

Informe del Instituto Uruguayo de Derecho de Derecho Procesal
Proyecto de Ley de corresponsabilidad en la crianza
Comisión de Constitución, Legislación General y Administración
Carpeta N° 2774 de 2022

1. Introducción

1.1. Existencia de un estatuto protector de los derechos de los NNA

Existe coincidencia tanto a nivel de doctrina como jurisprudencia relativa a los procesos que versan sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) de que existe un verdadero estatuto protector de sus derechos humanos que resulta de la consideración de un sujeto especial de tuición jurídica, una persona en desarrollo a quien debe garantizarse el acceso a la justicia¹.

Dentro de las normas que conforman el estatuto protector de los niños, niñas y adolescentes, una norma fundamental fue la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN) que fue aprobada por la Ley N° 16.137 del 26/9/1990, por lo cual, desde esa fecha, forma parte del marco normativo aplicable.

Su puesta en vigencia implicó un cambio de paradigma en cuanto al tratamiento de los derechos de los NNA, ya que se varió de su consideración como objeto de derechos a sujeto objeto de protección. Además significó el establecimiento de conceptos fundamentales en materia de la protección de los derechos humanos de los NNA como la protección de su interés superior, el derecho a ser oído y que su opinión debe ser tenida en cuenta en todas las decisiones que afecten su vida, de conformidad con el criterio de la autonomía progresiva de su voluntad, consagrados en los arts. 3, 5 y 12 de la CDN respectivamente.

Uno de los grandes pilares en los que se sustenta la CDN fue materializar y garantizar el acceso a la justicia de los niños, niñas y adolescentes, consagrándolo en forma amplia en su art. 3°; que dispone: *“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”*.

¹ Cavalli, E., Ginares, V.; “Hacia la conformación de un estatuto procesal de NNA”, Ponencia presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Minas – Lavalleja, set. 2019, pp. 433 y 434.

La trascendencia de este concepto es tal que se entiende que no constituye un interés en sí mismo, sino que se debe considerar como pauta interpretativa y como pilar fundamental para garantizar la vigencia de los demás derechos.

Su contenido ha sido largamente explicitado tanto en doctrina, como en jurisprudencia, a nivel internacional como nacional. A vía de ejemplo podemos recordar lo sustentado por Cillero Bruñol, quien considera que todo niño, niña o adolescente es un sujeto de derechos, cuyas necesidades y requerimientos pueden diferir de las de sus padres. En caso de conflicto entre ambos tipos de intereses, deberá realizarse un análisis ponderado de los mismos pero siempre priorizando la solución que propugne con mayor efectividad el ejercicio de los derechos fundamentales de los niños involucrados².

Otro de los pilares fundamentales en cuanto a la protección de los derechos de los niños se desprende de los arts. 5 y 12 de la CDN, que consagran el concepto de autonomía progresiva de la voluntad. El art. 5 menciona el respeto de los derechos y deberes de padres, tutores, miembros de la familia ampliada y la propia comunidad de impartirle al niño dirección u orientación “*en consonancia con la evolución de sus facultades*”.

El art. 12 CDN dispone el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, y, consecuentemente, el derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño³.

El contenido de esta disposición ha sido especificado en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño. En este instrumento, se ha considerado que no puede partirse de la premisa de que el niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, sino de la premisa inversa, es decir, que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene el derecho de expresarlas⁴.

² Cillero Bruñol, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, ed. Temis - De Palma, Bs. As., 1998, p. 81.

³ El art. 12° de la CDN dispone: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas procedimentales de la ley nacional”.

⁴ La referida Observación fue aprobada en el 51° período de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009. Sobre su contenido puede consultarse: Cavalli, E; “El niño ante los procesos de familia”, p.100 y Díaz, M. del C., “El niño como sujeto de derechos”, pp. 154 a 157, ambos trabajos publicados en *Procesos de Familia*, 2° ed., FCU, Mdeo., julio 2016.

En la referida Observación General se considera que el derecho de todos los niños de ser escuchado constituye uno de los valores esenciales de la CDN, colocándolo en el mismo plano que el derecho a la no discriminación, a la vida y al desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

1.2. Aplicación de estos conceptos en el ámbito nacional: arts. 6° y 8° CNA

El legislador nacional ha tratado de adaptar la legislación a los lineamientos de la CDN, sancionando un elenco de normas con esta finalidad. Como etapas importantes dentro de esta evolución legislativa se puede señalar en primer término la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) en el año 2004, por la Ley N° 17.823 del 7/9/2004 y, en segundo lugar, el elenco de normas sancionadas a partir del mes de abril de 2017, que serán analizadas en el apartado correspondiente.

Por su fundamental importancia en el tema es importante mencionar el art. 6 CNA que previó el interés superior del niño o adolescente como criterio de interpretación e integración de todo el cuerpo normativo.

La norma citada expresa -en términos similares a la CDN- que ese interés se traduce *“en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana”*. La referida norma agrega: *“este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos”*⁵.

Esta norma debe armonizarse con el art. 8° CNA, que se erige como otra norma fundamental en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que: (i) reconoce que el niño, niña o adolescente es sujeto de derechos inherentes a la persona humana; (ii) consagra su derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida; y (iii) establece que los derechos de los niños *“serán ejercidos conforme a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales”*.

⁵ En cuanto al alcance de esta disposición, sostiene Cavalli: *“el CNA en su art.6° establece como criterio de interpretación e integración, el interés superior del niño o adolescente. No puede decirse que el interés de todo niño o adolescente sea lo que los adultos consideremos adecuado de acuerdo a parámetros objetivos. Tener en cuenta su interés supone oírlo de la manera que ello sea posible. ...”*. De lo contrario, como expresa el referido autor: *“si no pudiera demostrar al juez la veracidad de lo que expresa y no pudiera impugnar lo decidido por el tribunal, caeríamos en una actitud de aplicación de la Convención, en cuanto a las formas pero derogándola en la sustancia”* (“El niño ante los procesos de familia”, *Procesos de Familia* cit., pp. 95-114).

El artículo mencionado consagra, asimismo, la asistencia letrada preceptiva de los NNA y, simultáneamente, el poder-deber del juez de designarles un curador – defensor. Esta designación se realiza “*cuando fuere pertinente*”, por lo cual se confiere al magistrado actuante determinado margen de discrecionalidad.

1.3. Existencia de una adecuada legislación respecto de los temas incluidos en la reforma

No se advierte la necesidad de modificación de la legislación relativa a la materia en el sentido que se recomienda en el proyecto en estudio, por cuanto en la normativa vigente existe una regulación adecuada respecto a los temas incluidos en la reforma y adaptada a las previsiones de la CDN y al resto de los convenios internacionales tuitivos de los derechos de los NNA.

Debe tenerse presente que la gran mayoría de las tenencias y guardas que se ventilan en los juzgados de familia se resuelven por medio de acuerdos a los que arriban los padres y solicitan su homologación en la vía judicial.

En el caso de la guarda jurídica normalmente no existen discrepancias entre los padres en cuanto a su ejercicio en forma conjunta, salvo las hipótesis en las cuales existen factores graves que lo obstaculicen, como los casos en los que existen situaciones de violencia.

En lo que respecta a la tenencia generalmente los padres separados resuelven este tema por medio de acuerdos y la intervención judicial se limita a su homologación. En estas convenciones entre los padres resulta común que se establezcan regímenes de tenencia compartida en los que se considera la opinión de los niños involucrados, especialmente de los adolescentes, aplicando el criterio de la autonomía progresiva de la voluntad.

Otro gran porcentaje de tenencias que llegan a la vía judicial se resuelven en la audiencia correspondiente al proceso extraordinario, en la cual se intenta arribar a un acuerdo entre los progenitores. En estos casos, ya se ha designado a la Defensa del NNA, la que tiene una participación activa en la realización de los acuerdos y en la transmisión de la opinión y los deseos de los NNA involucrados.

Por tanto, los procesos que tienen como objeto la determinación de la tenencia de los NNA involucrados representan un porcentaje mínimo de todos los promovidos con esa finalidad.

Otros se caracterizan por la existencia de un alto nivel de conflictividad de los padres, que, en muchas situaciones, derivan o incluyen situaciones de violencia, malos tratos y otras graves vulneraciones de los derechos de los NNA, que deben ser resueltas armonizando las previsiones de

la Ley N° 19.580 de Violencia hacia las Mujeres basada en género del 22/12/2017, las modificaciones al CNA previstas en la Ley N° 19.947 del 19/4/2019, la CDN, y todo el estatuto de protección de los derechos humanos de las niñas y niños y adolescentes mencionados en la introducción del presente informe.

Se coincide con lo señalado en el informe realizado por el Comité de los Derechos del Niño de Uruguay y otras ONG defensoras de los derechos de los niños cuando afirman: *“las modificaciones proyectadas podrían tener alguna justificación si la Justicia a la hora de dictaminar sobre la tenencia de las y los niños, privilegia a algunos de los progenitores en detrimento del otro. Sin embargo, no existen evidencias, estudios ni investigaciones que avalen tal supuesto”*.

Se añade en el referido documento: *“ambos padres tienen los mismos derechos y las mismas obligaciones, por lo que no se entiende el fundamento para estas modificaciones al régimen actual de tenencia el que, en definitiva, en nuestro derecho se limita a determinar con quién vive el niño o no niña, sin restringir absolutamente en nada los atributos de la patria potestad o el ejercicio de la guarda, esta sí, en general compartida por ambos progenitores. ... La corresponsabilidad en los cuidados de niñas, niños y adolescentes se manifiesta en distintas dimensiones ya que supone acompañarlos, orientarlos y contribuir positivamente en su proceso de crecimiento y desarrollo. Esto requiere cambios culturales en nuestra sociedad: en las tareas de cuidado, en la división sexual del trabajo, en la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, entre otras. Estas no se van a producir como consecuencia de la imposición legal de la tenencia compartida...”*.

