



ASOCIACION DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY

San José 1226 Of. 408
Telefax: 900 98 53

email: adepu408@gmail.com

C.P. 11.100
Montevideo - Uruguay



INFORME ELABORADO POR LA COMISIÓN DE GÉNERO DE LA ASOCIACIÓN DE DEFENSORES DE OFICIO DEL URUGUAY SOBRE PROYECTOS DE LEY DE “TENENCIA COMPARTIDA RESPONSABLE” Y “CORRESPONSABILIDAD EN LA CRIANZA”

1. Introducción: el rol de la Defensoría Pública en los procesos de familia.

ADEPU es la Asociación que nuclea a los/las Defensores/as Públicos/as desde el año 1998. Este informe fue elaborado por la Comisión de Género, con aportes de los Defensores y Defensoras de todo el país, especialmente por aquellos que trabajan en materia de Familia y Familia Especializada, en donde analizamos los proyectos de Ley denominados “Tenencia compartida responsable” y “Corresponsabilidad en la crianza” presentados por los Sres./as Senadores/as de Cabildo Abierto y Partido Nacional a la Comisión de Constitución y Legislación del Senado (carpetas 314/2020 y 307/2020). La intención es aportar nuestra visión, no solo desde el punto de vista técnico, sino, especialmente, desde la realidad que vivimos día a día aplicando estas normas.

Es importante para nosotros como Asociación, destacar que trabajamos con la población más vulnerable del país, cumpliendo el servicio o la función que el Estado está obligado a proveer para el fiel cumplimiento en la protección de los Derechos Humanos y el acceso a la justicia de los más desprotegidos. En efecto, para ser asistido por un Defensor/a Público/a, debe realizarse una declaración jurada de ingresos, que -de regla- no pueden superar las 3 BPC, actualmente, \$14.610 (sin perjuicio de excepciones cuando se cuenta con cargas familiares, pudiendo realizarse la atención con ingresos de hasta 5 BPC). La gran mayoría de nuestros patrocinados no cuentan con ingresos fijos, realizan “changas” o cobran prestaciones sociales porque no pueden acceder a fuentes formales de trabajo, especialmente aquellos que requieren los trámites en la materia Familia como los que nos ocupan en este informe (tenencias, visitas y pensiones alimenticias).

Según la última estadística del año 2019, se ingresaron aproximadamente 200.000 expedientes nuevos en Sedes Jurisdiccionales (80.693 en el interior y 121.517 en Montevideo, quedando excluidos los Centros de Mediación). La materia de Familia y Familia Especializada es la materia con mayor cantidad en trámites ante el Poder Judicial, que en la capital representan el 46% de los asuntos iniciados y en el interior el 52,1% mientras que, por ejemplo, la materia Penal supone solamente un 12,2% (fuente: <https://www.poderjudicial.gub.uy/anuario-estadistico.html>).

Si evaluamos el rol de la Defensoría Pública respecto a la defensa en la materia de Familia y Familia Especializada, encontramos que los últimos datos recabados corresponden al año 2018 (fuente: <https://www.poderjudicial.gub.uy/defensa-publica.html>). De acuerdo a estos datos, de 59.466 audiencias de Familia realizadas en el año 2018, 24.195 tuvieron participación de al menos un Defensor Público, lo que representa 40,6%. Es decir que por lo menos, una de cada tres personas que asistan a una audiencia de Familia en cualquier lugar del país, será atendidas por un Defensor Público, más específicamente, por alguno de los 99 que se dedican exclusivamente a la materia de Familia o Familia Especializada (70 distribuidos en el interior y 29 en la capital). Esos mismos Defensores atienden y resuelven consultas de 165.294 personas por año en el interior y 40.863 en Montevideo (según cifras oficiales del año 2018). Sin embargo, estos datos no contemplan una situación fáctica relevante: con la sanción de la Ley 19.580, muchas de las situaciones de Familia se resuelven en el ámbito de Familia Especializada (no solo en situaciones de violencia basada en género o doméstica, sino, sobre todo, de vulneración de derechos de los NNA cuando se plantean denuncias de presuntos abusos sexuales infantiles o maltratos en general) en el que la atención realizada por la Defensoría asciende a una cantidad impactante: el 91% de los casos¹.

