



OPINIÓN DE LA INSTITUCIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y DEFENSORÍA DEL PUEBLO SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY DE CORRESPONSABILIDAD EN LA CRIANZA Y TENENCIA COMPARTIDA

La Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores tiene a estudio dos proyectos de ley tendientes a modificar los art. 34, 35, 38, 39 y 40 del Código de la Niñez y Adolescencia. Por un lado, el Proyecto de ley presentado por las señoras Senadoras Carmen Asiaín, Graciela Bianchi y el señor Senador Sergio Abreu denominado Corresponsabilidad en la crianza. Por el otro, el - Proyecto de ley presentado por los señores Senadores Guillermo Domenech, Raúl Lozano y Guido Manini Ríos sobre Tenencia compartida responsable.

La Observación General N° 2 del Comité de Derechos del Niño, destaca que *“Si bien tanto los adultos como los niños necesitan instituciones nacionales independientes para proteger sus derechos humanos, existen motivos adicionales para velar por que se preste especial atención al ejercicio de los derechos humanos de los niños. Estos motivos comprenden el hecho de que el estado de desarrollo de los niños los hace particularmente vulnerables a violaciones de los derechos humanos; rara vez se tienen en cuenta sus opiniones; la mayoría de los niños no tienen voto y no pueden asumir un papel significativo en el proceso político que determina la respuesta de los gobiernos ante el tema de los derechos humanos; los niños tropiezan con dificultades considerables para recurrir al sistema judicial a fin de que se protejan sus derechos o pedir reparación por las violaciones de sus derechos; y el acceso de los niños a las organizaciones que pueden proteger sus derechos generalmente es limitado”*.

La Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo (INDDHH), tiene dentro de sus competencias legales *“Emitir opiniones, recomendaciones y propuestas sobre proyectos de ley o propuestas de reformas constitucionales relacionados con los derechos humanos”* (Art. 4, lit. H) de la Ley N° 18.446).

El derecho Internacional de los derechos humanos confiere la base jurídica para su reconocimiento y protección a la vez que establece las obligaciones que los Estados deben adoptar para proteger, respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Los estándares internacionales desarrollados por los organismos internacionales a través de sus decisiones y/o opiniones constituyen orientación para la jurisprudencia, las reformas legislativas y el diseño de las políticas públicas.

La INDDHH desarrollará el presente informe en relación a tres conceptos en torno a los que se construye los proyectos de ley presentados. En primer lugar, las obligaciones de los Estados en relación al interés superior de niñas, niños y adolescentes. En segundo lugar, el alcance del principio de corresponsabilidad parental y los avances legislativos. Como tercer tema, el deber de debida diligencia ante situaciones de violencia hacia mujeres, niñas/os y adolescentes.

Tres interrogantes guían esta presentación: ¿de qué manera se considera el interés superior de niñas, niños y adolescentes en la decisión de la tenencia a partir de la separación? ¿el principio de la corresponsabilidad parental, se materializa a través de tenencias alternadas? ¿cuál debe ser la respuesta estatal en situaciones de violencia de género y generaciones respecto a la tenencia y/o visitas?



ACLARACIONES TERMINOLÓGICAS

Los proyectos hablan en forma indistinta de guarda material, tenencia o custodia. Por otra parte, el proyecto de Corresponsabilidad en la crianza opta por hablar de tenencia alternada, mientras que el otro proyecto se refiere a tenencia compartida responsable. Los conceptos señalados son definiciones jurídicas que no son equivalentes y tienen alcance distinto. La INDDHH no ingresará en el análisis jurídico de las categorías mencionadas.

Los proyectos de ley utilizan los términos niños y adolescentes, así como la expresión “menores”. Por otra parte, califican como interés superior del menor.

En el presente documento la INDDHH, utilizará los términos niñas, niños y adolescentes (en adelante NNA) e interés superior de niñas, niños y adolescentes por entender que son las expresiones que mejor se adaptan a la concepción de derechos.