Se postula además que *“la mirada desde de los derechos de los niños, niñas y adolescentes implica darles protagonismo y escucharlos en sus sentimientos, pareceres, preferencias y elecciones. De esta forma, un niño o niña puede preferir, en determinado momento de su vida, pasar más o menos tiempo con su padre o madre u otros familiares, y eso no significa que se lesionen los derechos de los adultos, sino que nos compromete a tener especialmente en cuenta la voluntad del niño, niña y adolescente, su interés superior y autonomía progresiva”*.

Se concluye en el informe referido: *“Forzar la división de la tenencia en forma arbitraria prioriza el interés de los adultos sobre los del niño, niña o adolescente”*⁶.

⁶ Informe del Comité de los Derechos del Niño de Uruguay, Anong Uruguay y la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual elevado al Parlamento en octubre de 2020.

2. Análisis del proyecto

2.1. Normas relativas la corresponsabilidad en la crianza

- Art. 1º: Principio de corresponsabilidad en la crianza

La norma establece que se entiende como tal que *”ambos padres tienen derechos y obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de los niños y adolescentes, cualquiera sea el régimen de tenencia fijado judicialmente o por acuerdo”*.

Lo que se postula como principio ya se encuentra regulado en el art. 18 num.1º de la CDN y en el art. 14 del CNA, a los cuales remite el texto proyectado, por lo que no resulta justificada su reiteración⁷.

Por otra parte, la justa distribución de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad es una cuestión que se ha aplicado en nuestro sistema desde la vigencia del CC.

Cabe recordar que el art. 176 CC prevé que *“ambos cónyuges quedan solidariamente obligados al sostén y educación de los hijos”*. El art. 177 CC, por su parte, dispone que: *“las convenciones que celebren los cónyuges y las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos anteriores, sólo podrán recaer válidamente sobre la tenencia de los hijos, que podrán ser confiados a uno, a ambos cónyuges o a un tercero o repartida entre ellos, pero todos los demás derechos y deberes corresponderán a los cónyuges con arreglo a las disposiciones del Título VIII de este libro”* (destacado nuestro).

El art.14 inc. 2º CNA también reafirma la existencia de obligaciones y derechos comunes de los padres en relación al cuidado de sus hijos en los siguientes términos: *“el Estado podrá el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres o sus representantes legales, cuya preocupación fundamental será el interés superior del niño, tienen obligaciones y derechos comunes en lo que respecta a la crianza y su desarrollo. El Estado asegurará la aplicación de toda norma que dé efectividad a esos derechos”*.

⁷ El art. 18 num. 1º de la CDN establece que: *“los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial en la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés superior del niño.”* Este artículo debe armonizarse con el art. 5 del mismo texto normativo que establece: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”*

2.2. Normas relativas a la determinación de la tenencia

- Art. 2°: sustituye el art. 34 CNA: determinación de la tenencia

A los efectos de poder emitir opinión sobre normas relativas a la determinación de la tenencia resulta necesario recordar los conceptos de guarda y su distinción entre guarda jurídica y material, de amplia aplicación tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia nacional en materia de Familia.

La guarda ha sido conceptualizada como *“un poder deber- de los padres en ejercicio de la patria potestad, derivado de ella, que concierne a la educación, corrección, responsabilidad por daños, fijación de domicilio, etc.”*.

A su vez, se estima que la guarda jurídica deriva del instituto de la patria potestad y es la que ejercen ambos padres, salvo que alguno o ambos esté alcanzado por una sentencia firme desfavorable por la cual se haya dispuesto la pérdida o limitación de la misma. La guarda material refiere al contacto efectivo entre el niño, niña o adolescente y su padre, lo que se conoce también como tenencia⁸.

En sentido coincidente ha expresado Mirabal: *“así como la guarda es el poder deber consistente en orientar la educación del niño y guiarlo en la formación de su personalidad, la tenencia es la aplicación efectiva e inmediata de la misma, basada en la convivencia diaria. El ejercicio de la tenencia efectiva del niño, niña o adolescente no debe considerarse una disminución de las potestades del progenitor no conviviente, sino la mera realización cotidiana de las pautas señaladas por el consenso de ambos progenitores”*⁹.

El inc. 1 del art. 2 del proyecto en estudio señala que: *“la responsabilidad en la crianza, la educación y desarrollo integral de los niños y adolescentes corresponde a ambos padres”*.

Esta inclusión no resulta necesaria, al constituir una reiteración de conceptos que ya se aplican, desde larga data, pacíficamente, en nuestro sistema de derecho de familia. Como también lo es la mención a que *“la patria potestad únicamente podrá perderse por las causales previstas en los arts. 284 y 285 del Código Civil”*.

⁸ Rivero de Arhancet, M., Ramos Cabanellas, B., Morales Figueredo, V., *Familia y Derecho*, t. II, 1ª ed., FCU, Montevideo, 2004, p. 297. En similar sentido: Guerra, W., “Procesos de guarda, tenencia y visitas en relación a niños y adolescentes regulados por el CNA”, RUDP, *Procesos de Familia*, t. I; 3ª ed., FCU, Montevideo, dic. 2021, p. 642.

⁹ Mirabal, G., con la colaboración de Emmenenguer, M. E., Veiga Torres, A., *CNA Comentado, anotado y concordado*, 3ª ed., La Ley Uruguay, 2021, p. 138.

La primera parte del inciso tercero del texto en análisis mantiene la solución del art. 34 CNA, en cuanto a que, en caso de que los padres estén separados, debe conferirse prioridad a los acuerdos a los que arriban en relación con el ejercicio de la tenencia y a que, en caso de que no exista este acuerdo, la tenencia la resolverá el Juez de Familia, dictando las medidas necesarias para su cumplimiento.

Se agrega a este inciso la mención a que el Juez de Familia deberá: *“garantizar el efectivo ejercicio del derecho y deber de ambos padres de participar activa, equitativa y permanentemente en la crianza, educación y desarrollo integral de los niños y adolescentes cualquiera sea el régimen de tenencia resuelto”*.

- Art. 3º: sustituye el art. 35 CNA: tenencia alternada o compartida. Facultades del Juez de Familia¹⁰

En la primera parte del art. 3 del proyecto se introduce el principio de corresponsabilidad en la crianza y además se añaden una serie de parámetros a considerar para la fijación de la tenencia alternada o compartida.

En la segunda parte de la norma se regulan aspectos procesales como es el caso de la legitimación de los padres para promover los procesos de tenencia, la fijación del régimen de visitas, las medidas a adoptar en este tipo de procesos para el cumplimiento del régimen de tenencia fijado y la ejecución del mismo.

Por tratarse de temas diversos sería aconsejable que todos los temas relativos a normas procesales se trataran en forma conjunta en el artículo 5 del presente proyecto que regula la estructura procesal a seguir cuando se ventilan estas pretensiones.

En función de lo expresado, ambos temas se tratarán en forma separada a los efectos de su mejor comprensión:

A) Parámetros para la fijación de la tenencia alternada o compartida

¹⁰ El art. 35 CNA en su redacción actual bajo el acápite “Facultades del Juez de Familia” regula las recomendaciones a tener en cuenta para fijar la tenencia en aquellos casos en los que no existe acuerdo entre los padres: *“A) El hijo deberá permanecer con el padre o la madre con quien convivió el mayor tiempo, siempre que lo favorezca. B) Preferir a la madre cuando el niño sea menor de dos años, siempre que no sea perjudicial para él. C) Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente.”*

El texto que se analiza habilita a solicitar el régimen de tenencia compartida o alternada de los NNA. No obstante no menciona la hipótesis de que la tenencia se otorgue en forma exclusiva a uno de los progenitores.

En el párrafo final de la norma, se expresa que: *“si las condiciones familiares lo permiten, el Juez privilegiará la tenencia compartida en la medida que ésta resulte la mejor forma de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente”*.

Los jueces de familia han regulado los procesos de tenencia considerando las circunstancias del caso concreto, en base al principio de autonomía progresiva de la voluntad del NNA y en el respeto prioritario del interés del NNA. En función de estos parámetros han determinado si corresponde, en cada caso concreto, la tenencia exclusiva, compartida o alternada, para asegurar en la mejor medida posible el interés del NNA. Por tales motivos, no se comparte el mandato de la ley que privilegia el sistema de tenencia compartida, en detrimento de otros que pueden resultar más idóneos según las circunstancias de cada caso. El texto propuesto torna rígida una solución que debe adaptarse a cada NNA y a cada situación (vínculos con el entorno, lugar de educación, centro de amistades, otros familiares o referentes).

En cuanto a la enunciación de los parámetros que deberán considerarse para la fijación de la tenencia no resulta taxativa en función de lo dispuesto en el lit. 1) que habilita la inclusión de: *“cualquier otro factor que, atendiendo las circunstancias del caso, contribuya en beneficio del niño o adolescente”*. Ello resulta adecuado a la flexibilidad necesaria que deben revestir las normas que regulan los derechos humanos de los NNA, para que puedan ser adaptadas al caso concreto de acuerdo a las pautas establecidas en la Observación N° 14 del Comité de los Derechos del Niño que prevé que el interés del niño es un concepto flexible y dinámico a la vez¹¹.