Entonces, la realidad demuestra que el patrocinio de Defensores y Defensoras Públicas en cuestiones que serían reformadas de aprobarse estos proyectos de ley, es infinitamente superior, brindando a esos casi 100 Defensores una experiencia que entendemos particularmente valorable, y por lo tanto, un insumo relevante para el análisis que se está realizando en esta Comisión. Consideramos que las voces que se han escuchado hasta el momento (desde la academia y organizaciones sociales) si bien muy válidas, no contemplan

¹ Dado que no existe una estadística del Poder Judicial respecto a cuántos trámites en esta materia se iniciaron o fueron patrocinados por la Defensoría Pública, se tomaron en cuenta las audiencias celebradas. En este punto, en el año 2018 se celebraron un total de 81.974, de las cuales en 75.015 compareció al menos un Defensor o Defensora Pública.

necesariamente la situación del público objetivo atendido por la Defensoría y que es relevante que su voz sea escuchada a través de quienes tienen contacto con ellos y representan sus intereses día tras día.

2. Necesidad o conveniencia de reformar la legislación vigente.

La normativa vigente respecto a los procesos de guarda, tenencia y visitas de niños, niñas o adolescentes (en adelante, “NNA”) en nuestro país, se encuentra regulada principalmente en los artículos 34 y siguientes del Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante, “CNA”), también en disposiciones del Código Civil y leyes especiales. Disponiéndose en el artículo 4° de CNA una regla de interpretación que conlleva a la aplicación de disposiciones y principios generales de la Constitución y normas internacionales (en especial la Convención de los Derechos del Niño, en adelante “CDN”).

La Familia es una institución básica de nuestra sociedad y debe ser protegida conforme lo ha establecido el artículo 40 de la Constitución de la República y el ordenamiento jurídico internacional. El concepto de familia ha variado, en base al reconocimiento de los cambios sociales que ha promovido estructuras menos rígidas de acuerdo a las distintas realidades sociales y a conceptos evolutivos en razón de género. Por lo que el ordenamiento jurídico en relación a la noción de familia reconoce a distintos núcleos de convivencia o afecto bajo diferentes modalidades, todos ellos tutelados en sus derechos en base a la consideración de nuevos paradigmas y reconocimientos de derechos (Ley 18.246 “Unión Concubinaria”, Ley N° 19.075 “Matrimonio Igualitario”, Ley 19.092 “Adopción”, Ley. 19.167 “Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida”, etc.)

El artículo 34 del CNA regula el régimen de tenencia. Cuando sucede la separación de los progenitores, son ellos quienes de común acuerdo deben resolverlo, y en caso contrario será el Juez de Familia quien lo haga. El artículo 35 prevé pautas o “recomendaciones” que debe seguir ese tribunal para el caso concreto: preferir al padre o madre con quien el NNA convivió más tiempo siempre que lo favorezca, o preferir a la madre cuando el hijo tenga menos de dos años, siempre que no sea perjudicial. Por lo que, en la normativa actual en cualquiera de las hipótesis, se debe tener en cuenta el interés superior del niño, se lo debe escuchar y siempre tener en cuenta su opinión bajo la “más seria responsabilidad funcional” del Juez.

Por lo que la tenencia compartida es acogida en nuestra regulación actual, ya sea porque podrá ser pactada por los padres (artículo 34) o dispuesta por el Juez (artículo 35). Tal es así que existe jurisprudencia donde se entiende que para corresponde la tenencia compartida (a

modo de ejemplo, la propia Suprema Corte de Justicia así lo ha resuelto en la Sentencia N°872/2014, citada en la exposición de motivos del proyecto de “Corresponsabilidad en la crianza”).

Respecto de las visitas, las normas vigentes disponen una solución similar: se deben determinar de común acuerdo o de lo contrario (en caso de problemas con el ejercicio de este derecho) se dispone la posibilidad de judicialización (artículo 39 del CNA). En este proceso se contempla el derecho de ser oído, así como priorizar el interés superior del NNA. También existen mecanismos previstos para denunciar el incumplimiento y/u obstaculización y un procedimiento ágil que garantiza los derechos del NNA de mantener el contacto con ambos progenitores (al punto que, si se obstaculizan las visitas en forma inmotivada, y conforme al artículo 40, puede disponerse la entrega del NNA a la parte que reclama el cumplimiento del régimen, pudiendo quedar bajo su tutela hasta que el Juez de la causa resuelva el fondo).

Atendiendo a su vez la modificación del artículo 39 del CNA, se regula la posibilidad de disponer un “régimen de visitas provisorias” (artículo 5 literal 3 del proyecto “Tenencia Compartida Responsable”). Entendemos que esta regulación no es necesaria, ya que con las normas vigentes los jueces utilizan los mecanismos de medidas provisionales para fijar visitas/alimentos. Por lo que en nuestro ordenamiento ya se contempla la posibilidad de fijar visitas provisionales, a los efectos que el transcurso del tiempo de los procesos no afecte aún más el vínculo del NNA con los adultos que la solicitan (padres/otros familiares).

