

**PRIMEROS ANÁLISIS SOBRE LA NORMATIVA
CONSAGRADA EN LEY 20141
La creación de un nuevo proceso de naturaleza
excesivamente extraordinario y otros comentarios**

FIRST ANALYSIS OF THE REGULATION SET FORTH IN LAW 20141
The creation of new exceedingly extraordinary proceedings
and other comments

PRIMEIRA ANÁLISE DO REGULAMENTO ESTABELECIDO NA LEI 20141
A criação de um novo processo super extraordinário e outros comentários

FERNANDO MORENO (*)

Fecha de recepción: 30 junio 2023.
Fecha de aceptación: 11 de setiembre 2023.

RESUMEN. Se analiza el impacto que podría provocar la vigencia de la ley a nivel de los juzgados de familia de nuestro país.

PALABRAS CLAVES. Corresponsabilidad en la crianza. Niñez. Adolescencia. Derechos. Garantías.

ABSTRACT. The impact that the entry into force of the law could have in our country's family courts is analyzed.

KEY WORDS. Shared parental responsibility. Childhood. Adolescence. Rights. Guarantees.

RESUMO. O impacto que a lei poderá ter nos tribunais de família do nosso país é analisado.

PALAVRAS CHAVE. Corresponsabilidade na criação. Infância. Adolescência. Direitos. Garantias.

(*) Doctor en Derecho y Escribano público UDELAR. Profesor titular de Derecho de las personas, bienes y modos de adquirir en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Correo electrónico: fernandomoreno@vera.com.uy

Introducción

Se analiza el impacto que podría provocar la vigencia de la ley a nivel de los juzgados de familia de nuestro país, en los diversos numerales que se exponen a continuación.

I. Declaración del legislador

La ley 20.141 fue publicada el 31 de mayo de 2023. Previo al desarrollo del articulado, el legislador formula una declaración la que se transcribe: «Declárase, de conformidad con el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 2 de setiembre de 1990 y el artículo 14 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que el Estado garantiza el reconocimiento del principio de corresponsabilidad en la crianza (...)».

Es así que el Poder Legislativo, sancionando el proyecto, y el Poder Ejecutivo, promulgando con la correspondiente publicación, establecen que el Estado da garantías a la corresponsabilidad en la crianza. Pero analizando detalladamente se puede advertir que esa garantía se limita a reconocer el principio de corresponsabilidad.

Se entiende que la corresponsabilidad emerge del propio instituto de patria potestad, e incluso de normas constitucionales, pero sin perjuicio de ello, deberían ser contempladas otras garantías que podrían estar afectadas, en primer lugar, por las carencias materiales ya conocidas del sistema judicial y, además, por ciertas debilidades que presenta la reciente normativa.

En tal sentido, según la analizada ley, el Estado garantiza el reconocimiento del principio de corresponsabilidad en la crianza, principio ya consagrado sólidamente por Tristán Narvaja y Eduardo Acevedo en nuestro Código Civil, en lo vinculado al instituto de patria potestad. Surge, no obstante, en esta ley la ratificación del Estado en cuanto al deber que asume de dar garantías para la aplicación de dicho principio.

Pero cabe preguntar entonces si están dadas las plenas garantías en las estructuras colapsadas de los juzgados de familia y si se puede cumplir en juzgados que llevan adelante un desmesurado volumen de expedientes con múltiples tipos de juicios, con los acotados plazos pretendidos por el legislador.

II. Rápido repaso a los institutos y trámite regulados en la reciente ley

La ley regula en una presentación algo desordenada, institutos varios que estaban por lo menos muy ordenadamente tratados en la Ley 17.823. A saber, aborda fundamentalmente los institutos de ratificación de tenencia, recuperación de tenencia, guarda (jurídica), visitas y eventual incum-

plimiento. También legisla especialmente respecto del concepto de corresponsabilidad en la crianza. Además, regula ciertos trámites vinculados a los juzgados especializados con todo lo vinculado a la adopción de medidas cautelares provisionales. No se regulan aspectos procesales de la pensión alimenticia, y esto se analizará especialmente en un numeral dedicado a los juicios de pensión por alimentos.