El literal A) del art. 3° remite a las previsiones de los arts. 8 y 16 lit. C) del CNA. El primero de los arts. mencionados se erige como otra norma fundamental en materia de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que: (i) reconoce que el niño, niña o adolescente es sujeto de derechos inherentes a la persona humana; (ii) consagra su derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida; y (iii) establece que los derechos de los niños *“serán ejercidos conforme a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la*

¹¹ Observación N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 62° período de sesiones, 14/1 al 1/2/2013, párr. 32.

Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales”.

El art. 16 lit C) del CNA establece, como contracara de los derechos de los NNA consagrados en el art. 8 mencionado, el deber de los padres *“de respetar el derecho de ser oído y considerar su opinión”*.

Se coincide con el proyecto en cuanto a que la opinión del niño o adolescente debe recabarse *“en ámbito adecuado y adoptándose todas las medidas para garantizar que la misma sea la expresión de su voluntad reflexiva y autónoma, según su grado de desarrollo cognitivo y autonomía progresiva”*.

Existe coincidencia tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial en cuanto a que deben existir entrevistas privadas entre el niño y su defensa, sin presencia de los padres y en un ambiente adecuado que garantice el diálogo fluido entre cliente y abogado patrocinante, de la misma forma que se realiza con un defendido mayor de edad¹².

También resulta adecuada la mención de evitar la comparecencia reiterada o innecesaria del NNA a declarar. Merece destacarse la especial preocupación por parte del legislador de evitar la reiteración de la declaración de los niños de conformidad con lo en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño¹³.

Resulta correcta asimismo la inclusión como parámetro para determinar la forma en la que se va a ejercer la tenencia *“Las recomendaciones que surjan de informes del defensor del niño o adolescente, así como de otros profesionales idóneos, en caso de ser necesarios a juicio del Juez”*.

No obstante, la posibilidad de solicitar informes de otros profesionales idóneos como por ejemplo informes de los psicólogos tratantes de los niños o adolescentes, informes periciales de psiquiatras, asistentes sociales, etc., no es de resorte exclusivo del Juez. Estos medios de pruebas pueden resultar muy efectivos para evaluar el nivel de madurez y autonomía de cada niño, así como

¹² Cavalli, E., “El niño ante los procesos de familia” cit. p. 114; Díaz, M del C., “El niño como sujeto de derechos”, *Procesos de Familia*, FCU, 2° ed., julio 2016, pp. 115 a 232; Baluga, C., “Estatuto de niños, niñas y adolescentes y la necesidad de la defensa jurídica”, *Procesos de Familia*, FCU, 3° ed., dic. 2021, pp. 314 y 315.

¹³ Observación General N° 12; sobre “El derecho del niño a ser escuchado”, aprobada por el Comité de los Derechos del Niño en su 51° período de sesiones, 25/5 al 12/6/2006, párr. 24. En el ámbito nacional Cavalli y Ginares, consideran que existe un verdadero principio de no repetición, que se aplica tanto la declaración del niño como a las pericias. Estiman los referidos autores, que la realización de peritajes no pueden vulnerar los derechos humanos de los niños y adolescentes. “Hacia la conformación de un estatuto procesal de NNA”, ob. cit., pp. 440 y 441.

el contexto en el cual fue emitida su opinión. Por ello, también pueden solicitarse por las partes incluyendo, naturalmente, la defensa de los NNA.

En cuanto a los parámetros mencionados en los lits. B) y C) de la norma que se analiza, también resultan de aplicación corriente por los jueces de familia¹⁴.

Además de los parámetros mencionados, en el art. que se comenta existen otros que refieren a aspectos vinculados con los intereses de los padres y no de los niños apartándose de los textos mencionados precedentemente relativos a la protección de los derechos de los NNA.

Se trata de los literales D) y G). El lit. D) menciona: *“la dedicación efectiva que cada uno de los padres pueda seguir desarrollando de acuerdo a sus posibilidades, sin perjuicio de ponderar también el compromiso que el otro padre ofrezca y garantice en el futuro.* El lit. G), por su parte, refiere a: *“el domicilio de los padres, la distancia entre ambos domicilios, así como también respecto del centro educativo al cual asista el niño o adolescente, o cualquier otro centro de actividad o relacionamiento social relevante pasa su desarrollo o bienestar, así como los medios de transporte y disponibilidad de los padres para los traslados necesarios”*.

Se coincide con lo señalado en el Informe del Comité de los Derechos del Niño, en cuanto a que: *“los apoyos emocionales y afectivos y el acompañamiento en todas las instancias de la vida, son las formas en la que se expresa esa corresponsabilidad y que no tienen que ver necesariamente con el lugar de residencia o con una división cuantitativa del tiempo que pasa con uno y con otro”*¹⁵.

El Lit F) refiere a *“Los acuerdos a que hubieren arribado los padres extrajudicialmente – con anterioridad o durante el juicio – y de los cuales surja prueba en forma fehaciente, aun cuando se hayan ejecutado temporalmente”*. Si bien los acuerdos extrajudiciales de las partes en relación a la tenencia son considerados por parte de los jueces como uno de los elementos para determinar la tenencia, resulta confusa la redacción de este literal por cuanto incluye la *“prueba fehaciente de los mismos”*, sin especificar qué se entiende por prueba fehaciente, y quién o quienes determinan el alcance de este concepto. Similares consideraciones son aplicables al giro *“aun cuando se hayan ejecutado temporalmente”*.

¹⁴ A vía de ejemplo se señala: SCJ, sents. N° 1445/2019 y N° 111/2018 publicadas en Mirabal, G., con la colaboración de Emmenenguer, M. E., Veiga Torres, A., *CNA Comentado, anotado y concordado cit.*, pp. 166 a 168.

¹⁵ Informe del Comité de los Derechos del Niño de Uruguay, Anong Uruguay y la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual elevado al Parlamento en octubre de 2020.

Por último, el lit. H) regula la situación de los *“niños menores de dos años que se encuentren en etapa de lactancia, el régimen de tenencia deberá contemplar esta realidad y adaptarse a las necesidades del niño según su desarrollo”*.

Esta inclusión resulta ajustada a la realidad actual en los que padres comparten la corresponsabilidad en la crianza desde la más temprana edad de sus hijos. Implica una adecuación de la norma a una realidad distinta a la que se tuvo en cuenta cuando se redactó el art. 34 CNA en el cual todavía se prefería conferir la tenencia a la madre cuando *“el niño sea menor de dos años...”*

En el art. 3° del proyecto además se incluye el mandato al juez de fijar *“el régimen correspondiente a las visitas previsto en el artículo 39 del presente Código, procurando que los niños y adolescentes compartan tiempos equitativos de convivencia con cada uno de sus padres y evitando la separación de los hermanos”*.

No se advierte como necesaria la inclusión de normas que regulan las visitas en un artículo referido a la fijación de la tenencia. El proyecto establece normas relativas a las visitas por lo que resultaría preferible que este instituto se tratara en forma independiente. Se trata de procesos con objetos distintos, por lo que si bien pueden acumularse, no necesariamente se promueven en forma conjunta.

B) Normas procesales incluidas en el art. 3 del proyecto

En cuanto a la regulación de normas procesales en el texto del art. 3° del proyecto, se establece que *“en caso de no existir acuerdo entre los padres, cualquiera de ellos estará legitimado para presentarse ante el Juez y solicitar el régimen de tenencia compartida o alternada del niño o adolescente”*.

Se reitera en forma innecesaria en el texto del art. 3° del proyecto que *“sin excluir otros posibles legitimados, cualquiera de los padres está legitimado para promover el proceso de tenencia alternada en aplicación del principio de corresponsabilidad en la crianza ante el Juez competente”*. La inclusión de este inciso no resulta necesaria puesto que encuentra regulada en la redacción actual del art. 35 CNA.

También resulta sobreabundante la inclusión expresa en el texto del artículo relativa al dictado de las *“medidas necesarias para el pronto y efectivo cumplimiento del régimen fijado, en atención al principio de corresponsabilidad en la crianza y el interés superior del niño o*

adolescente”, por cuanto los jueces de familia disponen en forma permanente este tipo de medidas habilitadas por la legislación vigente.

En cuanto al cumplimiento de la tenencia, por tratarse de un mandato judicial debe ser cumplido, aun en ausencia de voluntad de las partes, existiendo diversos mecanismos judiciales tendientes a su cumplimiento en forma coactiva. Por tanto, la inclusión de este inciso no resulta necesaria, así como tampoco la mención a los motivos concretos de la oposición por *“el mal relacionamiento con el otro”*. Se trata de uno de los motivos alegados por las partes para oponerse a la tenencia. Empero, los jueces no aceptan esta mera alegación como válida para resolver modificaciones o cese en el régimen de tenencia fijado.

Por último, también resulta reiterativa y sobreabundante la mención a que una vez que se fije el régimen de tenencia *“se asegure el mantenimiento de los vínculos familiares de los niños y adolescentes con las familias ampliadas de cada uno de ellos, se vele por la estabilidad familiar de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución, así como el mantenimiento de la situación en que el niño o adolescente venía desarrollando su vida y, en definitiva, todos aquellos que sean provechosos para que los niños y adolescentes desarrollen sus vidas y alcancen la madurez en las condiciones más adecuadas”*.

