jurídica acerca de su carácter obligatorio o facultativo, como crucial para aseverar su eficacia en la solución de conflictos.

3. Aplicación de principios: ¿deber o facultad? somero análisis de sus funciones

La determinación acerca de si la aplicación de principios constituye un deber o una facultad para los/as operadores/as de justicia en su quehacer cotidiano, desde luego no ofrece dudas en los casos en los que el supuesto no se halla legislado. En éstos, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del

Código Civil Paraguayo², su invocación y fundamentación en consecuencia constituye un deber a todas luces. Pero qué sucede cuando la norma prevé la casuística. Aquí la referencia al principio como base misma de la norma³, v. gr. el principio de oficiosidad en las cuestiones de violencia doméstica e intrafamiliar, tal vez no sea invocado como principio pero sí debe serlo como parte de la misma norma –al momento en que ella impone al/a operador/a de justicia la adopción de medidas de protección con carácter urgente y necesario– y puesto que en el constructo normativo el referido principio sustenta la decisión judicial oficiosa. Ergo, en esta segunda hipótesis el principio se torna obligatorio desde la regla, y respaldatorio como fuente del Derecho.

Concordante con lo referido, en la Jurisdicción Especializada las disposiciones contenidas en los artículos 3° de la Convención de los Derechos del Niño⁴ –aprobada por la República del Paraguay por Ley No. 57/1990–, y

² Art. 6° CCP: *“Los jueces no pueden dejar de juzgar en caso de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes. Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho.”*

³ Art. 2° Ley No. 1.600/2000 Contra la Violencia Doméstica. *“Acreditada la verosimilitud de los hechos denunciados, el Juez de Paz instruirá un procedimiento especial de protección a favor de la víctima, y en el mismo acto podrá adoptar las siguientes medidas de protección, de conformidad a las circunstancias del caso y a lo solicitado por la víctima: ...f) Cualquiera otra que a criterio del juzgado proteja a la víctima.*

En todos los casos las medidas ordenadas mantendrán su vigencia hasta que el Juez que las dictó ordene su levantamiento, sea de oficio o a petición de parte, por haber cesado las causas que le dieron origen, o haber terminado el procedimiento. ...”.

⁴ Art. 3° CDN: *“I. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. ...”.*

3° del Código de la Niñez y la Adolescencia⁵ –Ley No. 1.680/2001–; la aplicación del Principio del Interés Superior del Niño deviene obligatoria, es decir, constituye sin lugar a equívocos un deber.

Igualmente en las relaciones de familia, los principios invocados en la Ley No. 1/92 De Reforma Parcial al Código Civil⁶ orientan las decisiones al modo expuesto *supra*, ya que dichos principios permean en las diversas situaciones en las que puede hallarse inmerso el entorno familiar. De los dictados de la norma se puede apreciar la trascendental importancia atribuida a los mismos al declararlos de orden público sin posibilidad de ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando lo autorice expresamente la ley.

Por otra parte, si adscribiéramos a una u otra corriente de las mencionadas en el *ítem* anterior –iusnaturalista o positivista–, los adeptos a ellas coinciden en afirmar la trascendencia de los principios como estándares de aplicación en la solución de conflictos, que no solo se plantean en el ámbito de facto sino también en el normativo o de derecho. Por tanto no se discute su reconocimiento como fuente de derecho a la que hay que recurrir en la solución de casos, sean éstos previstos en la norma o no; en tales circunstancias variarán las funciones de los principios pero su orientación tendrá el mismo norte, la fundamentación de una conclusión interpretativa, o supletoria de un vacío legal, con base en los derechos humanos.

Verbi gratia en un juicio donde los padres de un niño se encuentran en conflicto por la atribución del régimen de convivencia a uno de ellos, la

⁵ Art. 3° CNA: “*Toda medida que se adopte respecto al niño o adolescente, estará fundada en su interés superior. Este principio estará dirigido a asegurar el desarrollo integral del niño o adolescente, así como el ejercicio y disfrute pleno de sus derechos y garantías. ...*”.

⁶ Art. 2° Ley No. 1/92: “**Disposiciones Generales.** *La unidad de la familia, el bienestar y protección de los hijos menores y la igualdad de los cónyuges son principios fundamentales para la aplicación e interpretación de la presente Ley. Dichos principios son de orden público y no podrán ser modificados por convenciones particulares, excepto cuando la Ley lo autorice expresamente.*”

aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, de rango constitucional⁷, es invocada frecuentemente en la fundamentación de la decisión judicial a fin de optar por el progenitor o la progenitora, conforme a los elementos probatorios en el marco de la sana crítica, aunque en algunos casos se ha establecido un régimen de convivencia compartido por entender el/la jurista que ésta es la decisión acorde al mejor interés del niño.

En el ejemplo, el conflicto de facto –entre los progenitores– no plantea una colisión normativa, además las normas contemplan el supuesto en análisis y el sistema no ofrece antinomias; por tanto la solución al caso valiéndonos del principio será en tanto a sus funciones interpretativa y, directiva o programática, pues el jurista es creador de nuevas normas y los principios lo orientan.

Las ideas expuestas en el párrafo precedente y los objetivos del presente trabajo, nos llevan a la necesidad de adentrarnos en las llamadas “funciones” de los principios jurídicos; tema tratado por Norberto Bobbio y señalado así por la distinguida Prof. Dra. María Josefa Méndez Costa en su obra citada, en la que se hace referencia a las funciones interpretativa, directiva o programática, integradora y limitativa. La autora igualmente refiere la clasificación dada por Vigo, en fundamentadora del ordenamiento y sistematizadora; y a la dada por Lorenzetti, en finalística y fundante (Méndez Costa, 2006, p. 19-20).

La función interpretativa es aquella “... *que contribuye al esclarecimiento del sentido de otras normas*”; la directiva o programática, “*dirigida al jurista creador de nuevas normas a quien orientan*”; la integradora, “*que ofrece criterios para resolver una cuestión para la cual se carece de regulación normativa*”; la limitativa, “*referida a los márgenes de las competencias legislativa, judicial y negocial*”; la fundamentadora del ordenamiento, “*de*

⁷ Art. 54 CN: “**De la protección al niño.** ...*Los derechos del niño, en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente.*”

modo que legitiman o reconocen la validez de otras fuentes del derecho”; la sistematizadora, *“en tanto posibilitan la estructuración u ordenamiento del material jurídico*”; la finalística, *“que ayuda a orientar la interpretación hacia fines más amplios, de política legislativa*”; y la fundante, *“en cuanto llega a dar lugar a creaciones pretorianas”* (Méndez Costa, 2006).