Se usará en forma indistinta la expresión corresponsabilidad en la crianza o corresponsabilidad parental, siguiendo la expresión utilizada en la Ley N° 19.161 sobre subsidios por maternidad y por paternidad.

El interés superior de niñas, niños y adolescentes

La aprobación en 1989 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) marca el inicio de un cambio en el paradigma de la infancia. En ese marco, el párrafo 1 del artículo 3 de la CDN consagra el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes; este postulado ha sido considerado por el Comité de Derechos del Niño como el “principio rector-guía de toda la Convención”.

En repetidas oportunidades el Comité Internacional del Derecho del Niño ha procurado aportar elementos que contribuyan a la determinación del interés superior de niñas, niños y adolescentes. En este sentido, la Observación general N° 14 del 29 de mayo de 2013 constituye una guía fundamental para la interpretación del art. 3¹.

De acuerdo al Comité se trata de un concepto triple. En primer lugar, es un derecho sustantivo en la medida en que deberá ser considerado siempre que se adopte una decisión que afecte a NNA y será la principal orientación ante un conflicto de intereses. Dice el Comité “El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales”². En segundo lugar, es un principio jurídico interpretativo fundamental “si una disposición jurídica admite más de

¹ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

² Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, numeral 6. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en



una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”³. En tercer lugar, es una norma de procedimiento; *“siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados”*⁴. La fundamentación de las decisiones deberá explicitar en forma clara la evaluación del interés superior de niñas, niños y adolescentes. En el derecho uruguayo, la aprobación del CNA ha significado un avance sustancial para aplicar estas recomendaciones.

Debe señalarse que los proyectos de ley a estudio refieren a un acotado conjunto de NNA dado que la norma proyectada pretende abarcar casi exclusivamente la corresponsabilidad en casos judicializados, lo que representa un grupo de niñas, niños y adolescentes acotado. Los proyectos de ley mencionados, no proporcionan un análisis de las características de este grupo, ni el contexto en el cual se inserta, que permitan evaluar la conveniencia de las modificaciones.

Mediando una separación, en numerosas situaciones se producen acuerdos parentales respecto de la vinculación de esos con las niñas, niños y adolescentes y, por ende no llegan a la órbita judicial. En otros casos, cuando se encuentran en la órbita judicial, alcanzan solución entre partes que posteriormente se homologa por lo que debe entenderse que también allí son los padres en acuerdo que resuelven todo lo atinente a sus hijos.

El Comité de Derechos del Niño, en la Observación General Nº 14, señala que *“El concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general”*⁵.

³ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, numeral 6. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

⁴ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, numeral 6. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

⁵ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, numeral 32. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en



Teniendo en cuenta lo expresado, deberá evaluarse si las modificaciones propuestas tienen vocación sobre la generalidad de los niños, niñas y adolescentes, si atienden el interés superior del niño en general.

Debe tenerse presente que, en el derecho uruguayo, a diferencias de otros ordenamientos jurídicos⁶, la posibilidad legal de que se fije una tenencia compartida o alternada se encuentra vigente. El actual art. 34 del CNA habilita en primer lugar a que ambos progenitores realicen un acuerdo sobre la tenencia de sus hijos/as. En segundo lugar y a falta de acuerdo serán las sedes judiciales quienes deberán fijar la tenencia. En ese caso las sedes judiciales, en base al interés superior del niño fijarán el régimen que más convenga al caso concreto. La posibilidad de que la sede judicial imponga un régimen de tenencia alternado, se verifica en las situaciones que se entienden que es la mejor solución para el caso concreto. Ello puede observarse a modo de ejemplo en la Sentencia S.C.J. No. 872/014 citada en la exposición de motivos de uno de los proyectos de ley a estudio.

En atención a lo expresado, es la sede judicial quien cuenta con elementos sustanciales para definir cuál es el régimen de tenencia que contemple el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, no es adecuado que se defina de antemano el régimen de tenencia estableciendo como “primera alternativa el régimen de cuidado compartido o la tenencia alternada” o establecer que “la tenencia será siempre compartida” pues en ocasiones puede resultar perjudicial para niñas, niños y adolescentes, dado que no contempla las particularidades del caso y deja de lado cómo se viene ejecutando la corresponsabilidad en la crianza antes de la separación y luego de la separación.

