



INSTITUTO DE TÉCNICA FORENSE
Facultad de Derecho
Universidad de la República



tecnic.forens@fder.edu.uy

Setiembre 2022

CORRESPONSABILIDAD EN LA CRIANZA

CRÍTICA DE PROYECTO DE LEY

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Técnica Forense de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, estudia y enseña la aplicación del derecho, como se describe en su página web (<https://www.fder.edu.uy/forense>):

El Instituto de Técnica Forense integra el área de Práctica Profesional y es una Unidad Académica de la Facultad de Derecho que reúne a los docentes de las asignaturas de la carrera de Abogacía del ex Plan '89, Técnica Forense I, II y III — Consultorio Jurídico—, las opcionales Introducción a la Judicatura, Métodos Alternativos de Resolución de Controversias, Clínica del Litigio Estratégico, Relaciones de Consumo, y las asignaturas del Plan 2016, Práctica Profesional I y II y Consultorio Jurídico I y II, dictándose además en coordinación con el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, los Talleres de Procesal I de dicho Plan 2016. Se dictan también seminarios y espacios de investigación.

La disciplina originalmente fue identificada con la materia Práctica Forense (Plan 1957), luego Técnica Forense (Plan '89) y actualmente Práctica Profesional (Plan 2016), disciplina que también se puede denominar Aplicación del Derecho o Derecho Aplicado, y se relaciona con la actuación profesional del abogado, tanto extrajudicial como judicial, preparándolo para su "hacer" en las distintas vertientes

2

El resto de los miembros del Instituto que manifestaron opinión fueron contrarios al proyecto atendiendo especialmente al desconocimiento de los siguientes aspectos:

A) El proyecto plantea modificar los artículos 34 y 35 del CNA ubicando el problema que pretende atender, donde el mismo no se encuentra. La tenencia compartida presupone un acuerdo y coordinación permanente, cotidiano y constante. No puede imponerse y menos ejecutarse y por eso no puede ser la regla para sustituir el acuerdo que presupone.

B) El proyecto se plantea desde el adulto y sus derechos y no desde lo que debió ser el centro de atención, el NNA y sus derechos.

C) Se desconoce la autonomía progresiva de la voluntad consagrada internacional y nacionalmente (art. 8 CNA)

D) Se desconoce y altera la naturaleza de la participación del abogado del NNA.

2.- Metodología empleada

Recibida la invitación a concurrir a la Comisión, el suscripto Director solicitó a todos los profesores, docentes y aspirantes a profesores adscriptos del ITF, con remisión a cada uno del proyecto, efectuaran los comentarios que consideraran pertinentes desde nuestra disciplina. El resumen de los mismos es el que sigue a continuación.

3.- Síntesis de los Comentarios Críticos

- Es una ley innecesaria

> En nuestra legislación está vigente la corresponsabilidad parental, que no es, nada más ni nada menos que el ejercicio de los deberes y derechos de la patria potestad. (Marie Claire Millán) (Conf. Camila Cabrera, Bruno)

> Lo que se pretende regular y establecer como principio, se encuentra enmarcado dentro de los conceptos de guarda jurídica, implicando los derechos y deberes inherentes a la patria potestad. La guarda material, sea ejercida por los progenitores o por terceros, no modifica el instituto de la guarda jurídica, y por ende los derechos y deberes de los padres o tutores, en tal sentido, el contenido del artículo 34 pretende ser más una interpretación legislativa que una modificación sustancial de la norma. (Cabrera) (Conf. Millán, Bruno)

> La definición dada como "Corresponsabilidad de la crianza" en el proyecto no es nada más que la ya conocida patria potestad. (Tábatha García) (Conf. Bruno, Millán, Cabrera).