Los argumentos normativos y doctrinarios nos permiten afirmar que la aplicación de principios estatuye para los/as operadores/as de justicia y para los/as funcionarios/as competentes –tanto en sede judicial como administrativa–, un deber ineludible traducido en responsabilidad como parte del sistema estatal. Quienes asumen este rol no pueden apartarse del imperativo del respeto hacia las instituciones establecidas en el marco del deber ser, so pena de tener que resarcir a la parte perjudicada por la omisión o negación de justicia, responsabilidad que si bien *prima facie* recae en el Estado⁸, permite a éste repetir de sus funcionarios/as lo pagado, como consecuencia de la sanción impuesta en su caso⁹.

4. Jerarquía de principios, una cuestión de peso

Si bien todos los principios tienen la misma importancia pues se fundan en los derechos humanos, la jerarquía a la se hace referencia en este punto deviene de la ponderación que se realiza en cada caso particular o concreto conforme a sus peculiaridades, tornando a un principio más acorde en su aplicación que otro.

⁸ Art. 39 CN: *“Del derecho a la indemnización justa y adecuada. Toda persona tiene derecho a ser indemnizada justa y adecuadamente por los daños y perjuicios de que fuese objeto por parte del Estado. La ley reglamentará este derecho.”*

⁹ Art. 106 CN: *“De la responsabilidad del funcionario y del empleado público. Ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, serán personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste de repetir el pago de lo que llegase a abonar en tal concepto.”*

La escala de valores que predomina en las distintas sociedades conforme a su cultura y al proceso de socialización del que el ser humano forma parte, son aspectos relevantes al momento de decidir qué ponderación se va a asignar a los principios como orientadores de las decisiones de quienes tienen la responsabilidad de impartir justicia.

La necesaria asepsia del/a juzgador/a durante todo el proceso, no escapa a la escala de valores que forma parte de la personalidad del/a mismo/a; si bien debe despojarse de todo aquello que implique la subjetivización de los elementos a ser apreciados en el marco del debido proceso, no es fácil deshacerse de las propias convicciones –aunque así se haga necesario cuando ellas riñen con los postulados democráticos de un Estado de derecho¹⁰. De esta forma las decisiones pueden tornarse peligrosas e injustas, cuando no conciben con los valores humanos que dignifican a la persona en sus expresiones más significativas, como sucede en la negación de derechos a los integrantes de la estructura familiar en sus múltiples manifestaciones, siendo procedente el pedido.

Refiere la tratadista María Josefa Méndez Costa, que el conflicto entre principios no sólo es posible sino frecuente, ilustrado por la antinomia entre algunos de ellos en un episodio fáctico determinado, lo que obliga a optar, basado en el reconocimiento de un orden de valores “... *que indiscutiblemente existe, [lo que] no acarrea necesariamente la improcedencia ni la imposibilidad de la armonización*” (Méndez Costa, 2006, p. 23-24). Consideramos de gran valía hacer una revisión de las directivas o criterios propiciados para superar la tensión entre principios, invocadas por la prestigiosa tratadista al considerar como “*particularmente*

¹⁰ Nótese esta situación en los supuestos de divorcio vincular en que el/a magistrado/a no dicta la resolución respectiva declarando el divorcio de los cónyuges, basado en que uno de ellos no desea que la unión sea disuelta, teniendo el otro el derecho a obtenerla. Con ello se mantiene a éste en una condición o estado civil que no desea, atentando contra derechos constitucionales que impiden el libre desenvolvimiento de la persona humana.

iluminadores” a los mencionados por Vigo como el juicio de equidad, el de justicia, el de ponderación¹¹, y el de prudencia.

La labor consistirá entonces en un ejercicio de doble vía: por un lado, el vasto conocimiento de la materia de que se trate –fundamental para la correcta apreciación de los valores en juego, como los bienes amparados por el Derecho–, y por otro, la necesaria ética del/a juzgador/a unida a sus convicciones. El resultado será un fallo sin contradicciones, contundente en sus argumentos, producto de la ponderación racional de los mismos, y consagrador de la idea de justicia, mediante la escrupulosa prudencia en el plano axiológico.

5. Somera enunciación de principios en las jurisdicciones de familia y de la niñez y la adolescencia – Breve referencia jurisprudencial

La enunciación de principios propios de la Jurisdicción de Familia y de la Jurisdicción Especializada de la Niñez y la Adolescencia es tan vasta, que a fin de obtener un resultado satisfactorio en su estudio, el tratamiento requiere no sólo la consideración desde la función que cumplen los mismos, sino también la colección de la interpretación que de ellos realizan los/as aplicadores/as del sistema.

No pretendemos lograr más que una aproximación en el esbozo de sus contenidos y la significancia a través de su enunciación y sucinto análisis, ilustrando brevemente las opiniones de los/as expertos/as en la materia, vertidas en doctrina y en fallos nacionales y extranjeros, que pudieran acercarnos a la comprensión de esos estándares.

En los últimos tiempos se menciona frecuentemente el principio de dignidad humana como norte en las decisiones de la Jurisdicción de Familia.

¹¹ La autora refiere la denominada “*ley de ponderación*” de Alexy según la cual: “*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” p. 371.

En ese contexto el Instituto Brasileño de Derecho de Familia –IBDFAM–, presenta como propuesta de reflexión el papel de la solidaridad para la familia contemporánea, dejando en claro que el principio constitucional de solidaridad así como el de dignidad humana, constituyen el basamento de importantes institutos de los Derechos de las Familias, entre los que se menciona el derecho a la convivencia familiar; y el cuidado y el afecto como valores jurídicos (Groeninga, 2007). La consagración de estos principios en la producción doctrinaria y en las decisiones de los tribunales brasileños, denota la trascendencia que se les atribuye como fundamento de las decisiones.