“El Comité considera que las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés superior del niño. Sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del niño en particular. Es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”⁷.

En cuanto a la importancia del principio, la utilización de la expresión “una consideración primordial” en el texto de la Convención⁸, había dado lugar a dudas en su interpretación, generándose la interrogante de si el interés superior de niñas, niños y adolescentes era una

⁶ A modo de ejemplo, en el caso de Chile, previo a la Aprobación de la Ley ° 20.680 del 2013, la tenencia sólo podía ser otorgada a uno de los dos progenitores.

⁷ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013, numeral 67. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en

⁸ El Art. 3 de la Convención de Derechos del Niño establece “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”. La expresión se vuelve a usar en el art. 21.



consideración entre otras. En este sentido el Comité expresa que *“La expresión “consideración primordial” significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. La firmeza de esta posición se justifica por la situación especial de los niños (dependencia, madurez, condición jurídica y, a menudo, carencia de voz). Los niños tienen menos posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, y las personas que intervienen en las decisiones que les afectan deben tener en cuenta explícitamente sus intereses. Si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar”*.

En este sentido, los proyectos de ley analizados parecerían afirmar que el interés superior de niñas, niños y adolescentes se materializa garantizando, luego de la separación, la corresponsabilidad en la crianza. Esta afirmación presupone dos dificultades. La primera que se vincula a considerar que la tenencia compartida o alternada es beneficiosa en todos los casos. Este supuesto no considera los casos en los que existe algún tipo de violencia de género o generacional, lo cual se abordará en el siguiente apartado. Como se señala supra, la sede judicial actuante deberá evaluar las circunstancias en que esta tenencia compartida o alternada atienda el interés superior de niñas, niños y adolescentes y adoptará las soluciones que permita realizarlo.

Sin perjuicio de los casos de violencia, la INDDHH entiende que la conveniencia de que niñas, niños y adolescentes crezcan bajo el cuidado equitativo debe promoverse a lo largo de toda su vida. Este aspecto resulta relevante si consideramos que el principio de corresponsabilidad no nace con la separación, sino que es previo a ello. Por lo cual, la conveniencia de que niñas, niños o adolescentes gocen de un cuidado equitativo de ambos progenitores se encuentra estrechamente ligado a ello.

La segunda, se relaciona con la idea de presuponer que la corresponsabilidad parental se encontraba garantizada previo a la separación. Sin embargo, los estudios demuestran que la carga de cuidados recae principalmente en las mujeres. *“El trabajo doméstico en el hogar y el trabajo de cuidados son las actividades no remuneradas que insumen la mayor cantidad de tiempo de las personas del hogar. En ambas, las mujeres registran mayores tasas de participación y promedio de horas semanales que los varones. A su vez, son las actividades en las que las brechas de género resultan más significativas”*⁹.

Dice la Corte IDH, en el Caso Atala Riffo y niñas vs Chile *“la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre*

⁹ Uso del tiempo y trabajo no remunerado en Uruguay 2013, disponible en <https://www.ine.gub.uy/documents/10181/340523/Uso+del+Tiempo+y+Trabajo+No+Remunerado+2013/5c21b33e-ddde-41cd-a638-4d73e3f75a8d3>



características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”¹⁰.

En similar sentido, cabe señalar que la Convención de Derechos del Niño, en la redacción dada en su art. 9 fue cuidadosa al establecer que *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”*. Sin imponer una opción única o prioritaria.

Un último aspecto en relación al interés superior de niñas, niños y adolescentes es la opinión y el derecho a ser oído.

En este sentido dice, *“el Comité estima que los elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, son los siguientes”¹¹.*

a) La opinión de niñas, niños y adolescentes. El derecho a ser oído establecido en el art. 12 de la Convención ha sido un elemento clave para la consideración del interés de NNA. No sin antes aclarar que el mismo genera varias dificultades, sea por la edad y el tiempo de maduración, sea por el significado que se le atribuye a la palabra de NNA. En ese sentido, el Comité resalta que factores como la edad o la situación de vulnerabilidad no obstan a tomar en cuenta la opinión de NNA.