En cuanto a la co-responsabilidad de los progenitores, debemos señalar que este principio ya se encuentra regulado por el instituto de la patria potestad en nuestro Código Civil, cuyo concepto ha evolucionado desde la perspectiva de los derechos de infancia como el cúmulo de derechos, deberes y facultades de los progenitores para garantizar los cuidados y protección de sus hijos para que alcancen su plena capacidad corporal, social, intelectual y material. No hay que olvidar que en 1990 Uruguay ratifica la Convención de los Derechos del Niño (Ley 16.137) por lo que el Principio de la Co-Responsabilidad ya se encuentra integrado a nuestro ordenamiento jurídico conforme a lo que señala la Convención en su artículo 18: “...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”.

En este sentido, nos preocupa que en ambos proyectos de ley se confunde el concepto de responsabilidad parental con el de tenencia compartida, lo que puede llegar a inducir a error. Independientemente de la identidad de género del progenitor conviviente, puede no haber tenencia compartida y que todas las cargas que implican una crianza se encuentren distribuidas en forma equitativa. Así como también se puede afirmar que pudiendo existir una tenencia compartida, la misma no implica per se una correcta distribución de la responsabilidad parental.

Si bien compartimos con preocupación los problemas señalados en ambas exposiciones de motivos respecto a la “penalización de la maternidad” y de la inequidad de los cuidados de hijos/as que se encuentran mayoritariamente a cargo de las mujeres, entendemos que estas desigualdades no se resuelven meramente legislando sobre tenencia y visitas, sino que dependen de cambios sociales que se deben motivar y acompañar desde políticas públicas transversales.

Ahora bien, entendemos que en caso de aprobarse alguno de los proyectos de ley en estudio, se impone por vía legal una forma de ejercer la tenencia, que puede o no ser la más adecuada para el caso concreto. Esto quiere decir que todos los casos pasarán a regirse de la misma manera, sin considerar las particularidades de la vida y los intereses de cada uno de los involucrados, en especial en beneficio de los NNA.

Es importante aclarar que no nos oponemos el régimen de tenencia compartida, ya que adherimos a que es un horizonte hacia el cual como sociedad debemos caminar. Pero atendiendo la vida real de cada NNA y sus progenitores, este régimen puede no ser el adecuado en virtud del principio del interés superior, protección y bienestar de ese hijo/a. Reiteramos: la tenencia compartida, en nuestra legislación actual puede ser dispuesta o acordada siempre que la misma sea examinada en el principio protector del interés superior con el fin de elegir el régimen más favorable de acuerdo a la satisfacción de las necesidades (físicas, emocionales, educativas, sociales, materiales) y la estabilidad necesaria para ese NNA.

Además, y según surge de los datos judiciales, en los casos donde se judicializa la situación de los NNA, la tenencia compartida no es la elegida por los progenitores, ya que en los hechos las organizaciones familiares no se compatibilizan con este régimen. Nos explicamos: la mayoría de las judicializaciones de tenencias son voluntarias (sin contradicción), a los únicos efectos de que el/la progenitor/a o tercero que detenta en los hechos la tenencia pueda ratificarla ante el Juez para darle un marco legal a una situación fáctica, donde en la mayoría de los casos no existe oposición por el otro/a progenitor/a. La experiencia de la

Defensoría Pública es que son muy pocas las tenencias contenciosas que se tramitan, y en ellas tampoco se solicita por parte de los progenitores el régimen de tenencia compartida, sino que en la mayoría de casos se reclama la tenencia a favor de uno de ellos de forma exclusiva.

Para profundizar estos aspectos, hemos seleccionado 30 Defensores y Defensoras Públicas de todo el país para realizar un cuestionario con contenido específico sobre el tema para poder tener acceso a información actualizada sobre los asuntos que involucran procesos de tenencia, considerando la desactualización de las estadísticas del Poder Judicial a las que tenemos acceso (año 2018). En dicho relevamiento (que adjuntamos como anexo) se pueden corroborar con mayor precisión las cifras manejadas en este informe.