2.3. Normas relativas a la estructura procesal y otras cuestiones procesales. Art. 5 del proyecto

En el art. 5 del proyecto se mantiene la opción por la estructura del proceso extraordinario previsto en los *“artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso”* para la tramitación de las pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes. Como observación debe indicarse que la remisión – similar a la utilizada actualmente en otros textos del CNA – no es totalmente correcta. En efecto, de los referidos en la disposición proyectada, el art. 346 del CGP refiere a la estructura del proceso extraordinario y el artículo 347 regula el régimen recursivo de ese proceso y la posibilidad de revisión de la situación resuelta ante el cambio de circunstancias. En cambio, el art. 349 sólo regula los objetos que se sustancian por proceso extraordinario; y el art. 350 establece reglas especiales para diversas pretensiones. Sugerimos que se indique que se regularán por las disposiciones que refieren al proceso extraordinario (arts. 346 y 347) y por las previstas en el art. 350, en lo que sea pertinente.

Como especialidad se introduce un plazo máximo de 120 días para el dictado de la sentencia definitiva contados desde la presentación de la demanda, el cual podrá ser prorrogado por treinta días por el Juez, por motivo fundado y en circunstancias excepcionales.

Si bien se coincide con la finalidad de la norma de acelerar la resolución de este tipo de procesos, la introducción de este plazo por sí misma no resulta un mecanismo eficaz para lograr este cometido, si no se acompaña con una reforma orgánica de los tribunales de familia, en la que se deberían crear mayores juzgados y dotarles de un presupuesto adecuado para su funcionamiento. Esta situación se acentúa en los juzgados del Interior, que tienen competencia en varias materias, lo que dificulta aún más el cumplimiento de este plazo ante la cantidad de volumen de trabajo que tienen muchas de estas Sedes.

En el inciso final del artículo se prevé que la ratificación de tenencia se tramitará por el proceso voluntario de conformidad con lo dispuesto en los arts. 402 y siguientes del CGP, con lo cual se retorna a la solución prevista en el art. 37 CNA, que podía llegar a considerarse derogado por el art. 349 num. 3 CGP. Resulta inapropiada la remisión genérica a los arts. 402 “y siguientes”. Estrictamente, el legislador debería optar por una de las tres estructuras generales del voluntario (arts. 404, 406.2 o 406.3). De no aclararlo, se debería seguir la estructura general del art. 404 del CGP.

La mención que se realiza en el proyecto relativa a que el Juez competente para conocer en dichas pretensiones es el juez del domicilio del niño o adolescente, es el criterio de asignación de competencia previsto en la redacción actual del art. 37 CNA, por lo que no se advierte la necesidad de su inclusión en el texto de la norma.

- Art. 4°: agrega el CNA el artículo 35 BIS y refiere a cuestiones que se suscitan durante el régimen de la tenencia.

En el texto de esta norma se regulan los siguientes temas: (i) en literal A), las sanciones a aplicarse en caso de incumplimiento del régimen fijado de tenencia; (ii) en el literal B), situaciones vinculadas con la adopción de medidas cautelares a raíz de una denuncia formulada por un progenitor contra otro; (iii) Lit. C), aplicable también en casos de adopción de medidas cautelares, se prevé el respeto del derecho de visitas de los niños y adolescentes y del denunciado.

- Análisis del lit. A)

En el lit. A) de este artículo se establece que *“en caso de incumplimiento del régimen fijado, serán aplicables las sanciones previstas en el art. 43 del presente Código, sin perjuicio de la aplicación del artículo 279 B del Código Penal”*.

Existe coincidencia a nivel doctrinario y jurisprudencial en cuanto a que la conducta de cualquiera de los padres, con la finalidad de impedir u obstaculizar la comunicación paterno – filial, configura una forma de maltrato infantil. Por ello se establecieron las sanciones previstas en el art. 43 CNA (mutación de la tenencia, remisión de los antecedentes a la justicia penal)¹⁶.

La segunda oración del lit. A expresa: *“se considera incumplimiento reiterado del régimen fijado el entorpecimiento o impedimento del mismo en dos oportunidades sucesivas, o en cuatro oportunidades dentro de los dos meses”*.

En el texto de la ley se realiza la graduación de lo que se considera incumplimiento reiterado, lo que no luce adecuado. Se introduce un amplio margen de discrecionalidad en la interpretación, que puede crear problemas en cuanto a su aplicación en cuanto no define a qué refiere con la expresión *“en dos oportunidades sucesivas”*, así como tampoco desde cuándo y cómo se computan las *“cuatro oportunidades dentro de los dos meses”*.

En el inciso final art. 7° del proyecto se incluyó la misma sanción que resulta aplicable en los casos en los que existe incumplimiento de permitir visitas, pero se cambia la redacción de la graduación por la siguiente: *“debiendo tenerse especialmente en cuenta para la graduación de las mismas la reiteración injustificada en el entorpecimiento o impedimento del contacto”*. Esta última redacción es más adecuada que la utilizada en el art. que se comenta. No existe justificación a la diferente redacción de ambas normas.

- **Análisis del lit. B)**
- **A) Distinción entre medidas cautelares y provisionales**

En este tema se observa con claridad la relación que se establece entre dos valores fundamentales: la necesidad del dictado de una providencia eficaz y sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para arribar sin demora al dictado de una providencia definitiva. Justamente, ya destacaba Carnelutti¹⁷ que la finalidad del proceso cautelar era la de evitar que la duración del proceso se resuelva en una alteración del equilibrio inicial de fuerzas entre las partes.

¹⁶ Mirabal, G., con la colaboración de Emmenenguer, M. E., Veiga Torres, A., *CNA Comentado, anotado y concordado* cit., p. 228.

¹⁷ Carnelutti, F., *Derecho Procesal Civil y Penal*, Colección Clásicos del Derecho, p. 231.

Es por ello que las providencias cautelares representan una conciliación entre las exigencias de celeridad – justicia y ponderación. El equilibrio entre ambos factores resulta contemplado en todos los sistemas procesales, ya que la búsqueda de la eficacia del proceso en términos temporales y la necesidad de evitar la inejecución de resoluciones judiciales o evitar daños de difícil reparación deben conjugarse necesariamente con el respeto de las garantías del debido proceso y la defensa en juicio.

Solo así se logra la finalidad última de la tutela cautelar, que no es otra que servir de instrumento para asegurar el éxito de la sentencia definitiva, que a su vez es un medio para lograr la actuación del derecho. Las medidas cautelares así concebidas representan un instrumento del instrumento.

Nuestro sistema civil no escapa a estas premisas, y organiza los presupuestos necesarios para el dictado de una providencia cautelar en base a este necesario equilibrio entre la necesidad de celeridad y la búsqueda de la eficacia del fallo judicial y el respeto a las garantías del debido proceso.

En relación con el primero de los valores mencionados, nuestro ordenamiento procesal requiere como presupuesto para el dictado de una medida cautelar, la apariencia del buen derecho, el cual debe acreditarse sumariamente de modo de formar la convicción del magistrado acerca de la probabilidad o verosimilitud de la existencia del derecho invocado. De esta forma se pone de manifiesto el elemento celeridad que subyace en toda medida cautelar, ya que basta acreditar sumariamente la simple apariencia del derecho, y no su prueba terminante y plena, aspectos que se dilucidan con el dictado de la sentencia sobre el fondo del asunto.

Junto a este requisito, se exige además la existencia del peligro de lesión o frustración por la demora del proceso, es decir, que también debe acreditarse sumariamente la posibilidad de que en caso de no adoptarse la medida solicitada, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión¹⁸.

La valoración razonable de las circunstancias acreditantes de la medida cautelar funciona como un elemento que intenta reestablecer la ecuación celeridad – garantías, aspecto que se vincula además con el requisito de idoneidad de la medida cautelar exigido por el num. 1° del art. 313 CGP.

¹⁸ cfr. Palacio, L., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Bs. As., 1996, p. 771.

La disposición mencionada regula las facultades del Tribunal en relación al dictado de medidas cautelares, y entre ellas, la de *“apreciar la necesidad de la medida, pudiendo disponer una menos rigurosa que la solicitada, si la estimare suficiente”*.

Este aspecto resulta de vital importancia porque implica el poder – deber del Magistrado, pese a que la norma refiere a facultad, de apreciar si la medida solicitada resulta idónea para evitar y desvanecer el peligro invocado. Además de ello, también debe determinar si la medida solicitada no es excesiva, aspecto que debe ser siempre valorado en cada caso concreto, independientemente de la materia sobre la que versa la pretensión sustancial deducida.

Además de las referidas medidas cautelares, el art. 317 CGP regula las medidas provisionales y anticipadas. La medida provisional tiende a la satisfacción inmediata de la pretensión, *“en razón de la gravedad que, por la especial naturaleza del derecho que en cognición sumaria se estima violado, tiene el que tal insatisfacción se extienda por más tiempo, sin perjuicio de que dicha inmediata satisfacción esté sujeta a una revisión posterior (con cognición plena)”*¹⁹.

- B) Comentario del lit. B del art. 4º del proyecto

El lit. B) del art. 4 expresa: *“en el caso de adoptarse medidas cautelares a raíz de una denuncia formulada por parte de un progenitor contra otro, el Juez, manteniendo en todo tiempo las garantías del debido proceso y el principio de inocencia, evaluará bajo su más seria responsabilidad funcional la necesidad o no de modificación del régimen de tenencia y su ejercicio. El Juez únicamente suspenderá el régimen de visitas vigente en el caso que se encuentre en riesgo el interés superior del niño o adolescente. En tal caso, dicha suspensión será transitoria y sujeta a revisión periódica”*.

En lo que refiere a la adopción de medidas cautelares y provisionales en el ámbito de los procesos en los que intervienen NNA, se requiere – en primer término- una armonización con las normas tuitivas de sus derechos humanos, y además de un estudio conjunto de esta normativa para analizar en forma integral las dificultades que se generan en torno al tema.