El principio de dignidad humana permea en todos los derechos consagrados en la Carta Magna, fundamentalmente en los que se desprenden de la libertad y la igualdad de las personas¹², otorgando un valor supremo a la persona humana en cuanto tal, a fin de propiciar su desenvolvimiento con pleno desarrollo de sus potencialidades en su realización existencial.

Concomitante con ello, el principio de libertad en doctrina, considera a la libertad como uno de los valores y derechos fundamentales para resolver las crisis familiares¹³. En relación a los hijos, rige también el principio de libertad de los padres para decidir sobre la patria potestad de sus hijos, pero propugnándose en todo caso, que tras la nueva situación que surge con el divorcio o la separación, se debe exigir a los padres mayores responsabilidad si cabe. El juez, intervendrá en la decisión sólo cuando no se haya podido llegar a un acuerdo, o éste pudiera resultar perjudicial tanto para los hijos,

¹² Así los artículos 6º, 9º, 33, 46, 47 y 48 de la CN, por mencionar los significativos.

¹³ En materia de separación y divorcio, la aplicación de la libertad en el ámbito de las relaciones conyugales, protege ante todo la capacidad de elección del sujeto a seguir casado o por el contrario a optar por la separación o el divorcio, respetuoso con la libertad del hombre y de la mujer para poder escoger entre ambas figuras, libertad de elección que en caso contrario podría verse mermada (Hernández Gancedo, 2004).

menores o incapacitados o para uno de los cónyuges (Hernández Gancedo, 2004).

El principio de solidaridad familiar consagrado en nuestra legislación positiva¹⁴, implica que cada persona integrante del núcleo familiar tiene derechos y deberes recíprocos, respetando la individualidad de cada una en sus diferencias, con plena comprensión de la inexistencia de un poder omnímodo que mantenga en sumisión a los más vulnerables (Netto Lobo, 2007)¹⁵, con base en los afectos y responsabilidades de cada uno de sus miembros.

En este sentido para el IBDFAM “*El principio de solidaridad tiene el papel de unir a los miembros de la familia de modo democrático y no autoritario, por la corresponsabilidad*” (Netto Lobo, 2007). Insta a la comprensión de la familia actual a romper con los grillos de los poderes despóticos –del poder marital y del poder paterno especialmente–. V. gr. en las acciones de alimentos, donde la cooperación y la asistencia deben primar sobre intereses mezquinos.

La aseveración de la que la familia, hora ya no es una institución con un fin en sí mismo, sino que es de un carácter instrumental, pasando por la promoción de la persona (Farías; Rosensvald, 2008, P. 6)¹⁶; denota la concepción que se tiene de ella en los distintos sistemas avocados a su tratamiento.

En síntesis, la comprensión de la superación del individualismo jurídico por la función social de los derechos debe ser bien entendida; no como

¹⁴ Véanse los artículos 50 y 53 de la CN, 2°, 6°, 8°, 9°, 15, por citar algunos en los que se halla patente.

¹⁵ En el derecho brasileño son considerados jurídicamente vulnerables en el ámbito de los Derechos de las Familias los niños, niñas y adolescentes, las personas adultas mayores, las víctimas de violencia doméstica, y los necesitados de alimentos (Netto Lobo, 2007).

¹⁶ Citado por Hildeliza Lacerda Boechat Tinoco Cabral. *El afecto como base en la paternidad responsable*. Boletín IBDFAM, 24/03/2010.

renuncia de los derechos fundamentales de la persona humana so pretexto de la unidad familiar, cuando la situación atenta contra la libertad de expresión y desarrollo de la persona integrante del grupo y por ende en su dignidad como tal. Es decir, no podemos hablar de familia cuando en su seno son conculcados derechos inalienables del ser humano. Partiendo de ello son propiciados los derechos individuales en la medida del respeto a la alteridad de los sujetos, en aras a lograr la igualdad en la diferencia.

Por otra parte, el principio de solidaridad como macroprincipio, transversaliza principios especiales de los Derechos de las Familias como el de la convivencia familiar, el de la afectividad, y el del interés superior del niño.

Amén del principio del interés superior del niño, vinculado al principio de no discriminación, en materia de niños, niñas y adolescentes debemos considerar otros como el Principio de Enfoque Integrado y Sistemático de los Derechos Humanos (Aguilar Cavallo, 2008)¹⁷, el Principio de Protección

¹⁷El autor sostiene que el prisma en el análisis de los derechos humanos del niño, niña y adolescente constituye la perspectiva del principio de conectividad y coherencia entre los sistemas jurídicos, el interno y el internacional, y, sobre todo, en materia de derechos humanos, la idea guía es el principio del intérprete supremo, que considera, en el ámbito regional, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el intérprete último, definitivo y de autoridad en el área de los derechos humanos. *“Este principio no resulta sólo de una aplicación de las reglas de lógica tomando en consideración el interés primordial de una aplicación coherente de los estándares de derechos humanos, sino de la aplicación de la propia normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos...”* – art. 29 CADH. El autor refiere que el principio de integración fue confirmado por la Corte I.D.H. en el dramático caso de los Niños de la Calle, en donde la Corte haciendo alusión específica al contexto de los derechos del niño, señala que *“tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un amplio corpus juris internacional de protección de los niños que sirve a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”*. Cit. Corte I.D.H.: Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, par. 194; Corte I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 24.

Especial (Aguilar Cavallo, 2008)¹⁸; el Principio de Sujetos Plenos de Derechos¹⁹, y el Principio de Especial Gravedad de las Violaciones a los Derechos del Niño²⁰. Todos estos principios son recogidos por la Corte I.D.H. en fallos y opiniones consultivas, donde se aprecia la importancia atribuida a los mismos como orientadores en las decisiones a ser adoptadas en relación a niños, niñas y adolescentes.

Un tema que preocupa en los últimos tiempos, de manera más fehaciente, constituyen los derechos de las personas adultas mayores, de rango constitucional²¹, muy poco desarrollado en Paraguay²² pero con notables avances en los países de la región. Así en el Brasil ya se cuenta con el llamado

¹⁸ Aguilar Cavallo (2008), sostiene que la Corte I.D.H. recoge este principio en su Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, al recordar expresamente que “[e]n la Declaración de los Derechos del Niño se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En este sentido, la Corte no hace sino confirmar el principio de protección especial del niño, niña o adolescente debido a su situación de debilidad, inmadurez o inexperiencia. Cit. Corte I.D.H.: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 60, p. 62.