Entonces, de todos los datos obtenidos y la experiencia como profesionales que intervenimos en la mayoría de los procesos de familia podemos concluir que, la mayoría de los procesos judiciales que resuelven derechos de NNA versan sobre insatisfacciones jurídicas sobre pensiones alimenticias (y sus incumplimientos), solicitudes de tenencias voluntarias (a los efectos de ser presentadas ante BPS para el cobro de la asignación familiar), y no por cuestiones de tenencia “conflictivas” entre progenitores, puntos sobre los que los proyectos en estudio no se pronuncian.

3. Necesidad de mantener vigente el proceso de ratificación de tenencia.

Como ya mencionamos, la gran mayoría de los procesos judicializados en materia de tenencia, refieren a ratificaciones con miras de cobrar asignaciones familiares y prestaciones sociales. Esto es a consecuencia de que determinados organismos exigen la realización de un proceso judicial a efectos de acreditar la tenencia en el plazo de 8 meses bajo apercibimiento de cesar con el pago de la prestación (<https://www.bps.gub.uy/11367/>)

Este trámite no lo realiza solamente el padre o la madre del NNA, sino que existen terceros que ejercen la tenencia de hecho, sean o no familiares. Esta situación se plantea en gran cantidad de casos, porque ninguno de los padres puede hacerse cargo de ese NNA, sea porque padece un consumo problemático de estupefacientes, porque se encuentra privado de libertad o tiene medidas restrictivas por la existencia de violencia en cualquiera de sus formas. O porque, simplemente, no se está en condiciones para llevar adelante la crianza o no le interesa hacerlo. Esta es particularmente una situación que se reitera en el ejercicio diario de la Defensoría y que los proyectos en estudio no contemplan, puesto que refieren a conflictos entre el padre y la madre, sin considerar hipótesis en las que terceros son quienes se encuentran en mejores

condiciones de detentar esa tenencia o, directamente, son los únicos en condiciones (e interesados) en hacerlo.

Si bien los proyectos no pretenden derogar el artículo 36 del CNA (tenencia por terceros) y prevé la regulación del proceso voluntario (aunque cabe señalar que el proyecto “tenencia compartida responsable” modifica efectivamente el artículo 37, eliminando la referencia al proceso voluntario), no es claro en qué casos se debe proceder por el mismo, atento a los dispuesto en las modificaciones de los artículos 34 y 35 del CNA.

Por lo que, en definitiva, vemos con profunda preocupación que no quede clara la continuidad de este proceso de ratificación de tenencia, tratándose de un requisito excluyente solicitado por el propio Estado para ser beneficiario de determinadas prestaciones y siendo el proceso más utilizado por los/as tenedores/as. En ese caso, debemos avizorar una situación compleja, no solo para el sistema judicial sino para nuestros usuarios, ya que entendemos que se presumirá la existencia de una tenencia compartida y habrá que realizar un procedimiento complejo (al menos, más complejo que el previsto), para acreditar la realidad, lo que implica seguramente demoras en los trámites judiciales que, en definitiva, van en desmedro de las personas que necesitan su realización por los motivos ya señalados.

Asimismo, podría acarrear como consecuencia que, en caso de los procesos de alimentos, se debería iniciar procesos para destruir la presunción de tenencia compartida, para luego poder iniciar un juicio de alimentos. Esto afecta directamente y en definitiva, los derechos de NNA quienes necesitan de las prestaciones o de los alimentos para vivir agravando la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran.

4. El rol del niño, niña o adolescente en los procesos de familia.

Informamos que también desde Defensoría Pública ejercemos el patrocinio letrado de la mayoría de NNA en los procesos de familia y familia especializada².

Entendemos importante señalar el estatuto de derechos y principios que rigen el derecho a la infancia y adolescencia a consecuencia de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país con la ratificación de CDN. Como ya se ha señalado por otros juristas y

² La Circular 35/06 de la Suprema Corte de Justicia con fecha 06 de mayo de 2006, regula la actuación de los Defensores Públicos en la materia de familia. Dispone preceptivamente la defensa letrada de NNA, en su mayoría la defensa por parte de Defensor Público salvo en los casos en los progenitores concurren con asistencia letrada de particular confianza (aunque incluso en la primera comparecencia, si no asiste un defensor privado, debe hacerlo un defensor público, independientemente de los ingresos de sus progenitores).

organizaciones, los mismos se pueden identificar como: el interés superior del niño, autonomía progresiva, derecho a ser oído, entre otros. No ahondaremos en estos conceptos que ya largamente se han desarrollado en el marco de esta discusión. Pero sí señalar que en consecuencia, que todo NNA goza de derechos humanos inherentes a la persona humana, los cuales podrá ejercer de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en todo caso tiene derecho a ser oído y ser considerado al momento de tomarse resoluciones que afecten su vida; podrá incluso acudir a los juzgados y ejercer la defensa de sus derechos con asistencia letrada obligatoria.