En cuanto al texto proyectado, la inclusión en la norma del mantenimiento de las garantías del debido proceso resulta innecesaria porque se encuentra regulado en el art. 12 de la Constitución y se erige como uno de los principios directrices de nuestro ordenamiento procesal.

¹⁹ Abal Oliú, A., *Estudios del Código General del Proceso*, t. III, pp. 129 y 137.

La inclusión del principio de inocencia en una norma que regula los derechos humanos de los NNA no resulta adecuada porque introduce cuestiones que versan sobre la materia penal con toda una regulación específica. Debe recordarse que en materia de familia el Juez tiene una amplia iniciativa probatoria de acuerdo a lo previsto en el art. 350.5 CGP²⁰.

Lo anterior sin perjuicio de las potestades amplísimas que tienen los jueces de familia especializada para la adopción de todo tipo de medidas de urgencia genéricas y especiales previstas en los arts. 64 y 65 de la Ley N° 19.580 de Violencia hacia las Mujeres basada en Género, que implica un verdadero estatuto de protección contra toda forma de violencia infringida no sólo contra las mujeres sino que resulta aplicable a los NNA en virtud de lo dispuesto en los arts. 5 lit. G), y 9 del citado texto legal, como sostienen Klett y Facal²¹.

Por otra parte, en el ámbito de violencia de género rige el principio de precaución, que es un elemento estructural reconocido desde del derecho ambiental, dirigido a evitar los daños graves o irreversibles que pueda sufrir el medio ambiente, imponiendo medidas preventivas en aquellos eventos donde no hay certeza sobre la afectación que el desarrollo de una actividad pueda causar en los recursos naturales.

En lo procesal, vinculado a cuestiones de violencia contra las personas, el criterio de precaución sería un principio de derivación de la responsabilidad del Estado de evitar daños en sujetos que son considerados vulnerables. Se procura por la ley evitar de inicio, cualquier daño a los bienes jurídicos de las víctimas de lo que con verosimilitud es, o puede ser, una agresión. Su contracara es la inactividad por falta de certeza, con riesgo a permitir un evento dañoso en un futuro más o menos mediato, derivado de lo que es incierto y desconocido.

Se trata en definitiva, de un criterio que surge por la elección del legislador para que se adopten medidas de inmediato, sin agotar, ni mucho menos, la función procesal de instrucción, prefiriendo a ello asegurar la vigencia de derechos fundamentales como son la vida, la integridad física y psicológica de las posibles víctimas.

La medida precautoria, a diferencia de la medida cautelar, no requiere de la certeza de la ocurrencia del daño o *periculum in mora*, sino que adelanta el momento resolutivo para precaver

²⁰ Disposición que se considera vigente en cuanto consagra una iniciativa probatoria amplia.

²¹ KLETT, Selva, FACAL, Alexandra, Proceso de protección de la mujer por violencia basada en género en el ámbito de familia después de la Ley N° 19.580, en *Procesos de Familia*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, t. II, 3era. ed., FCU, Montevideo, diciembre de 2021, p. 254.

un daño mayor a los derechos humanos de la persona en hipotético riesgo. Tal vez ese daño no se concrete, y aun así la medida tendría su fundamento y su validez.

Es decir que el mínimo fundamento que se exige de este principio precautorio es la detección de factores de riesgo conforme los estándares de la ley 19.580 o del CNA. Para ello se requiere la conformación de equipos de operadores especializados que puedan detectar esos factores, en una situación planteada, aun en forma telefónica, en un ejercicio de debida diligencia estatal en materia de derechos humanos²².

En función de las anteriores premisas no resulta conveniente la inclusión en el artículo en estudio del mandato destinado al Juez de evaluar “*bajo su más seria responsabilidad funcional la necesidad o no de modificación del régimen de tenencia y su ejercicio*”, por cuanto los problemas que se generan en torno a las denuncias formuladas por un progenitor ante otro no se agotan en el aumento de la responsabilidad de los jueces sino mediante una consideración armónica de toda la legislación tuitiva de los derechos humanos de los niños y que incluye el abordaje multidisciplinario en materias tan sensibles como el caso de violencia de género, procesos destinados a la protección de los derechos amenazados o vulnerados de los NNA previstos en el art. 117 CNA y otras situaciones análogas.

La última oración del inc. B) del art. 4° expresa: “*el Juez únicamente suspenderá el régimen de visitas vigente en el caso que se encuentre en riesgo el interés superior del niño o adolescente. En tal caso, dicha suspensión será transitoria y sujeta a revisión periódica*”.

La mención de que el “*Juez únicamente suspenderá el régimen de visitas vigente...*” desconoce la realidad contemplada en el art. 46 de la Ley N° 19.580 de Violencia de Género cuando señala que “*los hechos de violencia constituyen, en general, situaciones vinculadas con la intimidad o que se efectúan sin la presencia de terceros*”.

Se trata de casos de difícil prueba en los cuales su resolución puede demorar muchos meses o años de investigación, máxime si se tiene presente que en estos casos intervienen equipos multidisciplinarios integrados por peritos de distintas disciplinas como psicólogos, psiquiatras, etc.

Se coincide con lo señalado en el Informe del Comité de los Derechos del Niño de Uruguay en cuanto señala que las dificultades mencionadas no pueden resolverse en perjuicio de los NNA:

²² Cavalli, E., Ginares, V.; “El llamado criterio de precaución”, ponencia presentada en las XIX Jornadas de Nacionales de Derecho Procesal, Minas, Lavalleja, set 2019, pp.445 a 456.

“las consecuencias de dejar a una niña o niño a merced de una persona abusadora o violenta sin adoptar medidas de protección durante el tiempo que demora el dictado de una sentencia de condena pueden resultar gravísimas e irreparables y constituye una medida irresponsable que contradice toda la doctrina y jurisprudencia, tanto internacional como nacional en la temática”.

Concluye el informe referido: *“recordamos que hay evidencia, registros e investigaciones que muestran que la violencia contra niñas, niños o adolescentes es un problema instalado, que se detecta en su fase crónica, que requiere mejorar las acciones de prevención, protección y acceso a la justicia, por lo cual estos proyectos de ley serían un franco retroceso, profundizan los riesgos y son claramente vulneratorios de derecho”*²³.

Por último, la mención relativa a que la suspensión de las visitas *“será transitoria y sujeta a revisión periódica”* tampoco es correcta ni adecuada, puesto que siempre depende de las circunstancias del caso concreto.

En cuanto a su revisión periódica, la mayoría de las medidas adoptadas en aplicación de la Ley N° 19.580 cumplen con los plazos previstos en el art. 66 de dicha norma. Además, el art. 69 de la mencionada ley prevé la convocatoria de una audiencia evaluatoria *“con una antelación mayor a treinta días del cese de las medidas dispuestas. ... a fin de determinar si corresponde disponer la continuidad de las medidas, su sustitución por otras medidas o su cese...”*.

- C) Comentario del lit. C) del art. 4° del proyecto

El Lit. C) dispone: *“en todo caso, y también en el supuesto de haberse decretado la aplicación de medidas cautelares, deberá respetarse del derecho de las visitas de los niños y adolescentes y del denunciado, toda vez que a juicio del Juez sean acordes al interés superior del niño o adolescente, y de considerarse necesario, en las modalidades que garanticen el interés superior de éstos, como ser a título enunciativo, que las visitas sean en lugares públicos, en presencia de familiares del niño o adolescente, en reparticiones estatales adecuadas, o de cualquier otra forma que a criterio del Juez garantice la protección de la integridad física y emocional de los niños y adolescentes y disponiendo el seguimiento periódico necesario”*.

En este literal se incluye el respeto del derecho de visitas de los NNA y se contemplan en forma enunciativa algunas formas de fijación de las mismas como que se realicen en lugares

²³ Informe del Comité de los Derechos del Niño de Uruguay, Anong Uruguay y la Red Uruguaya contra la Violencia Doméstica y Sexual, ob. cit.

“lugares públicos, en presencia de familiares del niño o adolescente, en reparticiones estatales adecuadas” como formas de garantizar su desarrollo y evitar situaciones de violencia.

No obstante, al igual que en todas las decisiones que afecten su vida, se debe respetar la opinión de los NNA involucrados, especialmente en cuanto a la derivación a las dependencias del DAS o INAU para lograr la revinculación²⁴.

2.4. Normas relativas a la determinación de las visitas y al incumplimiento de permitir las visitas

Se trata de los arts. 6 y 7 que prevén, respectivamente, pautas para la determinación de las visitas y medidas a tomar en caso de incumplimiento.

El num. 1° del art. 6° mantiene el acuerdo entre las partes como criterio general para la determinación de las visitas, aspecto previsto en el art. 39 CNA.

El numeral 2° mantiene la actual redacción del art. 39 CNA, al cual se agrega que la fijación del régimen de visitas se realizará “conforme al principio de corresponsabilidad en la crianza”. Se reiteran los comentarios realizados en los apartados anteriores en cuanto a la falta de necesidad de modificar la legislación en relación a este punto.

El numeral 3° prevé la posibilidad de cualquiera de los padres para solicitar la fijación de un régimen provisorio de visitas, “el cual habrá de regir hasta tanto no sea variado por acuerdo de parte o por decisión judicial definitiva”.

El art. 7° regula el proceso a seguir en casos en los que exista incumplimiento en permitir las visitas manteniendo la redacción actual de los primeros dos incisos del art. 40 CNA.

Se agrega un nuevo inciso a este artículo que establece: “la parte incumplidora de la obligación de permitir visitas será pasible de las sanciones previstas en el artículo 43 del presente Código, debiendo tenerse especialmente en cuenta para la graduación de las mismas la reiteración injustificada en el entorpecimiento o impedimento del contacto”.