3
1

o la tenencia por uno y las visitas por otro, y también la forma de cumplimiento de la obligación alimentaria, fijando o no pensión alimenticia que administra el tenedor. No debe olvidarse que este acuerdo no se produce solamente entre los padres sino entre éstos y el NNA, y aquí la capacidad evolutiva deviene trascendente. Así por ejemplo, resulta difícil visualizar operativamente una verdadera tenencia alternada en un niño, mientras que es viable con relación a un adolescente que pueda él mismo regular los tiempos y calidad de los tiempos que comparte con cada uno de sus padres, y cuya voluntad debería ser vinculante para el juez.

Fácil es advertir que esa rotación en la tenencia requiere una coordinación muy importante que afectará las eventuales visitas y la obligación alimentaria, con o sin fijación de pensión alimenticia. Serán las particulares características de la alternancia (calidad de los tiempos, duración – no es lo mismo tres días con cada padre que seis meses con uno y seis meses con otro o una semana hábil con uno y el fin de semana con el otro y la siguiente al revés, y múltiples variantes), las que solamente en los muy excepcionales casos de equivalencias absolutas, o en el del adolescente independiente, en que pueda decirse que, en la realidad, no hay un tenedor y otro que no es tenedor y que tiene muy extendidas visitas, pero visitas al fin.

Y es precisamente esta excepcionalidad la que impide que se la pueda considerar como régimen a preferir por la actuación jurisdiccional que interviene para resolver un conflicto, precisamente por la falta de acuerdo. (Bruno)

> Se desconoce absolutamente el impacto en el desarrollo de los NNA, de que los padres no lleven un buen relacionamiento y las dificultades para sostener las dinámicas impredecibles de la vida cotidiana, que permitan ejecutar un régimen como el propuesto, sin perjuicio para NNA. (Natalia Fernández)

> La posibilidad de solicitar la tenencia compartida (o mejor alternada) puede ser utilizada como estrategia para evitar el pago de las pensiones alimenticias. La regulación propuesta, hará aún más dificultoso que NNA puedan alcanzar su derecho a alimentos ya que aún con la voluntad expresada en el artículo 8º proyectado, se vuelve una instancia judicial de decisión y prueba bastante difícil, determinar quién administrara la misma una pensión alimenticia con una tenencia alternada. (Natalia Fernández)

- Visión desde el mundo adulto y no desde los derechos del NNA

> Desde la correcta interpretación del interés superior del niño como satisfacción de los derechos humanos que le son propios, su consideración como persona plena y con autonomía a partir de la aceptación de su capacidad progresiva y la consecuente consideración de la naturaleza de su participación, como parte

4

> Se pone en cuestionamiento y sospecha la opinión de los NNA al hablarse de "*manifestación reflexiva y autónoma*" desconociendo que todos somos influenciados de algún modo y presuponiendo la existencia de otra voluntad de la manifiesta, al requerir de "*técnicos especializados para la interpretación de la voluntad real del niño o adolescente*". (Barone y otros).

> No se considera la diferencia entre niños y adolescentes, ni se considera vinculante la opinión una vez aceptada la capacidad evolutiva. Especialmente la Ley 18.895 (restitución de menores), excluye a quienes tienen 16 o más años de su tutela (artículo 1) y en su artículo 16 prevé el rechazo si la persona menor de 16 años se opusiera dando fundamento (el Tribunal analiza en cada caso la capacidad evolutiva). Se destaca que, si es aceptada por el Tribunal la capacidad evolutiva, luego la opinión manifestada, es vinculante para el Tribunal. (Bruno), (conf. Barone y otros)

- Confusión de la actuación del "abogado del niño" y su calidad en el proceso judicial

> El abogado del niño no realiza informes. No es asistente del magistrado ni perito judicial. No es tampoco un observador objetivo, ni es imparcial. Es precisamente un abogado en ejercicio de la defensa en juicio. Es el letrado patrocinante del NNA, a quien asesora en virtud de la existencia de obligación de asistencia letrada obligatoria para actuar en juicio. Y como el NNA es parte sustantiva en todo aquel proceso en que sus derechos se vean afectados, tiene que contar con asistencia letrada. El proyecto no atiende estas características y entre otros aspectos refiere a "*las recomendaciones que surjan de informes del defensor del niño o adolescente, así como de otros profesionales idóneos...*" (art. 3 substitutivo de art. 35 lit. E del CNA). (Bruno), (Conf. Barone y otros) Rosa Villano, Laura Blanco y Verónica Cardini, Millán)