Asimismo, el derecho a ser oído es una garantía y salvaguardia que se deberán considerar para determinar el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

En relación a ello se entiende que la actual formulación del art. 35 del CNA garantiza el derecho de niñas, niños y adolescentes a ser escuchados.

El principio de corresponsabilidad en la crianza, alcance y legislación vigente.

Varios instrumentos internacionales señalan la importancia de la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo, además establece que en caso de disolución se deben adoptar disposiciones que aseguren la protección necesaria de las hijas e hijos (Declaración Universal de Derechos Humanos art. 16 y art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23 N° 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17 N° 4).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su preámbulo afirma *“el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la*

¹⁰ Corte IDH Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹¹ Observación General No.14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) CRC/C/GC/14, 29 de mayo de 2013. Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en



sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. En virtud de ello, su artículo 5 letra b) establece que los Estados Partes tomarán las medidas apropiada para garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos. Esto se complementa con lo regulado en el art. 16, en especial los literales d) y f).

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 18 establece “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 el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

En ese sentido el art. 16 del CNA regula los derechos y deberes de los padres. Los cuales abarcan respetar la calidad de sujeto de derechos de niñas, niños y adolescentes, alimentar, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación, respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión, colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados, prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos, corregir a sus hijos o tutelados, excluyéndose la utilización del castigo físico o cualquier tipo de trato humillante, solicitar o permitir la intervención de servicios sociales especiales, participar en el proceso educativo.

Como puede verse su contenido, no se limita al ejercicio de la guarda material, sino que se vincula con el ejercicio de la guarda jurídica y con el concepto mismo de la patria potestad.

Al decir de Marcela Acuña San Martín *“el principio significa que ambos padres se responsabilizan y participan, es decir, concurren ambos, asumen en común ciertas funciones en relación con los hijos, las de mayor impacto en su formación integral: su crianza y educación. Las expresiones distribución o reparto que emplean algunas definiciones, por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, uno del cuidado diario y otro del cuidado ocasional, realmente no hay corresponsabilidad en los términos de la Ley”*¹².

La Estrategia Nacional para la Infancia y la Adolescencia en el punto 2.4 *“Una distribución equitativa de las cargas de cuidado entre hombres y mujeres y, sobre todo, su reconocimiento como responsabilidad social (tanto en el momento del nacimiento como en las etapas de crianza y en las etapas finales de la vida), son claves de una real ampliación de los derechos y oportunidades de bienestar. Asimismo, el propio cuidado debe ampliarse, incluyendo la*

¹² Marcela Acuña, El principio de corresponsabilidad parental



atención de las personas desde el mismo momento de la concepción; allí nacen también las co-responsabilidades parentales y el derecho y obligación de la atención”.

Varias de las directrices establecidas en la Estrategia Nacional para la Igualdad de Género, 2030 señalan aspectos a considerar para garantizar la corresponsabilidad. A saber:

- Universalizar la educación en derechos humanos, igualdad de género y no discriminación en el sistema educativo formal: contribuir a la construcción de una cultura de corresponsabilidad (en los cuidados y la crianza) y la desnaturalización de los roles tradicionales basados en la división sexual del trabajo, promoviendo la valoración del trabajo doméstico y del cuidado.
- Las vías institucionales de comunicación y los diferentes medios de comunicación con compromiso activo en el cambio cultural hacia la igualdad de género: impulsar que los medios de comunicación aporten a la deconstrucción de los estereotipos de género mediante el uso de lenguaje inclusivo e imágenes no sexistas, en productos y propaganda, promoviendo la corresponsabilidad en los cuidados.
- La corresponsabilidad se instala fuertemente en la sociedad, integrando al Estado, al mercado, la comunidad y a las familias: Ampliar y fortalecer las respuestas de cuidado de calidad en todo el territorio nacional, para las personas dependientes, niñas/os, adultas mayores, personas con discapacidades transitorias o permanentes. Promover la corresponsabilidad al interior de las familias para la distribución equitativa del trabajo doméstico y el trabajo de cuidado entre varones y mujeres.
- Asegurar que las mujeres de todas las ascendencias étnicas raciales y edades, accedan a empleos decentes en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna: Instrumentar medidas para que las condiciones de trabajo garanticen la posibilidad de conciliar la vida familiar y laboral, promoviendo la corresponsabilidad (horarios flexibles, licencias para el cuidado, recursos para el cuidado, entre otras).