Los comentarios relativos a este inciso así como la necesidad de unificar la redacción de ambas normas se realizaron en el apartado correspondiente al art. 4 del proyecto a cuya lectura nos remitimos.

²⁴ Se coincide con lo señalado por el TAF 2° en sent. N°70/2020, existe un orden lógico a respetar antes de resolver la derivación de las visitas al DAS que “pasa por escuchar a la niña, adoptar la decisión de revinculación o desestimarla y recién luego, si se considera pertinente, dar intervención al DAS o INAU para su revinculación” (ADF, 2021, pp. 570 a 572).

2.5. Normas relativas a la incolumidad de la pensión alimenticia

En el art. 8° del proyecto, se establece que *“la fijación de un régimen de tenencia compartida o alternada jamás podrá implicar la alteración de lo previsto en el artículo 122 del Código Civil respecto de la obligación de prestar pensión alimenticia, ni de los arts. 45 a 65 del Código de la Niñez y la Adolescencia, debiendo dicha obligación alimentaria fijarse atendiendo a las posibilidades económicas de cada obligado y las necesidades de los niños y adolescentes”*.

Resulta correcta la inclusión en forma expresa del concepto de incolumidad de la pensión alimenticia. La finalidad de esta norma es finalizar con una práctica común que se advierte en los juzgados de familia en los cuales se promueven procesos de tenencia compartida a los efectos de evadir o reducir el monto de la obligación de alimentos que ostentan ambos progenitores en función de sus posibilidades económicas como co-obligados y las necesidades de los niños y adolescentes.

2.6. Normas relativas a la calidad de parte del NNA en los procesos de corresponsabilidad en la crianza, guarda y visitas

El art. 9° del Proyecto establece que *“en los procesos de corresponsabilidad en la crianza, tenencia y visitas, y en general, en toda instancia en que el niño o adolescente deba ser oído, estos tendrán la calidad de parte en los procesos, a todos los efectos”*.

La consideración del NNA como parte, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en materia de Familia, desde larga data, deriva del inc. 2 del art. 8 CNA, que consagró el derecho de acción de los NNA en los siguientes términos: *“podrá acudir a los Tribunales y ejercer actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada”*.

La expresión *“acudir a los tribunales”*, utilizada en el texto legal citado, ha sido interpretada por la doctrina como una manifestación del derecho de acción, consagrado en términos muy amplios en el art. 11 CGP, que dispone el derecho de cualquier persona de acudir ante los tribunales, *“a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada”*²⁵.

En relación a esta posibilidad ha expresado la Dra. Día que *“en los casos en los que los intereses de representante/ representado puedan entrar en conflicto, cesa el poder de representación y deberá ingresar el propio niño como otra parte más en el proceso”*. En apoyo

²⁵ Véscovi, E., De Hegedus, M., Landeira R., Klett, S, Simón L., Pereira S., *Código General del Proceso. Comentado, anotado y concordado*, t. 2, Ábaco, 1993, p. 219.

de este criterio, cita a Mizrahi quien sostiene que el niño tiene calidad de parte, lo que implica *“el derecho a plantear en el escrito constitutivo del proceso una fórmula diferente de las de sus progenitores, ofrecer pruebas, y llevar a cabo todos los actos que estime pertinentes”*²⁶.

Esto ha llevado a la doctrina a sostener que el legislador, al mantener el texto del art. 32 CGP luego de la sanción de la Ley 19.090, no consideró que estaba derogando las disposiciones del art. 8 CNA²⁷. Por el contrario, entendió que mientras que el art. 32 CGP regula la capacidad procesal para comparecer en todo tipo de proceso, el CNA regula la capacidad del niño y del adolescente para comparecer en aquellos procesos en los que éste se enfrenta con quienes ejercen su patria potestad u otra forma de representación. Lo anterior, dicho en otros términos, implica que ambas disposiciones no son contradictorias e incompatibles, sino que se complementan.

Sostiene Barreiro: *“la vigencia y convivencia de ambas leyes se apoya entonces en el hecho de que el CNA constituye una ley de carácter especial mientras que el CGP consagra un régimen procesal general”*²⁸.

Se coincide con las opiniones mencionadas en cuanto a la posibilidad de que el NNA pueda comparecer en forma personal a promover un proceso en aquellos casos en los que existe contravención entre sus intereses y los de su o sus representantes legales. Lo anterior en consonancia con los textos legales citados y las previsiones de la CDN, especialmente la valoración de la autonomía progresiva de la voluntad del niño, niña o adolescente involucrado, lo que será objeto de análisis en el apartado correspondiente.

2.7. Normas relativas a la Defensa del NNA

a) La Defensa jurídica de los niños, niñas o adolescentes

Tradicionalmente, la doctrina nacional ha considerado que el derecho de derecho de defensa constituye una garantía del debido proceso previsto en el art. 12 de la Constitución Nacional.

Siguiendo con esta línea, el art. 7° CPP, lo ha consagrado expresamente, en los siguientes términos: *“la defensa técnica constituye una garantía del debido proceso y, por ende, un derecho*

²⁶ Díaz, M del C., “El niño como sujeto de derechos”, Procesos de Familia, FCU, 2° ed., julio 2016, p. 187 y nota al pie 104. En similar sentido: Cavalli, E., “El niño ante los procesos de familia”, ob. cit. pp. 99, 106 y 107, Barreiro, M. V.; “Capacidad procesal de niños y adolescentes”, Procesos de Familia, FCU, 2° ed., julio 2016, pp. 222 y 224, Baluga, C., “Estatuto de niños, niñas y adolescentes...”, ob. cit. pp. 303 a 306.

²⁷ Valentín, G., *La reforma del Código General del Proceso*, 1ª ed., FCU, Mdeo., 2014, p. 26.

²⁸ Barreiro, M. V.; “Capacidad procesal de niños y adolescentes”, Procesos de Familia, FCU, 2° ed., julio 2016, págs. 222 y 224.

inviolable de la persona". Y agrega que: *"el imputado tiene derecho a ser asistido por defensor letrado desde el inicio de la indagatoria preliminar"*.

Sostiene Klett, citando a Binder: *"el derecho de defensa no puede ser puesto en el mismo plano que las otras garantías procesales. La inviolabilidad del derecho de defensa es la garantía fundamental con la que cuenta el individuo, porque es el único que permite que las demás garantías tengan vigencia concreta en el proceso penal. Todo aquel que está involucrado en un litigio judicial está asistido por este derecho"*²⁹.

Si bien los autores citados se refieren al proceso penal, estas conclusiones pueden aplicarse a todos los procesos, porque se trata de la protección de los derechos humanos fundamentales de los individuos, con independencia de su edad y el proceso en el cual participan.

En cuanto a la defensa de los NNA, se ha señalado: *"el derecho a tener un patrocinio letrado es independiente de la capacidad progresiva: la capacidad progresiva se refiere a la mayor o menor influencia de su voluntad en las cuestiones a resolver y no al derecho de contar con asistencia letrada en juicio"*³⁰.

La asistencia letrada preceptiva de los NNA se halla consagrada en el art. 8 CNA, norma clave en este ámbito, porque significó un gran avance en cuanto a facilitar su acceso a la justicia y la adecuación del derecho nacional al marco internacional de protección de sus derechos, especialmente a las previsiones de la CDN.

La sanción de estas normas en nuestro país se originó no sólo por la preocupación por adaptar la legislación nacional a las previsiones de la CDN, sino también por la necesidad de uniformizar la disparidad de criterios judiciales que se fueron suscitando respecto del tratamiento de aspectos procesales medulares de la defensa en juicio de los niños, tales como: si resulta conveniente o no que el niño asista a declarar, cómo debe tomarse su declaración, en los casos en

²⁹ Klett, S., "Reglas generales de la prueba", *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal*, FCU, nov. 2018, t. 1, pp. 438, 431 y 441. Klett, S., "El derecho a una defensa adecuada de niños, niñas y adolescentes, el principio *rebus sic stantibus* y las potestades del tribunal"; trabajo inédito de próxima publicación, en el Anuario Crítico de Derecho de Familia. Sobre el derecho de defensa y su vinculación con el debido proceso en el nuevo proceso penal se han pronunciado además: Gómez Santoro, F., "El principio del Debido Proceso Legal", *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal* cit. págs. 7 y siguientes; del mismo autor, *Derecho Procesal Penal*, ed. La Ley, 2019, págs. 4 a 17, 47 a 50; Tommasino, B., Gutiérrez Puppo, C.; "El principio de la defensa Técnica", *Curso sobre el Nuevo Código del Proceso Penal* cit., págs.137 y siguientes.

³⁰ Mirabal, G., con la colaboración de Emmenenguer, M. E., Veiga Torres, A., *CNA Comentado, anotado y concordado* cit., p.157.

los que éste decide asistir al juzgado, cómo se debe confeccionar al acta para que ésta refleje con la mayor fidelidad posible la opinión del niño.

Actualmente ya no se discute el derecho del niño a ser oído, sino cómo materializar este derecho, habida cuenta de que el art. 12 CDN consagra el derecho de los sujetos en formación de expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan y a que se tenga en cuenta su opinión. También regula las distintas vías por las cuales puede ser escuchado: a) en forma directa, b) por medio de su representante y c) por medio de un órgano apropiado³¹.

A ello debe añadirse la necesidad de evitar algunas prácticas de la defensa de los niños, que presentan grandes diferencias con el desempeño del patrocinio letrado de los mayores de edad. A vía de ejemplo se señala que algunos defensores, en materia de familia, asumen actitudes de expectativa genéricas, vacías de contenido, muchas veces sin consultar la opinión de su defendido a quien prácticamente no conocen. En otros casos, los niños se encontraban prácticamente en situación de indefensión, ya que conocían a sus defensores en la propia audiencia de su declaración.