¹⁹ Aguilar Cavallo (2008), para quien uno de los aspectos en los cuales la Corte I.D.H. ha puesto mayor énfasis es en el carácter de sujeto de derecho de los niños, niñas y adolescentes, diferenciando esta circunstancia de su falta de capacidad jurídica para actuar autónomamente. “El hecho de que el niño no tenga capacidad de ejercicio no lo priva de su calidad de sujeto de derechos humanos.”

²⁰ La Corte I.D.H. en el caso de los niños de la calle, hace recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de los niños bajo su jurisdicción. Cit. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, pars. 146 y 191.

²¹ Art. 57.

²² Contamos con la Ley No. 1.885/2002 “Ley de la Tercera Edad” que proclama el derecho a un trato digno y a no ser objeto de discriminación entre otros, y garantiza a aquellas que encuentran en situación de vulnerabilidad, carezcan de familia o se encuentren abandonadas, sean ubicadas en lugares públicos o privados, y se les ofrezcan programas de servicios sociales intermedios. También tenemos la Ley No. 3.728/2009 “Que establece el derecho a la pensión alimentaria para las personas adultas mayores en situación de pobreza” y debe entrar en vigencia en agosto del presente año.

“*Estatuto do Idoso*” –Ley No. 10.741/2003–, garantista del principio de dignidad de la persona humana²³. En esta etapa de la vida es cuando los miembros que componen la estructura familiar deben brindar la asistencia debida, y sobre todo el afecto que conforte las huellas dejadas por el paso del tiempo²⁴. La trascendencia reconocida en esta temática se deja ver por los abordajes frecuentes en los temas de familia, tal como acontece con los encuentros de docentes del MERCOSUR –Uruguay (Brasil) 2008 y Salto (Montevideo) 2009–, así como en los informes a nivel internacional por parte de Naciones Unidas. Estos refieren que el mundo está sufriendo una transformación demográfica sin precedentes; pues de aquí al 2050, el número de personas adultas mayores aumentará de aproximadamente seiscientos millones a casi dos mil millones. Antes que pasen cincuenta años, habrá en el

²³ El Superior Tribunal de Justicia, en Recurso Especial No. 775.665 – SP (2005/0138767-9), de fecha 13 de junio de 2006, siendo Relatora la Ministra Nancy Andrichi; teniendo como *thema decidendum* una acción de alimentos propuesta por los padres adultos mayores en relación a sus hijos, definió la naturaleza solidaria de la obligación de prestar alimentos a la luz del *Estatuto do Idoso*. Expresó que la doctrina es conteste en base al prisma del Código Civil, al afirmar que el deber de prestar alimentos recíprocos entre padres e hijos no tiene naturaleza solidaria porque es conjunta. Sin embargo, dijo, la Ley No. 10.741/2003 atribuye naturaleza solidaria a la obligación de prestar alimentos cuando los acreedores fueren *idosos*, que por fuerza de su naturaleza especial prevalece sobre las disposiciones específicas del Código Civil.

²⁴ La Presidenta de la Acción por los Derechos de los Adultos Mayores –ADAM– Sra. Ida Sofía Díaz Correa, incansable luchadora por los derechos de estas personas, y Ariana Escobar Carísimo, señalan en un artículo publicado bajo el título: “*Realidades de contramano a tiempos de cambio político. Insensibilidad y discriminación hacia las personas adultas mayores*”, que las expectativas planteadas por las personas adultas mayores habitualmente no tienen eco en la opinión pública por causa de su invisibilización. De ahí la necesidad de construir, por parte del Estado, un marco político institucional basado en los derechos humanos que, por un lado, revierta la situación de discriminación de adultas y adultos mayores, y por otro, focalice el diseño de las políticas públicas que deben ser desarrolladas para erradicar la exclusión social y dignificar la situación en que viven las personas adultas mayores. Fuente: Coordinadora Derechos Humanos Paraguay; *Derechos Humanos en Paraguay – Yvypóra Derécho Paraguái*; Asunción, Paraguay; 2009; P. 366.

mundo por primera vez en la historia, más personas mayores de sesenta años que menores de quince²⁵.

Otro tema que forma parte de permanentes foros en los encuentros sobre los Derechos de las familias, es el que alude a las rupturas en la estructura familiar como sucede en los casos de separación y divorcio, y produce el quiebre de las relaciones conyugales, afectando en consecuencia las relaciones entre los mismos cónyuges, y las elaciones entre padres e hijos. En estos casos se menciona como un principio pívot el de la afectividad, que debe mantenerse entre los miembros integrantes de la familia. En relaciones entre padres e hijos, el principio de la afectividad es frecuentemente invocado, sobre todo para fundamentar los casos de guarda compartida. Indudablemente si hablamos de niños, niñas y adolescentes el principio del interés superior será el norte en las decisiones respecto de los mismos, pero se impone la articulación de principios en la ponderación de los elementos a ser tenidos en cuenta para el decisorio²⁶.

Sin embargo una crítica realizada al principio de la afectividad, es que todavía en su real dimensión se halla muy distante de la función anhelada como estándar de cumplimiento. Es decir, lo que se busca es una afectividad

²⁵ Kofi Annan, entonces Secretario General de Naciones Unidas, en la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid en 2002.

²⁶ Mencionamos un fallo de la Séptima Cámara Civil y de Puerto Alegre, Brasil, Instrumento No. 70018249631, bajo la presidencia y relatoría de la Prof. Maria Berenice Dias, en el cual se acuerda el derecho de visita en una relación homoparental, a una mujer que había estado unida de hecho a otra por más de doce años. La Cámara argumentó que a pesar que en el certificado de nacimiento del niño sólo constaba el nombre de la madre biológica, la filiación fue planeada por ambas, habiendo la agraviada acompañado al niño con todas las funciones propias de la maternidad. *“Nadie cuestiona que la afectividad es una realidad digna de tutela, no pudiendo el Poder Judicial apartarse de realidades de hecho”*; aseveró la magistrada, al tiempo de pronunciar que el derecho de visita es más un derecho del niño que de la propia madre.

real, no virtual o idealizada, que caracteriza en los mejores casos, a las estructuras familiares resquebrajadas.²⁷

Ahora bien, el afecto se convirtió en requisito para la creación de nuevas familias, que ya no posee un marco rígido para determinar lo que es o no una entidad familiar. Al hablar de familias sin marcos se hace referencia a las “familias mosaico”, aquella constituida por personas que formaban parte de otras familias en un momento dado y luego decidieron rehacer sus vidas. Estas familias tienen como característica esencial la presencia de hijos previos, de uno o ambos integrantes de la nueva pareja (Valadares Goret, 2010).

