

Montevideo, 4 de junio de 2021

Poder Legislativo

Cámara de Senadores

Señor Presidente de la Comisión de Constitución y Legislación

Honorable Senador Charles Carrera Leal

Presente

Por medio de esta nota, UNICEF comparece ante Usted para responder por escrito las preguntas realizadas en la Sesión de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores sobre los Proyectos de Ley de "Tenencia Compartida Responsable" y "Corresponsabilidad en la Crianza" el 18 de mayo de 2021.

1) Pregunta de la Senadora Carmen Asiaín

Versión taquigráfica: *"...Entiendo que el poder mantener el contacto cotidiano con ambos progenitores forma parte del interés superior del niño, niña o adolescente; esa es la premisa de mi pregunta. En ese intento de conciliar el interés superior del menor, quisiera saber qué pasaría si ese contacto, esa visita –no la tenencia, la visita– fuera realizada en presencia de abuelos u otros familiares, en una plaza o lugar público que garantice la integridad del menor –es lo que teníamos pensado cuando lo redactamos; quizás sea oportuno ponerlo por escrito para que quede claro– y, sobre todo, en los casos en que la denuncia –ya que no se dice contra quién es la denuncia de violencia– no haya sido por violencia hacia el menor sino, quizás –por supuesto que tampoco es justificable–, por problemas entre los padres. Así como las personas privadas de libertad tienen derecho a las visitas en un ambiente controlado, quisiera saber si se podría establecer un régimen de visitas, fijadas por el juez –algo está dicho en el proyecto de ley sobre corresponsabilidad en la crianza– y en una modalidad que las garantice: en presencia de abuelos paternos o maternos o de tíos, y en un lugar donde se pueda asegurar que esa violencia no será ejercida. Además, se debe siempre escuchar al niño –tiene derecho a ser escuchado– porque, evidentemente, la manifestación de no querer tener esa visita es bastante concluyente en ese sentido."*

- Respuesta de UNICEF

Para responder la pregunta sobre la conciliación del interés superior del niño con la posibilidad de realizar visitas entre el niño y el progenitor denunciado por violencia, UNICEF estructura la respuesta de la siguiente manera. En primer lugar, se retoma el concepto de "interés superior del niño" conforme a los estándares internacionales de derechos humanos, en segundo lugar, se analizan el derecho a la integridad física del niño y su interés superior en relación con las excepciones previstas por la normativa nacional para proceder con las visitas de forma tal que garanticen la protección del niño y por último se realizan consideraciones finales.

El derecho del niño, niña o adolescente a que su **interés superior** sea una consideración primordial se encuentra establecido en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que plantea que *“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

La evaluación del interés superior del niño es un factor central en el Derecho de Familia. Por lo que, en cualquier decisión, el juez deberá garantizar al menos tres elementos: que el niño o la niña estén protegidos frente a cualquier forma de violencia o abuso familiar; que, en la medida de las posibilidades, ambos padres tengan una participación significativa en la vida de los niños y que el niño reciba una crianza que garantice su desarrollo adecuado. Asimismo, la evaluación del interés superior del niño es una acción que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias y evaluando las consecuencias concretas que cada decisión tendrá en la vida de ese niño o niña. Escuchar a los niños es su derecho y es además una condición imprescindible para determinar el interés superior del niño.

Para dar respuesta a la pregunta planteada, UNICEF analizó la normativa nacional distinguiendo entre dos situaciones diferentes: (1) cuando la violencia denunciada es contra el niño, niña o adolescente, y (2) cuando la violencia denunciada es entre progenitores.

1. Violencia contra el niño, niña o adolescente.

En la primera de las situaciones, el artículo 123 del Código de la Niñez y la Adolescencia establece que es maltrato o violencia sexual hacia niños, niñas y adolescentes *“toda forma de perjuicio, abuso o castigo físico, psíquico o humillante, descuido o trato negligente, abuso sexual o explotación sexual en todas sus modalidades, que ocurra en el ámbito familiar, institucional o comunitario. También se entiende por maltrato hacia niñas, niños y adolescentes su exposición a violencia basada en género contra sus madres u otras personas a cargo de su cuidado.”*

En estos casos, se aplica el principio de protección conforme a los artículos 3², 117 y 120 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Cuando un niño es amenazado o vulnerado en sus derechos, el artículo 120 del Código de la Niñez remite al proceso de protección en el ámbito judicial previsto en la Ley 19.580 que establece medidas cautelares genéricas y específicas con el fin de proteger el interés superior del niño en cuestión.

La suspensión de visitas se establece como una medida de protección a la víctima, tiene una duración determinada y se puede suspender y modificar. La reanudación de las

¹ Artículo 3 Convención de los Derechos del Niño.