Como operadores del derecho en la defensa de NNA, vemos con preocupación que los proyectos de ley desatienden estos principios, partiendo de una idea adultocéntrica sobre los derechos de los/as progenitores. El principio rector que prima a la hora de resolver cuestiones relacionadas a NNA es el interés superior, que viene estrechamente vinculado con una “parentalidad responsable” que necesariamente requiere que ambos progenitores cumplan con las obligaciones de crianza distribuidas de forma equitativa; también significa que ninguno de sus padres va a desatender sus obligaciones, ya sea que convivan o se encuentren separados. Necesariamente requiere un ejercicio de la parentalidad donde los conflictos e intereses de los progenitores ceden frente al interés de su hijo/a.

Pretender imponer a los NNA la “obligación” de tener que residir con ambos progenitores, es desconocer su condición de sujetos de derecho, y cosificar su persona a “un trofeo de guerra” de sus padres. Por lo que tener que dividirse en tiempos equivalentes de convivencia, a pesar de que una vez escuchada su opinión los mismos manifiesten que no tienen voluntad de residir con ambos progenitores, va en contra de las reglas dispuestas en la CDN.

Debemos señalar que el Comité de los Derechos del Niño entiende que es necesario no considerar a los NNA como un grupo homogéneo. El principio del “interés superior” es un concepto elástico que debe ser adaptado a cada niño/a. Cada persona es atravesada por diferentes aspectos sociales, físicos, culturales, económicos, territoriales, religiosos. Por lo que al momento de legislar no se puede “parametrizar” el concepto del interés superior en forma general y abstracta, sino que en cada caso concreto se debe analizar cuál es la solución más adecuada.

En este sentido, vemos con preocupación que las consideraciones expresadas en los proyectos respecto a la evaluación de su voluntad (por ejemplo “en la medida en que sea manifestación de su voluntad reflexiva y autónoma”), vulnera el derecho a ser oído y su

autonomía progresiva como sujetos de derechos. Será ese/a Juez/a quien valorará esa manifestación de voluntad, de acuerdo a la prueba producida en el expediente, y conforme a las reglas previstas en la legislación (concretamente, la sana crítica). Ello no significa que en todos los casos se acepte lo que dice ese NNA y se resuelva en el mismo sentido, pero sí que debe ser escuchado.

También es importante considerar el impacto negativo que derivan de la judicialización de la infancia y adolescencia, en aspectos emocionales, sociales y de estigmatización las que son desarrolladas por otras disciplinas científicas, que estimamos pertinente considerar y que excede a nuestro rol como juristas. Por lo que de modificarse la normativa vigente - en especial los procesos voluntarios- traería como consecuencia la judicialización innecesaria de nuestros NNA, con todos los perjuicios que ello puede aparejar.

En la actualidad, encontramos que en los casos de conflictos judiciales familiares por la relación entre los progenitores se ve truncada la posibilidad del diálogo, reflexión y autocrítica a efectos de encontrar una solución en pos de su hijo/a en el ejercicio de una “parentalidad responsable”. En nuestra experiencia entendemos que las soluciones más adecuadas resultan de la Mediación y Conciliación familiar³ donde todos los sujetos involucrados participan en la elaboración y búsqueda de soluciones. Una solución consensuada facilita el cumplimiento de las obligaciones a cargo de cada uno de los involucrados y evita la imposición de la misma por un tercero.

Por último, respecto aspectos terminológicos, señalamos que no es correcto referir a los NNA como “menores” tal como surge de la propia CDN y nuestro CNA, así como hablar de padre/ madre cuando las organizaciones familiares actuales no necesariamente se conforman por la estructura clásica/ binaria.

5. Consonancia de los proyectos con los procesos de protección (Ley 19.580 y CNA): necesidad de proteger al NNA frente a la urgencia.

En los procesos de protección regulados por las leyes de violencia doméstica, de género y CNA se busca adoptar medidas tendientes al cese de la vulneración y/o amenaza de los derechos de NNA. Como la realidad indica, nuestros NNA sufren estas violencias

³ Actualmente el Poder Judicial cuenta únicamente con 16 Centros de Mediación en todo el país (fuente: <https://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/servicios/item/5164-centros-de-mediacion.html>). Se debe tener presente la actividad conciliatoria que realizamos desde Defensoría a través de la homologación de convenios, y la conciliación judicial que en cada proceso los magistrados deben intentar previo a la continuación de los procesos.

principalmente desde el ámbito familiar, por lo que es necesario la intervención de la justicia para adoptar medidas inmediatas que tiendan a la restitución de los derechos a vivir una vida libre de violencia.