Los cambios paradigmáticos imponen una lectura distinta de los principios en las relaciones de familia, acorde a las realidades que van cambiando. Negar esos cambios es hacer caso omiso a las necesidades de la persona humana, que también van mutando. Las nuevas formas de familia precisan para su entendimiento y eficacia, la comprensión de las transformaciones en su estructura. Ello sólo será posible en la medida que contemos con tribunales especializados en la Jurisdicción de Familia, tan necesarios en su creación para nuestro país. La ensayista ha recomendado en innumerables presentaciones la pertinencia en ese sentido, que permita tratar de manera específica y con la importancia debida situaciones en las que se discute como quedó especificado *supra* la dignidad de la persona humana, que en definitiva se traduce en alcanzar la felicidad que anhela en sus relaciones interpersonales y consigo misma.

²⁷ Groeninga, Giselle, artículo publicado en el Boletín IBDFAM cit. p. 6, afirma que la objetividad de la ley puede ser utilizada con fines altamente subjetivos y echar por tierra la necesaria integración que debe existir entre los padres en el ejercicio de la patria potestad respecto a la guarda compartida. Dice, que los impases y litigios en relaciones que tienen la tónica de altruistas acaban por ser sustituidas por relaciones egoístas, y el Principio del Interés Superior del Niño, antes respetado y articulado con el interés de todos, paradójicamente es invocado en momentos en que se sobreponen intereses egoístas de los adultos.

Realizando un estudio comparado de lo que sucede en la región, vemos que el reconocimiento de los distintos tipos o clases de estructuras familiares ha modificado ostensiblemente la concepción de la familia como entidad ante el Derecho. Así hemos señalado en este mismo trabajo al aludir al principio de la afectividad, teniendo en cuenta fallos, sobre todo del Brasil, que también hacen referencia a principios, como el de igualdad y el de dignidad humana.²⁸

El reconocimiento de las diversas formas familiares constituye una de los mayores cambios producidos en Brasil. Al decir de la Prof. Maria Berenice Dias, países como España y Francia no cesan en los avances legislativos, al tiempo que en el Brasil los mismos surten efecto en la jurisprudencia, que es la más progresista que todas las justicias de América Latina. Este criterio es compartido plenamente por la ensayista; temas como la violencia doméstica, el abuso sexual, la alienación parental, la guarda compartida, y otros ya referidos en este trabajo; demuestran el estado de avance del país vecino.

En la República Argentina se ha admitido la unión civil como institución a la que se reconocen determinados efectos jurídicos a partir de su inscripción, con independencia del sexo de los componentes o de su orientación sexual, mientras hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública durante al menos dos años. En la ciudad de Buenos Aires fue aprobada la unión por Ley No. 1.004/02, con excepción de la existencia de descendencia. También tienen unión civil la Provincia de Río Negro y la ciudad de Carlos Paz de Córdoba.

En Uruguay, por Ley No. 18.246 de 2007 sobre unión concubinaria, el legislador optó por incluir dentro del ámbito de la ley la situación de hecho

²⁸ Sentencia No. 237/2007 de la Justicia del Distrito Federal de Brasil, que reconoce la unión estable conformada por una pareja de mujeres a los efectos de la división de bienes. La pretensión fue justificada con base en el principio de igualdad, también en el de la dignidad humana, en una sociedad justa e igualitaria, donde prevalece la no discriminación por actuación positiva de la familia, la sociedad y el Estado –así lo afirmó el Juez Rogério Volpatti Polezze, de la 22ª Vara del Distrito Federal.

derivada de la comunidad de vida de dos personas, cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual, apartándose de las normas vigentes en los países latinoamericanos en general, y acercándose a los países europeos.²⁹

Por razones de extensión escapa a este trabajo el abordaje de la interpretación que los tribunales europeos realizan acerca de las familias y los derechos reconocidos a sus miembros. Sin embargo mencionamos alguno que llama nuestra atención por el alcance de la decisión. Así la condena a Francia por negar el derecho de adopción a una persona en razón de su orientación sexual³⁰.

5.1. Especial consideración de los casos de violencia doméstica e intrafamiliar desde las cuestiones de género

Un tema de especial atendimiento en todos los países de la región es el referente a la violencia doméstica e intrafamiliar, donde han aparecido alegaciones de inconstitucionalidad contra leyes que tratan acerca de este flagelo, fundadas en la vulneración de principios constitucionales como el de la igualdad de derechos. Así por ejemplo en el Brasil contra la Ley María da Penha, que con gran acierto al momento de su tratamiento se hizo una comparación diciendo: *“Lo más sorprendente es que nunca se alegó la inconstitucionalidad del Estatuto del Niño, Niña y Adolescente, de las*

²⁹ Consideraciones generales sobre la Ley No. 18.246/2007 pueden encontrarse en la obra de las Profesoras Doctoras Mabel Rivero y Beatriz Ramos, *Unión Concubinaria – Análisis de la Ley 18.246, Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo, Uruguay, 2008.

³⁰ El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en 2008 condenó al Estado Francés por haber rechazado a una homosexual el derecho a adoptar un niño. La condena se basó en el artículo 14 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación. La pena fue el pago en concepto de indemnización fue de diez mil euros por daños morales. Ninguno de los cuarenta y siete Estados había sido condenado hasta ese momento por razones de discriminación en función de la orientación sexual en un caso de adopción. La propia ley francesa admite la adopción por personas singulares, lo que significa, por tanto, la aceptación de la adopción por una/un homosexual; refiere la fuente. Fuente: Revista Consultor Jurídico, 23 de enero de 2008, cit. en el Boletín IBDFAM No. 48, Año 8, enero/febrero 2008, P. 11.