Esta práctica forense no coincide con la forma en la que se ejerce el patrocinio letrado de los clientes mayores de edad. En estas hipótesis, el abogado se contacta normalmente en forma previa a la declaración de su defendido, a los efectos de adentrarse en el conocimiento del caso y planear en forma conjunta la estrategia a seguir.

Afirma la Dra. Díaz que *“el defensor deberá asistir al niño o adolescente de la misma forma que lo haría con un cliente adulto, poniendo a disposición de ese niño o adolescente su ciencia y arte para lograr que se acojan los intereses de éste”*³².

No podemos explicarnos entonces cuáles son los motivos que justifican esta diferencia en cuanto al trato con el cliente, cuando el patrocinado es un NNA. Máxime, cuando deben ser objeto de mayor protección por tratarse de sujetos en desarrollo.

³¹ El art. 12 de la CDN dispone: *“1.- Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño. 2.- Con tal fin, se dará en particular al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente, o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*

³² Díaz, M del C., “El niño como sujeto de derechos” cit., p. 198.

Esta diligencia se acentúa en aquellos casos en los cuales los niños deciden no comparecer personalmente a declarar en el Juzgado. En tales circunstancias, es la Defensa quien transmite la opinión del niño, lo que acentúa su responsabilidad profesional.

Por los motivos expuestos, resultan fundamentales las nuevas normas tuitivas de los derechos de los niños, que no sólo han consagrado la obligación del patrocinio letrado sino que además, han establecido en algunos casos, la necesidad de que éste sea gratuito, y han especificado los deberes que asume la Defensa de los NNA³³.

Art. 10: Abogado Defensor del Niño o Adolescente

El artículo 10 del Proyecto, siguiendo los lineamientos generales previstos en el art. 8 CNA, reitera la necesidad de asistencia letrada preceptiva en todo proceso en el que el niño o adolescente deba ser oído.

En cuanto a la designación del abogado patrocinante, se indica que debe realizarse a partir de una lista confeccionada por el Poder Judicial que asegure la designación aleatoria.

Se trata de uno de los sistemas que actualmente se aplica para la designación de los peritos en el art. 178 CGP, luego de la Ley N° 19.090. No obstante, resulta necesario que para la confección de la lista se verificara su experiencia, méritos, preparación académica y técnica, especialmente, su especialización técnica, de conformidad con las previsiones de la Observación N° 12 del CDN³⁴.

Considerando que el acceso al patrocinio letrado es un instrumento de garantía que posibilita el acceso a la justicia de niños y niñas, se entiende que debería aplicarse el mismo criterio de especialización a la designación de su defensor. Máxime, si se tiene presente que puede actuar como defensor o curador según las circunstancias, o –eventualmente- ser quien transmita la opinión

³³ El elenco de nuevas normas sancionadas a partir del año 2017 ha significado un gran avance en esa dirección, ya que se han regulado temas fundamentales relativos a la protección de los derechos de los sujetos en desarrollo, a saber: **i)** la forma como debe recabarse la declaración del niño, **ii)** su derecho al patrocinio letrado, **iii)** a tener contacto con su defensor en forma previa a declarar, **iv)** el derecho a la información por parte de su defensa, **v)** el derecho a la intimidad y a la reserva de las actuaciones cuando resulte necesario,³³

³⁴ En la Observación General N° 12 en la que se indica que todos los profesionales que trabajen con y para los niños, como abogados, jueces, policías, trabajadores sociales y comunitarios, psicólogos, cuidadores, oficiales de internados y prisiones, profesores del sistema educativo, médicos, enfermeros y otros profesionales de la salud, funcionarios y empleados públicos, etc deben ser especializados en el trato con niños. Además se expresa que dentro de las obligaciones de los Estados parte de la CDN, está la de impartir capacitación sobre el este tema a estos operadores. Siguiendo estos lineamientos, el art. 125 CNA, en la redacción conferida por la Ley N° 19.747, menciona que los técnicos que intervienen en la realización de pericias, deben contar con conocimientos técnicos y práctica profesional en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de los niños, especialmente en los principios y normas de la CDN, la CEDAW, la Convención de Belén do Pará.

del niño en el proceso, en el caso de que este resuelva no concurrir personalmente a declarar en la audiencia.

Debería contemplarse, además, la posibilidad de que el NNA pueda elegir libremente a su abogado, cuando de conformidad con el criterio de autonomía de la voluntad y el resto de la legislación que garantice la vigencia de los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho al patrocinio letrado que lleva ínsito la libre elección del mismo.

En cuanto a la inclusión del límite de cinco casos activos por cada patrocinante en la misma Sede prevista en el num. 2º, implica un límite a la libertad de ejercicio de la profesión que no resulta adecuado. Se aclara que no existen antecedentes en otras materias, por lo que resultaría menos aconsejable aún incluirla en éste ámbito en el cual los derechos de los patrocinados deben ser especialmente tutelados. Además este límite de cinco casos no podría aplicarse en muchos lugares del Interior del país en los cuales actualmente existen dificultades para conseguir defensores que acepten defensas de NNA. Por último, la introducción de casos “activos” no resulta clara, en cuanto a qué refiere, lo que generaría importantes problemas respecto a su aplicación práctica.

En lo que concierne al procedimiento de actuación de la defensa, se coincide con el proyecto con la necesidad de uniformizar algunos aspectos de la actuación de la Defensa del NNA, los que se deben adecuar a la legislación, opiniones doctrinarias y jurisprudenciales mencionadas a los efectos de que sigan acompasando la evolución en el sentido referido.

A tales efectos sería recomendable incluir algunos aspectos específicos que no están contemplados en el Proyecto, que originan problemas en la práctica forense e implican pérdidas innecesarias de tiempo en perjuicio de los niños defendidos como, por ejemplo, unificar el sistema de contacto para la primera entrevista del niño con su defensa.

Se coincide con el proyecto en lo dispuesto en el lit. a. del num. 2º del art. 10 en cuanto al plazo previsto para la aceptación o rechazo del cargo por parte de la Defensa.

No resulta adecuada la regulación de los números de entrevistas con los patrocinados, la realización previa de entrevistas con cada uno de los progenitores en forma previa a la entrevista con el niño, y tampoco que los niños tengan que ir acompañados en forma preceptiva con cada uno de los padres a cada entrevista, por los motivos que se explicitarán a continuación.

Estas medidas introducen importantes diferencias en cuanto al ejercicio del patrocinio letrado en función de la edad del patrocinado en franca contravención con la legislación tuitiva de

sus derechos y de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales versadas en la materia, que, tal como se señala, se orientan en sentido inverso.

Cabe recordar que el defensor del NNA representa en forma parcial los intereses del niño. Su labor es técnica: no se trata de un mediador entre los padres, o un auxiliar de la justicia³⁵. Por tanto, su labor no se reduce al mero control formal del expediente, sino que en estos casos debe asumir un rol proactivo y completo acorde a la importancia de su investidura y adecuado a las previsiones de la Convención Interamericana de los Derechos del Niño y las leyes posteriores ya mencionadas.

Por tales motivos, resulta erróneo sostener que la labor del defensor es imparcial o tiene que ser objetiva. En el caso de que se tratara de la defensa de una persona mayor de edad, esta afirmación ni siquiera sería admisible, porque resulta incompatible con la propia esencia de la labor del defensor.

No se entiende por qué debe sostenerse un criterio distinto cuando se trata de asumir una defensa de una persona que es un NNA. La edad de los patrocinados no es un motivo para cercenar sus derechos sino, al contrario, se tratan de sujetos especialmente tutelados por normas nacionales como supranacionales, por tanto sus derechos merecen especial protección y cuidado por parte de los adultos.

Como se advierte, el contenido de su labor es similar a la defensa de cualquier cliente mayor de edad, lo que incluye la relación de confianza, confidencialidad, el respeto a la privacidad de su cliente.

Ese contacto se logra a partir de la primera entrevista, cuya finalidad es que el defensor pueda interiorizarse desde el inicio de su patrocinio del panorama familiar de su defendido, el grado de conflictividad de sus padres para comenzar a **evaluar el contexto** en el cual emite su opinión. Es decir, al igual que con el cliente mayor de edad, la entrevista personal es el punto de partida para planificar su estrategia y asistencia legal en todos los actos del proceso.

³⁵ Cavalli, E.; “El niño ante los procesos de familia” cit. págs. 109. En sentido similar: SCJ, Sent. N°17/2001. Baluga, C., “Estatuto...”, pp .311 y 312. Mirabal, G., con la colaboración de Emmenenguer, M. E., Veiga Torres, A., *CNA Comentado, anotado y concordado* cit. p. 158. Afirma Mirabal en el lugar citado: “*el Defensor no debe perder de vista ni por un instante, de que no es un dictaminante, ni un auxiliar del Juez, sino el titular del patrocinio de un niño o adolescente.*” Añade el citado autor que el rol del Juez es resolver de conformidad con la prueba diligenciada en cada caso concreto “*si el niño estaba o no en un grado de autonomía progresiva suficiente, para poder estimar, y en qué grado y forma, sus deseos y sentimientos*”.

La entrevista inicial, al igual que las restantes, debe realizarse sin la presencia de los padres, en el entorno apropiado para oírlos en forma eficaz y mediante la utilización de lenguaje y procedimientos adecuados para su cabal comprensión, por lo que resulta adecuada la inclusión de estos aspectos en el proyecto.