Estas medidas se adoptan según la normativa vigente, en base al principio de precaución, que busca prevenir, sancionar, reparar y erradicar los hechos de violencia. En estos procesos, las partes intervienen con patrocinio letrado, y los/las magistrados/as valoran la situación concreta y las medidas adecuadas adoptar. Cumpliendo con las garantías del debido proceso tal como se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia (fuente: SCJ Sent. 920/2019, 01/04/2019, Tosi, Turell, Minvielle, Chediak, Martínez (r.), disponible en Base de Jurisprudencia Nacional).

Vemos con preocupación que uno de los proyectos (concretamente, el denominado “corresponsabilidad en la crianza” en su artículo 3) considera que “La mera denuncia presentada contra uno de los padres no suspenderá el régimen de tenencia alternada y su ejercicio, hasta tanto no exista una sentencia firme de condena...”, porque no toma en cuenta el principio de precaución y puede traer como consecuencia que el NNA siga en contacto con su progenitor/a agresor/a. Incluso desde la persecución penal, sería muy difícil para el órgano acusador (la Fiscalía) obtener la evidencia necesaria para una condena, si las declaraciones de ese NNA cuyos derechos están siendo vulnerados se realizan mientras mantiene contacto con su presunto agresor/a.

Del tenor del artículo, podría suponerse que en la mayoría de los casos es uno de los progenitores quien denuncia al otro, pero la realidad demuestra que en muchos casos (podríamos hasta decir en la mayoría) de violencia hacia NNA son instituciones estatales, vecinos y/o el propio niño/a quien denuncia. Por ello, entendemos que las medidas cautelares que se adoptan en estos contextos son necesarias y de no adoptarse, se podría exponer a la víctima a nuevas vulneraciones de derechos, desestimando su testimonio y re victimizándolo.

En el proyecto “tenencia compartida responsable” se hace referencia que “en el caso de que se esté frente a un progenitor que ha sido denunciado al amparo de la Ley N° 19.580 y no se le realice la pericia en el marco de los 90 días para retomar el contacto con el/los la/las hijo/a/s se dispondrá un régimen provisorio de visitas para evitar el cercenamiento del vínculo paterno filial denunciado por parte del Tribunal competente”. Ello supone que las consecuencias de las demoras institucionales en la realización de los informes (que son reales, mayoritariamente debido a la escasez de recursos con los que se cuentan) pesarán sobre los NNA, quienes deberán soportar continuar bajo el cuidado de su padre/madre agresor/a. Lo que

debe hacerse es asegurar que los informes técnicos se realicen en tiempos razonables, pero los NNA deben ser protegidos hasta que se sepa con certeza qué ocurrió en su entorno.

Precisamente ese es el fundamento de las medidas cautelares en todo el sistema procesal: evitar la producción de hechos sobre los cuales luego podría no haber reparación. Si se embarga un bien, se hace porque se teme que ese bien desaparezca y el acreedor pueda ver frustrada su pretensión de crédito. En este caso, el riesgo es mayor: se separa al NNA de su presunto/a agresor/a porque de no hacerlo, la agresión puede continuar. Habrá tiempo luego para determinar errores en el procedimiento, mala fe en alguna de las partes o el motivo que fuera que devino en adopción de medidas infundadas (e incluso responsabilidades penales). Pero lo importante, frente a un riesgo tan inmediato y grave, es proteger a ese NNA de cualquier adulto que ataque sus derechos. Y mediante la redacción dada en ambos proyectos, la protección en estas situaciones se ha diluido.

Por último, es importante destacar que a través de estos proyectos se desconoce la reciente modificación que dispuso el CNA en su artículo 123 el cual dispone: “También se entiende por maltrato hacia niñas, niños y adolescentes su exposición a violencia basada en género contra sus madres u otras personas a cargo de su cuidado”. Es decir, un NNA ve también vulnerados sus derechos si es testigo de agresiones contra cualquier persona que se encuentre a su cuidado y por ello es importante que en estas situaciones también se adopten medidas, considerando que sus derechos están siendo vulnerados.

En definitiva, las soluciones que arriban los proyectos en caso de denuncia de violencia en el ámbito familiar se encuentra en contradicción con las normas de protección referenciadas, y ello puede exponer a nuestros NNA a graves riesgos, sobre los que puede no haber marcha atrás.