Personas de Edad, o del Código de Defensa del Consumidor, también sistemas legales que atienden a segmentos que merecen atención diferenciada. Nadie niega que la mujer es víctima de violencia doméstica. Y no aceptar que le sea diferido un tratamiento diferenciado y una atención especial es una forma perversa de discriminación. Es legitimar la violencia. En el fondo, avalar el derecho del hombre sobre la mujer."³¹

La discriminación es siempre una forma de violencia –Recomendación No. 19 de la CEDAW–³², adoptada por el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, en el 11º Periodo de Sesiones, en 1992. De conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2º y el artículo 5º). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2º de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.³³

³¹ Boletín IBDFAM cit., No. 49, Año 8, marzo/abril 2008, p. 4. En el mismo queda referido que la sociedad brasileña y el Judiciario son tolerantes en la violencia contra la mujer, y más que tolerantes actúan en connivencia. El poder diferido al hombre como responsable de la familia, legitima la violencia. Hay una enorme resistencia en sancionar la violencia doméstica siempre justificada por el papel femenino de la mujer. Hasta hoy la defensa del agresor es que la culpa es de la mujer que dejó de comportarse al modo convencional establecido por la sociedad. Con esto se acaba absolviendo al agresor por legítima defensa de su honra.

³² CEDAW: Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, por sus siglas en inglés. Ratificada por la República del Paraguay por Ley No. 1.215/1986. También se debe tener en cuenta la Convención de Belem do Pará ratificada por la República del Paraguay por Ley No. 605/1995.

³³ Numerales 8. y 9.

En este contexto el principio de no discriminación debe ser leído al unísono con el principio de igualdad. Ambos se encuentran consagrados en diversos instrumentos internacionales tanto en el ámbito universal como en el regional. En los dos sistemas ambos principios se plasman en sus respectivas Declaraciones de abril y diciembre de 1948, señalando explícitamente la prohibición de discriminación por sexo. Constituyen principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, y si bien están cercanamente vinculados no son iguales³⁴.

En orden a los principios aplicables a los casos de violencia doméstica e intrafamiliar, se mencionan los de dignidad humana, igualdad, no discriminación, oficiosidad, celeridad, gratuidad, oralidad, intermediación, in dubio pro persona agredida, prudencia; por mencionar los más importantes. El de dignidad humana como fundamento de los demás valores; el *in dubio pro persona agredida* cuya implicancia radica en que si existen dudas acerca de los hechos denunciados, se ha de decidir lo más favorable para la víctima.

En algunos países se ha argumentado la vulneración de principios del debido proceso y el no respeto al principio de inocencia; pero estas alegaciones fueron rechazadas por su notable improcedencia, atendiendo a que las leyes contra la violencia doméstica e intrafamiliar en su especialidad tienen como finalidad la protección de las víctimas de violencia mediante la aplicación de medidas cautelares con carácter urgente, y no otro fin como pretenden hacer creer los detractores de ellas.³⁵

³⁴ Al respecto el Grupo Género y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Montevideo, Uruguay, en la obra *Género, Equidad y Políticas Públicas*, en el marco del VI Curso para Graduados Año 2007 –Escuela de Posgrado–, realiza un análisis de ambos principios desde su complementariedad, y sostiene que la jurisprudencia universal, sobre todo cuando hay que aplicar la normativa internacional, se encuentra en proceso de evolución al respecto. Ediciones IDEAS, 2008, P. 9.

³⁵ Exp. 97-006356-0007-CO, Res. 1997-05923, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, de 23 de setiembre de 1997. Y Exp. 98-006695-007-CO-M,

No debemos perder de vista que la violencia doméstica e intrafamiliar es una de las formas de la violencia de género³⁶. De allí la necesidad de abordar esta problemática con perspectiva de género; es decir, centrar nuestra mirada desde el género hacia ella, que nos permita ver los mitos, roles y estereotipos, y comprender por ejemplo por qué una mujer soporta los hechos de violencia durante tanto tiempo, por qué la misma vuelve al juzgado una y otra vez a realizar su denuncia, por qué ella se siente culpable ante esos hechos.

Al no tomar conciencia de estos hechos en razón de su mistificación, y su visión normal en la cotidianeidad como parte del proceso de socialización, el entramado de relaciones y situaciones que plantea el conflicto, conlleva la necesidad de arribar a una solución satisfactoria desde la consideración de los citados principios. Así la invisibilización de la diversidad entre las mujeres, debe ser neutralizada mediante su apreciación desde el principio de igualdad, valorando la diferencia existente entre las mismas. Esto nos permite reafirmar que la ponderación de principios es fundamental a la hora de arribar a definiciones.

En los casos de alegaciones de inconstitucionalidad de la Ley María Da Penha, la jurisprudencia brasileña se presenta interesante a la hora de abordar el concepto de igualdad sustantiva, y muy ilustrativa a estos propósitos, reforzando que la violencia tiene múltiples manifestaciones, como resultado

Res. 071-60-98, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José Costa Rica, de 7 de octubre de 1998.

³⁶ La Prof. Abog. María Mercedes Buongermini Palumbo, integrante del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital, refiere que la violencia de género o la violencia basada en el género es entendida como la violencia producida en razón de las relaciones de poder y las asimetrías, “La Violencia de Género como Fenómeno Estructural. Una aproximación conceptual y normativa en el marco de la publicidad y las relaciones de consumo”; en Raquel Andrea Vera Salerno (compiladora): *Violencia de género; Problema antiguo – Nuevos abordajes en el Paraguay*, Centro de Documentación y Estudios (CDE); Asunción, Paraguay; 2009.

de una concepción cultural en que la sumisión de la mujer al hombre tiene un valor histórico, moral o religioso³⁷.

Es loable pasar revista de la jurisprudencia en nuestro país en lo tocante a la violencia de género. Las apreciaciones vertidas en las resoluciones marcan un hito trascendente desde la perspectiva de género, mediante esa mirada necesaria en la apreciación de los elementos de juicio sin la cual los resultados no serían los mismos. V. gr. la consideración de la circunstancia personal de la denunciante como víctima de maltrato, como determinante al momento de la atribución de derechos³⁸.

Según Hannah Arendt la violencia es muda, pues actúa donde cesan el discurso y la argumentación³⁹.