En definitiva, el principio de corresponsabilidad se ejecuta a lo largo de toda la crianza, antes y después de la separación e implica la distribución equitativa de derechos y obligaciones que no sólo abarca la definición de la tenencia. Por lo cual, su materialización no sólo se alcanza estableciendo tenencias alternadas o compartidas, sino garantizando el cumplimiento efectivo de los deberes y derechos de ambos padres a lo largo de todo el proceso de crianza. Por otra parte, el principio de corresponsabilidad parental se encuentra estrechamente unido al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Esto implica que a la hora de fijar judicialmente los aspectos referidos a guarda, tenencia, visitas y pensión alimenticia se debe realizar un análisis de cada caso que contemple la forma en que se venía cumpliendo la corresponsabilidad y los riesgos en establecer cambios en la organización de las relaciones parentales.

La corresponsabilidad además debe ser analizada y pensada como la corresponsabilidad entre Familias, Estado, Mercado y Comunidad, en la medida en que se apunta a la superación de la división sexual del trabajo a la vez que visibiliza y valoriza una función social



imprescindible que tradicionalmente han desarrollado las mujeres en la órbita exclusivamente familiar¹³.

Si bien el derecho internacional de los derechos humanos ni los estudios sobre el tema son concluyentes sobre cuál es la fórmula adecuada para garantizar el mejor ejercicio de la corresponsabilidad, desde la INDDHH se considera que los acuerdos voluntarios podrían constituir el escenario más favorable para establecer estos regímenes.

Sobre este aspecto, Agurtzane Goirena Lekue¹⁴ expresa “el interés superior del niño es su bienestar para el adecuado desarrollo de su personalidad, y en el ámbito de la guarda implica quedar al cuidado del progenitor con el que mantiene una relación afectiva más estrecha, la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando esta fórmula no perjudique su estabilidad emocional que es el requisito para un adecuado desarrollo de su personalidad. Ello significa que cuando se pueda aunar el bienestar emocional del niño con su derecho a mantener relaciones lo más regulares posibles con ambos progenitores, la custodia compartida será la fórmula idónea. En caso contrario, si las condiciones de ejercicio de la custodia compartida ponen en riesgo el bienestar emocional del niño, la primera cede en favor del segundo en aras a preservar dicho bienestar”.

Esta autora afirma que las tenencias compartidas o alternadas deben estar condicionada a la existencia de una serie de presupuestos para su ejercicio:

- establecimiento de una “fórmula concreta de alternancia de los períodos de convivencia con cada uno de los padres, flexible y adaptable a las circunstancias del caso”,
- “que ambos progenitores sean aptos para el ejercicio de la guarda, sin que estén en condiciones que lo puedan descalificar”. Este opera de forma excluyente o sine qua non.
- “que la relación entre los cónyuges sea lo suficientemente fluida como para poder consensuar valores y pautas de conducta en relación con la educación y los cuidados del/la menor. A diferencia de otro tipo de pleitos, en los procesos matrimoniales sobre guarda y custodia, el conflicto no se resuelve con la decisión judicial. Por el contrario, éste se puede agudizar resultando perjudicial para el bienestar emocional del niño –que es el que a tenor de la ley debe protegerse”.