6. El rol del defensor del NNA y, concretamente, del Defensor Público.

Aprovechamos también este informe para señalar un aspecto que hace al trabajo de la Defensoría Pública, pero también a la protección de los NNA, tema que tocan ambos proyectos de ley.

El patrocinio letrado de NNA genera importantes dificultades, por lo que es de vital importancia la capacitación y formación en este aspecto. Tal es así, que los/as Defensores/as contamos con cursos de capacitación obligatoria que permiten mejorar el trato y la asistencia letrada de esos NNA, que en la gran mayoría de las situaciones se encuentran transitando momentos de mucha angustia, con derechos vulnerados en distintas facetas.

Por ello, y aprovechando esta instancia de discusión de temas tan relevantes, entendemos que es importante comenzar a pensar desde el Parlamento en la necesidad de contar con un servicio especializado que pueda atender las urgencias y especificidades de la materia, creando la Defensoría de NNA para garantizar y mejorar la especialización e independencia, y consolidar el rol que debe tener el abogado del NNA. Contando con una defensa formada y con disponibilidad de tiempo para enfocarse en cada NNA que deba asistir, se podrán garantizar muchos de los derechos que los proyectos tienen como objetivo proteger.

No se contempla la especialización, sino que va en un sentido opuesto, cuando uno de ellos dispone que solo se puede asistir 5 procesos en cada Sede (artículo 7, lit. 2 del proyecto denominado “Tenencia compartida responsable”). Es fundamental que los profesionales adquieran mecanismos para lograr empatizar con esos NNA y realmente conocer cuál de las opciones que se plantean, es la mejor para él o ella, y eso suele lograrse con la práctica (además de la formación).

Por otro lado, no se contemplan los recursos humanos con los que se cuentan y cantidad de casos en trámite. En efecto, por lo general los distintos Magistrados conocen qué profesionales están interesados en mantener contacto genuino con esos NNA, que se preocupan por asesorar y mantienen la objetividad al momento de evaluar las situaciones. Muchos profesionales no están capacitados o siquiera interesados en aceptar estos cargos. Por ello, nos parece relevante señalar que el límite fijado para la asistencia de profesionales ante una misma Sede, puede suponer incluso un colapso del sistema de justicia, que se puede ver paralizado por falta de designación de defensas o rechazos sistemáticos a la aceptación del cargo, especialmente en el interior del país, en donde los foros son más reducidos. En cuanto a la asistencia de los Defensores Públicos, es importante destacar que dicho límite se vuelve aún más inaplicable, considerando que cada uno trabaja en forma simultánea con cientos de NNA a los que asisten en distintos procesos.

Por otro lado, en los últimos tiempos, en la materia de Familia y Familia Especializada se han promulgado normas que acortan los plazos procesales, en razón de la urgencia requerida. Sumado a la inflación que ha tenido la materia por la regulación de los procesos de protección que requieren una judicialización inmediata.

Sin embargo, no es novedad para los/las legisladores que no se ha dotado de recursos que permitan cumplir con esas exigencias legales, lo que ha generado en muchos casos una “saturación” de la justicia de familia e incumplimientos en la implementación (ejemplo:

Juzgados especializados previstos por la Ley 19.580). Tememos que esa situación se replique con alguna de estas reformas.

También vemos con preocupación que se regule el trabajo del defensor, que puede suponer un desmedro de su independencia técnica y el rol de “abogados/as” que debemos cumplir según las disposiciones normativas vigentes. Concretamente, en el proyecto de “Tenencia compartida responsable” se dispone “el modo de realizar la intervención”, cuando la naturaleza jurídica del defensor supone que no se interviene en el proceso, sino que se patrocina, ejerciendo la defensa jurídica de los NNA tal como se haría la de un adulto. Por lo que estimamos que no es conveniente regular cómo deben realizarse las entrevistas con cada uno de los patrocinados, sino que ello debe ser medido en cada caso concreto por el profesional designado, que deberá tener en cuenta la situación puntual en la que se encuentre su defendido. Especialmente, considerando lo estresante que puede ser para un NNA asistir a oficinas judiciales en forma sistemática, obligándolo a concurrir un mínimo de veces, cuando la experiencia indica que en muchos de los casos con una entrevista previa a la contestación de la demanda, es suficiente. En la práctica, en el transcurso del proceso el/la defensor/a suele volver a mantener una entrevista con el NNA, especialmente una vez que se cuentan con informes técnicos u otros datos relevantes que enriquezcan ese contacto, si es que fuera necesario. También surgirán elementos relevantes de su voluntad e interés de las pericias e informes técnicos que se agreguen, sin necesidad de someterlo a otra instancia de diálogo, que podría revictimizarlo.