³⁷ El Tribunal de Justicia MT, en el proceso No.: 1.0672.07.245992-4/001(1), de 6 de noviembre de 2007, siendo Relator Alexandre Victor de Carvalho –alegación de inconstitucionalidad de la Ley María Da Penha–; sostuvo que la acción afirmativa del Estado que busca la igualdad sustantiva, después de la identificación de los desniveles socioculturales que generan distinción entre iguales y desiguales, no se pudo tomar como inconstitucional, debido a que no lesiona el principio, por el contrario: busca tornarlo concreto, efectivo. Las acciones políticas destinadas al enfrentamiento de la violencia de género, vertidas en la Ley, buscan la efectivización de la igualdad sustantiva entre el hombre y la mujer en cuanto sujetos pasivos de la violencia doméstica. El tratamiento diferenciado que existe en la Ley No. 11.340/06 entre hombres y mujeres no es revelador de una faceta discriminatoria de determinada política pública, por el contrario: revela el conocimiento de que la violencia tiene diversas manifestaciones, y en algunas de sus formas, es el subproducto de una concepción cultural en que la sumisión de la mujer al hombre tiene un valor histórico, moral o religioso.

³⁸ V. Ac. y Sent. No. 126 de 25/08/2005 y A.I. No. 129 de 05/03/2007; dictados por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, de la Capital. En el citado interlocutorio queda de manifiesto que: “*Nuestro país como signatario de convenios y tratados regula la materia de discriminación y de violencia en razón de género (Belem do Pará y CEDAW).*” Y, que, “*Impedir que una mujer pueda demostrar que la disolución del vínculo de su matrimonio se ha debido a la violencia física y/o moral a que pudiera haber sido sujeta, es también una forma de violencia, esta vez orgánica o institucional.*”

³⁹ Citado por Águda Arruda Barbosa, “Responsabilidad compartida”; Boletín IBDFAM, No. 50, Año 8, mayo/junio 2008, Belo Horizonte, Brasil; p. 7.

5.2. El principio del interés superior del niño como fórmula operativa

La razón del subtítulo obedece a la necesidad de erradicar la mención recurrente y muchas veces estéril del principio del mejor interés –al decir de algunos–, como fórmula mecánica y no operativa, que es la propuesta por doctrinarios ocupados de los problemas atinentes a la infancia.

Se ha dicho mucho del citado principio, oriundo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña,⁴⁰ ratificada por la República del Paraguay por Ley No. 57/1990. Dicho principio de rango constitucional –art. 54 CN, último párrafo–, revela la importancia que le atribuye el Estado paraguayo.

Su articulación con los demás principios constitucionales y por supuesto con los propios de la materia en el marco del sistema especial de protección, requiere una especial comprensión de sus propios indicadores para evitar tergiversaciones subjetivas, que conviertan al principio en la “cenicienta” de los discursos disfrazados de argumentos motivados, complacientes con el peso que se da a la balanza.

Sus indicadores están dados por las disposiciones contenidas en el artículo 3° de la citada Convención, y 3° del Código de la Niñez y la Adolescencia, los que serán apreciados por los/as operadores/as del sistema en correspondencia con la normativa aplicable en base a los elementos de juicio.

En las discusiones doctrinarias acerca de si el principio del interés superior del niño, en la medida que implica el deber de proteger y privilegiar sus

⁴⁰ Aguilar Cavallo, 2008., reseña que el principio del interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional, teniendo en cuenta que la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó este principio vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que: “... la no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados.”

derechos, constituye un deber de protección absoluto –esto es, prevalece sobre todos los demás derechos– o es relativo; conlleva una diversidad de opiniones “*ya que la propia Convención establece que hay ciertos derechos de los niños que ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros*”⁴¹. Para los autores, cuando hablamos del interés superior del niño no estamos hablando de lo que nosotros pensamos que le conviene al niño, de lo que el juez cree que es lo mejor para el niño, sino que el interés primordial del niño, significa simplemente decidir sobre los derechos humanos de los niños. Se hace referencia a lo señalado por Gatica y Chaimovic, a que el llamado “interés superior del niño” debe ser entendido como un término relacional o comunicacional; es decir, en caso de conflicto de derechos de igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del niño/niña prima sobre cualquier otro que pueda afectar derechos fundamentales del niño/niña⁴²

El principio del interés superior del niño tiene gran trascendencia en las instituciones de familia, como la patria potestad, y en las que conforman las instituciones de familia sustituta como la guarda, la tutela y la adopción⁴³.

La patria potestad como una de las instituciones de familia conlleva para los padres en igualdad de condiciones el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a sus hijos⁴⁴. El derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a convivir con sus padres halla limitación en los

⁴¹ Gonzalo Aguilar Cavallo, 2008. En este contexto el autor trae a colación lo manifestado por Diego Freedman: “Funciones normativas del interés superior del niño”, en *Jura Gentium*, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global, en <<http://juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>> (20/10/2007).

⁴² Igualmente Gonzalo Aguilar Cavallo, en el artículo citado, hace referencia a lo expresado por Nora Gatica y Claudia Chaimovic: *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*”; en la Semana Jurídica, 2002.

⁴³ Art. 103 CNA.

⁴⁴ Art. 70 CNA.

casos que esa convivencia sea lesiva a su interés o conveniencia, lo que será determinado por el/a Juez/a, conforme a derecho⁴⁵. En caso de separación de los padres y si existe controversia sobre la convivencia con el hijo, el Juez/z deberá oír la opinión del niño/a o adolescente y resolver teniendo en cuenta su edad y el interés superior del /a mismo/a; con la salvedad que si fuere menor de cinco años debe quedar preferentemente a cargo de la madre⁴⁶. En estos supuestos de separación de los padres, el/a niño/a tendrá derecho a relacionarse con su padre o madre con quien no convive, régimen que puede extenderse a los parientes hasta el cuarto de consanguinidad y segundo de afinidad⁴⁷.