El deber de debida diligencia ante situaciones de violencia hacia NNA

El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General N° 19, Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, del 18 de abril de 2011, establece: “*Intervención judicial. Las garantías procesales se han de respetar en todo momento y lugar. En particular,*

¹³ INDDHH, Aportes al Proyecto Ley del Sistema Nacional Integrado de Cuidados. Disponible en file:///C:/Users/rosan/Downloads/sistema-nacional-de-cuidados_fin.pdf

¹⁴ Agurtzane Goirena Lekue. La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género. Disponible en [file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaCustodiaCompartidaElInteresDelMenorYLaNeutralida-1229624%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-LaCustodiaCompartidaElInteresDelMenorYLaNeutralida-1229624%20(1).pdf)



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); además, hay que procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible, en función de lo que exijan las circunstancias. Asimismo, el Comité recomienda que se respeten las garantías siguientes: (...)
d) En todas las actuaciones en que participen niños que hayan sido víctimas de violencia, debe aplicarse el principio de celeridad, respetando el estado de derecho”.

Por otra parte, *“Unicef reporta que en promedio de 6 de cada 10 niñas, niños o adolescentes son sometida/os a violencia física por parte de las personas responsables de su cuidado. Entre las adolescentes de 15 a 19 años, un cuarto padeció violencia desde los '15 años. Cerca de una de cada diez niñas o adolescentes han sido abusadas sexualmente en algún momento de su vida. Una de cada tres adolescentes de entre '15 y 19 años fue víctima de violencia por parte de su pareja”¹⁵.*

La obligación de los Estados de brindar una respuesta integral e inmediata, contempla la necesidad de adoptar medidas de protección. Dichas medidas deberán considerar la modificación de algunas ideas preconcebidas (estereotipos) de la situación de violencia contra mujeres, niños/as y adolescentes.

El caso de Ángela González vs España, el Comité señala:

“Los Estados partes tienen la obligación, conforme al art. 16, párrafo 1, de adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. Al respecto, el Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los art. 2 a), d), e) y f) y 16, párrafo 1 d) de la Convención”¹⁶.

En el caso Opuz vs Turquía, la Corte Europea de Derechos Humanos expresa *“La madre de la demandante se volvió un blanco debido a que se involucraba en la relación de la pareja, y los niños de la pareja también pueden considerarse víctimas debido a los efectos psicológicos de la violencia constante en el hogar de la familia”¹⁷.*

En el caso Jessica Lenahan (González) y otros vs EEUU la CIDH recuerda que la violencia doméstica es una grave violación a los derechos humanos y constituye una forma de discriminación hacia las mujeres. Pero además afirma que existe una correlación entre la

¹⁵ Extraído de la Exposición de motivos de la Ley N° 19.580.

¹⁶ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 58° Periodo de sesiones, Comunicación N° 47/2012 párrafo 9.3.

¹⁷ Corte Europea de Derechos Humanos. Opuz vs. Turquía. Demanda N° 33401/02 - Sentencia del 9 de junio de 2009. Párrafo 142.



violencia doméstica y el abuso de niñas y niños que se ve agravado en la ruptura del vínculo de pareja. En este sentido expresa:

“Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes, los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas. Las niñas y los niños también son con frecuencia testigos, víctimas y ampliamente perjudicados por el fenómeno. Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica. A menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, sólo son efectivas si son implementadas con diligencia”¹⁸.

La Corte IDH en el caso Fornerón e hija vs Argentina refiere a que la Convención sobre los Derechos del Niño establece circunstancias excepcionales tales como los *“casos en los que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, que hubieran permitido, excepcionalmente, la separación del padre de su hija”¹⁹.*

El caso de Ángela González vs España el Comité para la Eliminación contra la Mujer:

“El Comité observa que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente como los servicios sociales y los expertos psicólogos tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento de F.R.C. Las decisiones pertinentes no traslucen un interés por parte de esas autoridades de evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto. También se observa que la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y su hija, y que el continuo impago por parte de F.R.C. de la pensión de alimentos ni fue tenido en consideración en ese marco. Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visitas basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándose en una situación de vulnerabilidad. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica”²⁰.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia internacional y los aspectos mencionados la INDDHH expresa que toda modificación normativa que se traduzca en una regresión a las actuales

¹⁸ CIDH, Jessica Lenahan y otros vs EEUU, Informe 80/11 del 21 de julio de 2011, Párrafos 163.