² Artículo 3 (Principio de protección de los derechos).- Todo niño y adolescente tiene derecho a las medidas especiales de protección que su condición de sujeto en desarrollo exige por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

visitas suspendidas es una excepción al principio de protección siempre que se aseguren las garantías de protección del interés superior de niños y niñas. No hay una prohibición legal genérica que no permita la reanudación de las visitas. En este punto, vale destacar el tratamiento legal especial de los casos de denuncia de violencia sexual contra los niños en donde *"no podrá disponerse la revinculación de las niñas, niños y adolescentes con el denunciado, salvo que la víctima lo solicitara expresamente y se cuente con el visto bueno de los técnicos que estuvieren interviniendo. En todos los casos el Tribunal requerirá de asistencia técnica especializada que acompañe el proceso."* (artículo 124 literal E) del Código de la Niñez y la Adolescencia).

En las demás situaciones de maltrato o de violencia contra el niño o la niña, la medida podrá ser modificada, suspendida o cesada por el juez conforme al artículo 66 de la Ley 19.580. Luego de la suspensión o cese de las medidas, la persona denunciada puede iniciar un trámite para la reanudación del régimen de visitas y el Juez disponerlo si lo entiende conveniente para el interés superior del niño o niña.

Para resumir, en los casos en que la violencia se ejerce contra el niño o la niña, la normativa nacional vigente contempla la posibilidad de reanudación de las visitas siempre y cuando, esas visitas no afecten el interés superior del niño. La evaluación de la conveniencia de las visitas se realiza por el Juez, caso a caso, contemplando las circunstancias, escuchando la opinión del niño y evaluando las consecuencias concretas que cada decisión tendrá en la vida de ese niño o niña.

2. Violencia denunciada entre progenitores.

En la segunda situación, cuando la violencia denunciada es entre progenitores, aplican las medidas de protección establecidas en el artículo 67 literal C) de la Ley N°19.580, el cual también prevé una excepción a la situación planteada de prohibición de visitas de forma preventiva. Así, el literal establece que: *"C) La suspensión de las visitas del agresor respecto de las hijas e hijos menores de dieciocho años de edad. Las mismas podrán reanudarse una vez cumplido un periodo mínimo de tres meses sin la reiteración de actos de violencia y habiendo el agresor cumplido las medidas impuestas. Excepcionalmente, y si así lo solicitaren los hijos o hijas y se considerare que no existe riesgo de vulneración de sus derechos, podrán disponerse visitas supervisadas por una institución o por una persona adulta de su confianza, que será responsable del cumplimiento de las mismas en condiciones de seguridad. En ningún caso las visitas se realizarán durante la noche ni en sede policial."*

La normativa nacional contempla la posibilidad de que se reanuden las visitas en las situaciones previstas en los artículos 124 del Código de la Niñez y la Adolescencia y el artículo 67 literal c) de la Ley 19.580, cumpliendo con garantías que aseguren la integridad de los niños involucrados.

Por tanto, la normativa nacional prevé medidas de protección y prohibición de visitas, pero al mismo tiempo, en los dos escenarios, establece la posibilidad de reanudación de visitas con requisitos que aseguren la integridad de los niños y las niñas.

En conclusión, la normativa vigente contempla el principio del interés superior del niño, el derecho a ser escuchado y la protección de la integridad de los niños y niñas ante cualquier tipo de violencia, lo que debe ser la guía para el establecimiento de medidas judiciales en el caso concreto.³ Por esta razón, sería innecesaria cualquier nueva regulación que ponga en peligro la integridad del niño al habilitar de manera genérica la posibilidad de contacto entre el niño y el presunto agresor.

2) Pregunta de la Senadora Graciela Bianchi

Versión taquigráfica: *"En el Uruguay –supongo que conoce la realidad–, hay un desfase muy grande, que puede ser de años, para que quede ejecutoriada la sentencia, supongamos en el ámbito penal, más allá de que ahora con el nuevo Código del Proceso Penal la posibilidad de acuerdos con la fiscalía puede haber abreviado algunos plazos. De todos modos, vamos a ponernos en la peor hipótesis porque lo que queremos es defender el interés del niño. Entonces, queremos que nos ayuden –teniendo en cuenta las experiencias internacionales– a saber cómo hacer en ese puente que puede ser de años, cuando parte de la vida del niño o del adolescente transcurre con un progenitor que es denunciante, mientras el denunciado es inocente, de acuerdo al principio de inocencia que para nosotros en un régimen democrático es fundamental. No me pondría a discutir qué es primero porque es imposible; obviamente, el interés del niño tiene que estar siempre en primer lugar, pero el principio de inocencia es una de las bases del sistema democrático republicano. Reitero que nos interesa conocer la experiencia internacional porque eso es lo que nosotros tratamos de resolver, entre comillas, con este proyecto de ley. Me refiero al desfase entre una denuncia realizada en un ámbito como el juzgado de violencia doméstica –aunque vulgarmente se lo llama de emergencia–, donde además no se aporta prueba, se pueden reiterar las denuncias –se pueden hacer tres, cuatro o cinco en un mes porque no hay un límite– y el niño sigue quedando en manos de un progenitor, no importa cuál porque el género no me interesa, y ser manipulado. Hay que recordar que la personalidad del niño está en un proceso de formación y puede ser manipulado por el progenitor que lo tiene en los hechos. Entonces, ¿cómo resolvemos este tema? Si tengo un niño de dos años y la sentencia penal llega luego de cinco o seis, ese niño ya va a tener siete u ocho años. Cuidado con esos principios absolutos en el sentido de decir que primero está el derecho del niño y del adolescente, con lo que estoy de acuerdo, pero vamos a ver cómo se puede instrumentar y eso es lo que pido nos ayude a resolver jurídicamente la representante de Unicef en Uruguay. Luego con políticas públicas podremos impulsar mayores recursos y un montón de cosas, pero ahora tenemos que tratar de dar un impulso legislativo."*