También en lo que refiere a nuestro rol, debemos señalar que el de los/as defensores/as no es el de asesorar al Magistrado actuante ni ser auxiliar del tribunal en cuanto al fondo del asunto, por lo que no realiza “informes”, sino que, como señalamos, se realiza la asistencia jurídica y siempre en interés de nuestro patrocinado.

Finalmente, debemos señalar que en caso de aprobarse alguno de los proyectos en estudio, estimamos que los recursos de la Defensoría Pública no serán suficientes para cubrir las asistencias en cada uno de los supuestos mencionados. Para poder resolver este tipo de temas, que son tan relevantes en la vida de las personas, se requiere además contar con más Juzgados (lo que incluye funcionarios, magistrados, defensores, técnicos, etc.) y con mejor infraestructura (oficinas adecuadas para entrevistas con NNA, salas de espera separadas, etc.) para que las normas puedan aplicarse de forma acorde.

7. Conclusiones finales.

i. La sociedad actual pone de manifiesto diferentes modelos de “familias” que responden a distintas realidades sociales y a conceptos evolutivos en razón de género. Todos estos modelos son protegidos constitucionalmente, y por ende para que queden abarcados en la normativa se debe promover legislaciones que reconozcan y garanticen la heterogeneidad de las relaciones jurídicas familiares.

ii. Las modificaciones planteadas no son necesarias en el marco de la legislación actual:

a) Nada obsta a que un padre o madre solicite la implementación de un régimen de tenencia compartida o de visitas, si esa fuera la solución que mejor contemplara el interés del NNA.

b) La co-responsabilidad de los progenitores determina la equidad de derechos, facultades y obligaciones.

iii. En los conflictos de familia es importante profundizar los medios alternativos de resolución de conflictos sobre la judicialización, cuando no haya situaciones de violencia o vulneración de derechos. Se identifica un aumento de procesos judiciales en materia de familia, derivados de conflictos no resueltos entre adultos, que evidencian la dificultad para los/las progenitores/as de lograr a través del diálogo una solución común en pro de sus hijos/as. Ello puede resolverse en un ámbito de mediación, sin necesidad de intervención de un Juez.

iv. Los proyectos tienen un enfoque adultocéntrico, ya que la solución respecto a los regímenes de tenencia y/o visitas no son enfocados desde la preponderancia del interés superior del NNA. Determinar de antemano de forma general y abstracta el régimen de tenencia con el que se deben regir todas las familias, es desconocer la heterogeneidad de los NNA y sus grupos familiares.

v. Debe reconsiderarse la participación de NNA en los procesos judiciales como verdaderos sujetos de derecho, asistidos por un defensor que garantice el cumplimiento de sus derechos. Es importante comenzar a pensar desde el Parlamento en la necesidad de contar con un servicio especializado que pueda atender las urgencias y especificidades de la materia, creando la “Defensoría de NNA” para garantizar y mejorar la especialización e independencia, y consolidar el rol que debe tener el abogado del NNA

vi. Vemos con preocupación el alcance de las medidas cautelares de protección en caso de denuncias de violencia de género, doméstica, derechos vulnerados, maltrato, explotación y abuso sexual de NNA. Destacamos la importancia de evitar la producción de hechos sobre los cuales luego podría no haber reparación.

vii. Advertimos que la mayoría de los procesos de familia que resuelven aspectos de la vida de NNA refieren a pensiones alimenticias y solicitudes de ratificaciones de tenencias voluntarias a los efectos de ser presentadas ante BPS, cuyos trámites estos proyectos no abordan. Se deja por fuera la gran mayoría de las situaciones objeto de los procesos de tenencia que se tramitan ante el Poder Judicial en la actualidad - las cuales en su mayoría corresponden a personas en condición de vulnerabilidad principalmente social/económica - cuya tramitación es exigida por parte del Estado para ser beneficiarios de prestaciones sociales. De aprobarse los proyectos, y crear la “ficción” de que ambos progenitores cumplen de manera equitativa con sus deberes, se dificultará la tramitación de los procesos colapsando el sistema y privando a los NNA en situación de pobreza de acceder a los beneficios sociales y pensiones alimenticias,

Quedando a vuestra disposición por cualquier aclaración o ampliación al presente.

Saluda muy atte.,

Comisión de Género de ADEPU