No obstante no resulta conveniente la solución adoptada en cuanto a que existan entrevistas previas con los padres sin la presencia del niño, porque introduce confusiones indebidas entre el rol de la defensa del niño y la de sus padres.

Tampoco resulta adecuado introducir un límite mínimo de dos entrevistas y que el niño tenga que ir acompañados en forma preceptiva con cada uno de los padres a cada entrevista de ellas. En términos generales, el número de entrevistas entre el abogado y cliente es variable y depende de cada cliente y de cada caso particular, por lo que cualquier límite que se introduzca en este ámbito lesionará la relación de confianza que debe existir entre cliente y abogado, inmiscuyéndose indebidamente en ámbitos reservados a lo profesional. Esta circunstancia debe aplicarse en mayor medida en los casos en los que se asume la defensa de un NNA.

Cabe añadir que la comparecencia preceptiva de los niños acompañados por cada uno de sus padres, tampoco resulta ajustada a la legislación nacional y a la práctica forense. Se trata de un mecanismo que puede ser utilizado por la defensa de los NNA, así como la entrevista con los letrados patrocinantes de los padres sin la presencia de sus clientes. No obstante, no puede regularse en forma preceptiva, ya que no es una herramienta que puede utilizarse en forma uniforme en todos los casos planteados.

Por otra parte, puede eventualmente poner en riesgo la integridad mental o física del NNA en los casos en que existen situaciones de violencia, maltrato o abuso, suspensión de visitas por orden judicial, tomadas por los Juzgados de familia común o especializados.

En cuanto al establecimiento del plazo de treinta días para realizar las entrevistas no resulta adecuada la solución proyectada por cuanto el cómputo del plazo no puede comenzar con la aceptación del caso por parte del defensor. En la práctica se han suscitado dificultades en cuanto a cómo hacer efectivo este necesario contacto del niño con su abogado. En muchos casos, especialmente en materia de familia, este contacto se produce luego de la audiencia cuando asisten los padres, lo que alarga inútilmente el proceso.

A los efectos de evitar los retrasos innecesarios, se están instrumentando algunos mecanismos por partes de los jueces de familia, con la finalidad de que la información sobre la opinión del NNA sea recabada antes de la audiencia. Entre ellos se encuentra la inclusión en el decreto en el cual se designa al Defensor de los datos de la defensa para facilitar ese contacto, haciéndole saber a las partes que deben contactarse con el defensor del niño. En los casos en los que no se pueda establecer este contacto, la defensa solicita en su primera comparecencia que, en forma previa a la fijación de la audiencia, se confiera vista de ese escrito a las partes para que los padres se pongan en contacto a los efectos de poder realizar la entrevista inicial.

No obstante, sería importante que se regulara expresamente como debería establecerse este primer contacto a los efectos de uniformizar criterios y evitar pérdidas innecesarias de tiempo.

Por último, en cuanto al plazo final para que la defensa emita el informe, no resulta clara la solución proyectada porque tampoco puede regularse en forma uniforme la duración del período de entrevistas

El patrocinio letrado –ya sea de mayores como de menores de edad- se desarrolla durante todo el iter procesal y ello lleva ínsito el contacto continuo entre cliente y abogado. Por lo tanto, no pueden concentrarse las entrevistas en un período específico.

2.8. Normas relativas a la habilitación de instancias de conciliación y mediación

El artículo 11 del Proyecto establece la posibilidad de tentarse la conciliación ante los Centros especializados de mediación del Poder Judicial. La norma expresa además que *“los acuerdos arribados en dicha instancia y en general las actuaciones en instancia de mediación serán valoradas por el Juez en eventuales procesos judiciales futuros entre las partes”*.

Se coincide con la finalidad de este artículo de habilitar mecanismos de conciliación y mediación en los procesos de familia de tenencia, guarda, visitas y pensión alimenticia, e incluso regular la conciliación preceptiva y especializada en este ámbito, solución que funciona en el derecho laboral, en el ámbito del MTSS, en los que existe alto porcentaje de acuerdos.

No obstante, la solución de la norma de recurrir a los centros de mediación del Poder Judicial ha planteado problemas en la práctica en cuanto a la ejecución de los acuerdos logrados en ese ámbito, así como respecto de la figura del mediador. Además el ámbito de aplicación de esta norma se circunscribiría a Montevideo que es donde funcionan dichos centros de mediación.

Cabe señalar que nuestro sistema, desde larga data ha regulado la conciliación previa a todo tipo de proceso en el art. 255 de la Constitución, lo que implica una fuerte apuesta por este medio de resolución de conflictos.

Por razones de política legislativa, el texto legal citado confirió competencia en materia para la realización de las conciliaciones previas a la iniciación de todos los procesos en materia civil a los Juzgados de Paz, salvo excepciones que estableciere la ley.

Actualmente el art. 294 num. 3° CGP, en la redacción dada por la ley N° 19.090, excluye de la conciliación previa a todos los procesos en materia de familia.

No obstante, señala Valentín que, en materia de conciliación en el ámbito de familia, debe tenerse la Acordada de la SCJ N° 7785 del 18/12/2013 que recomienda a los Juzgados de Paz del Interior la conveniencia de tentar la conciliación previa en materia de familia cuando lo soliciten los interesados.

En la acordada se indica que: *“si bien la normativa legal vigente no exige preceptivamente la conciliación previa; en los procesos correspondientes a la materia de familia (art. 294 nral. 3 del CGP), ello no impide que la Justicia de Paz del interior del país intervenga a los efectos de tentar la conciliación, cuando ello es requerido por una de las partes de un eventual proceso..”*

Luego de citar disposiciones del CGP que propician soluciones conciliatorias en materia de familia (como el art. 350.1) , y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia (Ac. 7647) que propician la solución alternativa de conflictos, indica la acordada que: *“...la conciliación previa a eventuales juicios en materia de familia, aun cuando no resulta legalmente preceptiva, constituye una valiosa herramienta que permite un primer acercamiento al sistema de Justicia de los habitantes de zonas alejadas del centro de los departamentos y con escasos recursos económicos, ofreciendo un método de autocomposición de conflictos que favorece el diálogo, el entendimiento y la búsqueda conjunta de soluciones a situaciones conflictivas cuando comienzan a generarse, evitando que deriven en situaciones violentas”*³⁶.

En función de lo expresado, la solución que se adopta en el Proyecto no resultaría la más ajustada a la forma de resolución de conciliaciones aplicable en nuestro sistema desde su inclusión

³⁶ Valentín, G., *La reforma del Código General del Proceso* cit., pp. 195-196; del mismo autor, “Los procesos para la determinación, modificación o cese de la pensión alimenticia”, RUDP, *Procesos de Familia*, t. I; 3° ed., FCU, Montevideo, dic. 2021, pp. 600-601.

en la Constitución, en relación a la cual existe una larga tradición de conciliaciones realizadas en el ámbito de la Justicia de Paz.

No parecería aconsejable cambiar este sistema por otro con una estructura diferente y en el cual la figura del mediador no tiene las mismas atribuciones del Juez que reviste de la posibilidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en el ámbito de su competencia.

Sin embargo, si sería conveniente la implementación de un ámbito de conciliación previa al proceso en el ámbito de familia, tal como existe y funciona desde hace muchos años en la materia laboral, implementándose adecuadamente el sistema y otorgando los recursos materiales y económicos necesarios para lograr este cometido. Ello sin perjuicio de reiterar la exclusión de estos mecanismos cuando se trata de NNA, vulnerados en sus derechos.

2.9. Normas relativas al acceso a la justicia para las personas de bajos recursos. Prueba y extensión a los litisconsortes

La consagración de un régimen especial en materia de auxilioria de pobreza no resulta necesaria a nuestro juicio. En lo estrictamente procesal se establece la estructura voluntaria en el art. 406 del CGP.

Sin perjuicio de ello, no queda claro en el artículo 12 del proyecto si la acreditación sumaria de los ingresos con el fin de litigar sin costos debe hacerse en el mismo proceso principal (por ejemplo, de tenencia o visitas) o a través de un proceso voluntario de acuerdo con lo previsto en el art. 406 del CGP, en forma previa o simultánea. Tampoco queda claro el ámbito objetivo de la regulación proyectada, ya que no establece qué procesos o pretensiones comprende (no obstante, cabe inferir que refiere a los procesos mencionados en el art. 11 y en otras disposiciones del proyecto).

La referencia a los “litisconsortes” en el título de la norma proyectada no es adecuada, ya que por su contenido la norma establece una extensión del beneficio a las restantes partes, que no asumen necesariamente la condición de litisconsortes.

En una consideración más amplia que no se limita al derecho del niño a ser oído en los procesos promovidos por sus progenitores que involucren sus derechos e intereses, el Estado debe asegurar el acceso efectivo al asesoramiento jurídico gratuito para niños y adolescentes. En ese sentido, se ha señalado que el acceso a asistencia jurídica “es esencial para que los niños puedan iniciar un proceso encaminado a proteger sus derechos. En los Principios Básicos sobre la función

de los abogados se establece que toda persona debe tener un acceso efectivo e igual a la asistencia de un abogado ..."³⁷

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su sesión 25^a exhortó a los Estados “a que adopten medidas para eliminar todos los posibles obstáculos al acceso de los niños a la justicia, entre otros medios: ... k) Velando por que todos los niños tengan acceso a asistencia jurídica y de otra índole adecuadas, por ejemplo apoyando el establecimiento de sistemas de asistencia letrada adaptados a los niños.”

³⁷ Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre *Acceso de los niños a la justicia*, A/HRC/25/35, 16 de diciembre de 2013.