¹⁹ Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242

²⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 58° Periodo de sesiones, Comunicación N° 47/2012 párrafo 9.3.



potestades de otorgar medidas de protección hacia niñas, niños y adolescentes, coliden con las obligaciones internacionales asumidas por Uruguay.

En particular, los numerales 5 y 6 de la reforma propuesta para el art. 35 del CNA en el proyecto de corresponsabilidad en la crianza, no parece contemplar la exclusión de la aplicación de este tipo de régimen en casos de violencia de género o de generaciones. Asimismo, se desatiende el principio pro persona, que impone a los Estados la aplicación de la norma que más favorezca a esta. Es decir que debe actuarse de manera de prevenir situaciones de violencia y optarse por la solución que mejor proteja los derechos de quienes aparecen como actual o potencialmente agredidos. Asimismo, la protección judicial obliga a tener en cuenta el criterio de prevención del riesgo, como ya se señaló ut supra, que impone un análisis de los hechos denunciados para la adopción de medidas de protección y que pueden implicar la suspensión de los regímenes de tenencia o visitas fijados siguiendo el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

En similar sentido el art. 8 del proyecto de Tenencia compartida responsable, incurre en los mismos riesgos pudiendo estar en riesgo el interés superior de niñas, niños y adolescentes, así como el principio de protección en supuesto en los que el Estado no logre brindar un recurso judicial efectivo.

El numeral 6 del art 35 propuesto en el proyecto de corresponsabilidad en la crianza dice “la mera denuncia presentada contra uno de los padres, no suspenderá...” Es importante señalar que la actual normativa no habilita la suspensión de las visitas o tenencias por la mera denuncia, sino que ello se da en el marco de un proceso de adopción de medidas de protección, de acuerdo a lo regulado por la Ley N° 19.580. El capítulo V de la mencionada norma, regula los procesos de protección, investigación y penalización de la violencia basada en género contra las mujeres. En especial la sección IV sobre los procesos de protección en el ámbito judicial, en el art. 67 establece que ante situaciones de violencia intrafamiliar la resolución judicial deberá adoptar medidas de protección y resolverá la suspensión de las visitas del agresor respecto de las hijas e hijos menores de dieciocho años de edad. Esta hipótesis admite una excepción en los casos en los que hijos o hijas lo solicitaren y se considerare que no existe riesgo de vulneración de sus derechos, pudiéndose disponer visitas supervisadas por una institución o por una persona adulta de su confianza todo lo cual se fijará teniendo en cuenta el artículo 8° del Código de la Niñez y la Adolescencia.

La exposición de motivos de la Ley N° 19.580 consigna que *“La suspensión de visitas es un punto que genera resistencia de parte de quienes no dimensionan los daños que provoca en niñas, niños y adolescentes la exposición a la violencia doméstica que afecta a las personas que les cuidan, ni los riesgos que implica la utilización de los mismos como rehenes o instrumentos para la continuidad de la violencia intrafamiliar”*.

Conforme lo que se ha venido analizando en el presente informe, toda modificación al régimen de tenencias y/o visitas, siempre debe guiarse por el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Debe tenerse en cuenta además que este tipo de procesos están sujetos a la cláusula rebus sic stantibus, es decir, de modificación continua atento a las variables que se planteen.



En consonancia con lo anterior, la INDDHH entiende que toda reforma legislativa que aborde la corresponsabilidad debería promover la distribución equitativa de los cuidados a lo largo de toda la crianza de manera que al momento de la separación madres, padres, hijas y/o hijos lleguen a acuerdos en este sentido. Asimismo, y a falta de acuerdo, la actuación judicial debe garantizar que las decisiones que se adopten atienden las particularidades de cada caso individual y en general el interés superior de niñas, niños y adolescentes como principio rector.

Las modificaciones normativas formuladas en los proyectos de ley mencionados, se consideran regresivas y debilitan la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.