- Respuesta de UNICEF

En la pregunta se plantean dos situaciones a considerar: (1) las demoras de los procesos judiciales, y (2) que durante esas demoras el niño estará con el progenitor denunciante. Por lo que, para responder la pregunta primero abordaremos el debido proceso y las

³ Comité sobre los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero a quinto combinados del Uruguay, 2015, CRC/C/URY/CO/3-5.

demoras judiciales, para luego analizar los derechos e intereses en juego y concluir sobre la solución que más contemple al interés superior del niño.

En esta línea, las *"Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos"* de Naciones Unidas plantean expresamente que, si bien deberán salvaguardarse los derechos de las personas acusadas, *"todo niño tendrá derecho a que su interés superior sea la consideración primordial. Esto incluye el derecho a la protección y a una posibilidad de desarrollarse en forma armoniosa"*. El *"derecho a la protección"* implica que todo niño tiene derecho a la vida y a la integridad física, por lo tanto corresponde que se le proteja contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido. Por su parte, el *"desarrollo armonioso"* trata sobre el derecho de todo niño a crecer en un ambiente que permita su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.⁴

En lo que se refiere a las demoras de los procesos judiciales, a nivel internacional en materia de infancia, la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre el *"Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia"*⁵, plantea que en aquellos casos donde la intervención judicial sea necesaria *"todas las decisiones que se adopten deben obedecer a la finalidad principal de proteger al niño, salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior (y el de otros niños, si existe un riesgo de reincidencia del autor de los actos de violencia)"*. Específicamente sobre las demoras judiciales, el Comité hace énfasis en el respeto de las garantías procesales y la importancia del principio de celeridad en línea con el Estado de Derecho.⁶ Por lo tanto, no se consideran positivas las demoras excesivas en los procesos judiciales.

Resulta fundamental para el cumplimiento del debido proceso que se promueva la celeridad de las actuaciones para todas las partes involucradas. Sin embargo, entendemos que las demoras y los desfases en los procesos judiciales no se deben a la solución legal vigente sino a las dificultades de la práctica. Una irregularidad práctica en el sistema, tal como la demora en procesos judiciales que conciernen a los progenitores, no debe ser el fundamento de una limitación genérica que pueda poner en riesgo la integridad del niño.

UNICEF considera que los jueces son los llamados a dirimir las reanudaciones de las visitas caso a caso tal como lo contempla la normativa vigente. Para esto, los jueces deben siempre tener en cuenta el principio de interés superior del niño, su derecho a ser escuchado, su protección, el principio de debido proceso, principio de inocencia y demás principios que puedan resultar aplicables al caso concreto. Al existir varios principios y derechos en juego es fundamental armonizar. Para ello, es imperioso no cercenar de forma


⁴ Consejo Económico y Social "Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos" E/2005/INF/2/Add.1. Disponible en: https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf

⁵ Observación general N° 13 (2011) del Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC/C/GC/13). Disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

⁶ Observación general N° 13 (2011) del Comité sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CRC/C/GC/13). Disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

genérica el derecho del niño y ponerlo en riesgo. Por eso, la actividad y el rol del Juez que conoce el caso concreto es fundamental para la solución del problema planteado.

El artículo 120-1 del Código de la Niñez y la Adolescencia, de forma acertada, establece que todas las medidas deben cumplir los principios y disposiciones de la Convención de Derechos del Niño, especialmente en literal B) la promoción de la vida libre de violencia basada en género o intrafamiliar, y en el literal C) el estricto cumplimiento del interés del niño. En conclusión, consideramos que la normativa ya existente está alineada con los estándares de protección internacionales y brinda todas las herramientas para poder evitar este tipo de situaciones planteadas en el caso concreto. Consideramos fundamental destacar la labor medular del Poder Judicial a la hora de proteger los derechos humanos en juego y el interés superior del niño.



Luz Angela Melo
Representante
UNICEF en Uruguay