> Para poder determinar cuál es la manera en que el niño, niña o adolescente deberá actuar en un determinado proceso, uno de los factores relevantes y determinantes es la edad. Un niño de muy corta edad que todavía no ha adquirido habilidades cognitivas que le permitan formarse un juicio cierto deberá actuar como un centro de interés tutelado por un curador. En cambio, una adolescente de 13 años al cual el ordenamiento jurídico ya lo reconoce capacidad para infringir la ley penal, comparecerá como titular de una pretensión jurídica y asesorado por un abogado. Si pensamos en el derecho a ser oídos como una simple escucha, estamos ante una clara violación de los principios que rigen el derecho de infancia, y esto es lo que aparenta pretender el presente proyecto de ley. (Blanco y Cardini) (Conf. Bruno)

> Si el abogado del niño niña o adolescente fórmula un planteamiento en el proceso judicial o ejecuta un acto procesal que vaya en contra de deseos

5
+

superior del niño, niña o adolescentes, a sus derechos que dicho interés superior tutela. Esto no significa desconocer otro derecho del progenitor denunciado, diferente al principio de inocencia propio de la materia penal, como lo es el derecho a la debida defensa en juicio, plenamente vigente en toda materia, incluyendo el derecho personal de familia.

Pero la debida defensa en juicio del progenitor denunciado no se ve comprometida, porque la medida que afecta las visitas, ocurre como consecuencia de la medida precautoria (principio precautorio) que presupone la existencia del riesgo (no necesariamente la existencia de la violencia, pero si del riesgo de su existencia), y el derecho de defensa puede ejercerse plenamente para demostrar primero, la inexistencia del riesgo y segundo la inexistencia de la violencia. La etapa procesal en que esta demostración deba hacerse, la carga de la prueba, la valoración incluso de la pertinencia de la aplicación del principio precautorio y la prueba mínima exigible de existencia del riesgo, son temas a analizar con detenimiento y prudencia, pero claramente son ajenos al principio de inocencia y al principio de defensa en juicio o debido proceso.

Quizás exista un problema en la forma como el principio precautorio opera en la práctica, porque si bien es razonable que ante la denuncia se apliquen medidas inmediatas proporcionalmente al riesgo que la concreta situación que se denuncia y las circunstancias que se relatan ameritan, la cuasi inmediata instrucción inicial (audiencia), de ocurrir efectivamente, y realizarse con la defensa letrada que es obligatoria, permitiría confirmar o no la real existencia, no ya de la violencia que requeriría mayor instrucción, sino la existencia del riesgo, y sí descartar o mantener la realidad o no de la existencia de ese riesgo de violencia.

Esta situación de hecho, requeriría que el magistrado contara para esa audiencia con el informe del equipo técnico, mas que relevante para tal consideración.

De todo lo anterior, aparece manifiesto que el problema no está en la normativa, sino que está en la falta de recursos del Poder Judicial para contar con la cantidad suficiente de Juzgados Especializados de Género en todo el país, equipos técnicos (psicólogo, psiquiatra, médico forense y asistente social) adscriptos exclusivamente a cada Juzgado, y un número suficiente de defensores públicos, también para cada Sede.

En conclusión, no debe reformarse la aplicación del principio precautorio ante la noticia del riesgo que afecta a la persona disponiendo las medidas. Pero debe asegurarse los medios materiales y económicos para que dentro de las 72 horas que prevé la ley, los afectados puedan tener su día ante el tribunal y producir las pruebas que demuestren que el riesgo no existe y por ende no debe