Cuando los padres cometen actos graves contra los hijos, como abandonarlos, exponerlos al peligro, causarles grave daño físico, psíquico o mental; son pasibles de perder la patria potestad por decisión judicial, ocasiones en que interviene el Estado en el ámbito de las familias, primando el principio del interés superior del niño mediante la imposición de deberes a los padres. En muchos casos la intervención del Estado es omisa o tardía, por lo que no se puede atender las necesidades del niño, niña o adolescente, de manera satisfactoria. Así cuando ese niño o niña no son adoptados en razón de su edad –pues esta institución no siempre se realiza cuando los menores de edad ya no son tan pequeños/as–, y el/a niño/a es institucionalizado/a, es decir, condenado/a a una vida en soledad pues, quizás, nunca conocerá familia en función a su rol de hijo o hija.

Entretanto vemos que la pérdida del poder familiar es insuficiente para la efectiva protección del/a niño/a, o adolescente, hipótesis donde corresponde la función promocional del Derecho. Vivimos en una época en que se debe exhortar a los padres a asumir de manera efectiva su relevante función en la

⁴⁵ Art. 92 CNA.

⁴⁶ Art. 93 CNA.

⁴⁷ Art. 95 CNA.

vida de sus hijos, para que estos puedan cumplir sus deberes, de modo que el proceso educacional pueda ser un instrumento de emancipación de los hijos en la realización de su dignidad (Brochado Teixeira, 2008, p. 6).

6. Conclusiones

La fundamentación de las decisiones con base en los principios jurídicos, sin dudas constituye para los/as operadores/as jurídicos/as un deber en la defensa de los derechos fundamentales de cada miembro integrante de la estructura familiar, por cierto, cambiante a pasos agigantados en nuestro tiempo.

El perfil de la familia ha cambiado. Hoy en día, las relaciones se basan en otros valores como el respeto mutuo, la colaboración, y sobre todo la voluntad de vivir juntos. La institución de la familia, encabezada por un jefe, fue sustituida por una familia que busca el diálogo y el pleno desarrollo de quienes conforman el grupo familiar.

La familia no puede ser pensada de manera dividida, la misma constituye un sistema en que los integrantes ejercen funciones complementarias. De la misma forma en que existe un principio del interés superior del niño, debe existir un interés superior en el cuidado y atendimento de los miembros de la familia en vistas a su función primordial, priorizando el grado de fragilidad de cada uno.

Familias monoparentales, recompuestas, ensambladas o mosaico, requieren la aplicación de principios constitucionales en las decisiones que abordan la complejidad de la familia plural de nuestros tiempos. Si bien, los/as aplicadores/as del sistema basan sus decisiones en las normas que forman parte del mismo, no olvidemos que los/as jueces/zas se constituyen en órganos de creación de normas al momento de dictar las resoluciones judiciales. En ese proceso, sin alterar el orden constitucional y las leyes especiales regulatorias de las materias, podrían acercarnos a un ideal de

justicia a través del reconocimiento de los derechos fundamentales propios de cada miembro integrante de la estructura familiar, con base en los principios de dignidad humana e igualdad.

La utilidad del estudio de los principios está en promover la comprensión necesaria de estos conceptos como estándares, orientadores o directrices, para enfrentar delicados litigios de familia, y superar la errónea convicción de que su mera invocación es suficiente para dar sustento a las resoluciones emanadas de las autoridades competentes. La verdadera actividad tecnicista impone el deber de explicitar y no sólo “mencionar” la gama de principios que sostiene el sistema en la Jurisdicción Especializada.

Para producir resultados satisfactorios en términos de derecho de familia y de la niñez y la adolescencia, la creación de la Jurisdicción de Familia se impone como una necesidad que trasunte en la correcta interpretación y aplicación de la normativa vigente en la materia, como hemos dicho, con base en los principios, humanizantes de la actividad tecnicista.

Bibliografía

- Aguilar Cavallo, G. (2008). El Principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(2001), 223-247.
- Arruda Barbosa, Á. (2008). Responsabilidad compartida. *Boletín IBDFAM*, 50(8), mayo/junio.
- Boletín IBDFAM. Instituto Brasileño de Derecho de Familia; Nos. 41, 43, 48, 49, 50, 51; Belo Horizonte, Brasil; 2006, 2007, 2008, 2010.
- Brochado Teixeira, A. C. (2008). Habría alternativas jurídicas frente a la irresponsabilidad parental?. *Boletín IBDFAM* 50(8), mayo/junio, 6.
- Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay. (2009). *Derechos Humanos en Paraguay: Yvypóra Derécho Paraguáipe*. Asunción. 575 p.
- Groeninga, G. (2007). Parentalidad socioafectiva y guarda compartida. *Boletín IBDFAM*, 43(7), marzo/abril.

- Grupo Derecho y Género Facultad de Derecho Universidad de la República. (2008). *Género, Equidad y Políticas Públicas: VI Curso para Graduados año 2007*. Montevideo, Uruguay: Ediciones IDEAS.
- Hernández Gancedo, M. (2004). Anteproyecto de ley de reforma del Código Civil: Modificación en materia de separación y divorcio. En: *El Derecho Editores*. Madrid, España: Diario de Jurisprudencia – virtual. *El Derecho*, No. 2.070, P. 1, diciembre de 2004.
- Lacerda Boechat Tinoco Cabral, H. (2010). El afecto como base en la paternidad responsable. *Boletín IBDFAM – virtual*, 24 marzo 2010.
- Méndez Costa, M. J. (2006). *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni Editores.
- Netto Lobo, P. L. (2007). Familia y solidaridad. *Boletín IBDFAM*, 43, 5.
- Rivero, M.; y Ramos, B. (2008). *Unión concubinaria: Análisis de la Ley 18.246*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Valadares Goret, M. M. (2010). Los míos, los tuyos y los nuestros: Familias mosaico. *Boletín IBFAM – virtual*, 24, marzo.
- Vera Salerno, R. A. (compiladora). (2009). *Violencia de género: Problema antiguo nuevos abordajes en el Paraguay*. Asunción, Paraguay: Centro de Documentación y Estudios.

Legislación

Constitución de 1992.

Ley No. 1215/1986 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Ley No. 57/1990 Convención de los Derechos del Niño.

Ley No. 1183/1985 Código Civil Paraguayo.

Ley No. 1/1992 de Reforma Parcial del Código Civil.

Ley No. 45/1991 De Divorcio.

Ley No. 1600/2000 Contra la Violencia Doméstica.

Ley No. 1680/2001 Código de la Niñez y la Adolescencia.

Ley No. 1885/2002 De la Tercera Edad.