Como se verá, claramente los alimentos no tienen impuesta la limitación de plazos de dictado de sentencia en ciento veinte días, como se establece en el artículo 6.

Respecto de la ratificación de tenencia, por lo menos el legislador despeja ciertas dudas que habían sido introducidas por algunos operadores. Se terminó la discusión, ya que correctamente el legislador, en el mismo artículo 6 en su parte final, estableció que el trámite de ratificación de tenencia conlleva una estructura voluntaria conforme artículo 402 y siguientes del Código General del Proceso. Y nada más habrá para discutir sobre el punto, siendo esa la solución que venían aplicando los jueces casi sin excepción.

El resto de los trámites sobre las pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento extraordinario, en estructura extraordinaria, pero con los plazos que establece el artículo 6 de la ley, y es este entonces el planteo central de abordaje en este trabajo.

III. Las garantías para el menor de edad como sujeto de derecho

La ley 20.141 establece que el menor de edad es parte en el artículo 10. Se transcribe parcialmente: «(Calidad de parte del niño o adolescente en los procesos sobre corresponsabilidad en la crianza, tenencia, guarda y visitas, y en general, en toda instancia en que deba ser oído). En los procesos sobre corresponsabilidad en la crianza, tenencia, guarda 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».

Se considera innecesaria esta estipulación, que ya se derivaba sin controversias de la normativa anterior, especialmente desde el año 2004, con la vigencia de la Ley 17823.

Debe tenerse presente que el artículo 2 del Código de la Niñez establece que los menores de edad son: «(...) sujetos de derechos, deberes y garantías, y consagra: todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas».

Luego en su artículo 8 establece: «En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. Po-

drá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones».

De todos modos, es notorio que existen razones de política legislativa que determinan que se reiteren conceptos como manera de destacar derechos y obligaciones. Si no fuese por dicha razón, no hubiese sido técnicamente necesario determinar en el artículo 2 del Código de la Niñez y la Adolescencia que los niños y adolescentes son sujetos de Derecho, a la luz de lo consagrado por Tristán Narvaja antes de 1900, en el artículo 21 del Código Civil.

Es muy comprensible entonces la necesidad de política legislativa, como manera de enfatizar y remarcar la importancia de los conceptos.

IV. Las garantías para el menor de edad: la defensa a designar

Se regula sobre la actividad de un abogado que represente y asista al menor de edad en artículo 11, el que consagra: «En los procesos de corresponsabilidad en la crianza, tenencia y visitas y en general, en todo proceso en que el niño o adolescente deba ser oído, se le designará un abogado para que lo represente y asista».

Esto también ya estaba regulado en la Ley 17823. No obstante, existe una innovación que refiere a un aspecto casi administrativo y es la manera en que el juez debe designar abogados: «El Tribunal competente designará aleatoriamente al abogado patrocinante a partir de una lista confeccionada por el Poder Judicial». Y agrega: «Cuando sea posible, el Tribunal no asignará más de cinco casos activos a un mismo abogado. Esta limitación no se aplicará a los Defensores Públicos».

En la actualidad existe un sistema que ha dado buen resultado a través de muchos años, como ser la designación a partir de listas de profesionales que se presentaban en los juzgados previamente, y, de acuerdo a su grado de especialidad, experiencia, dedicación y capacidad técnica, iban siendo designados por los jueces. Esto así ocurrió por décadas y décadas en la materia de familia. Sin embargo, llegan modificaciones desde el Poder Legislativo.

A partir de esta ley, la Suprema Corte de Justicia deberá elaborar listas de abogados particulares para que los jueces realicen las designaciones, y no podrá haber más de cinco casos en trámite asignados a cada abogado.

Estas nóminas deberían ser conformadas con los mismos criterios fundamentales antes referidos, como ser el grado de especialidad, experiencia y el grado de compromiso de cada profesional en el relacionamiento con

múltiples casos con niños y personas mayores en situación de insania mental, a modo de ejemplo, que, por cierto, no es un aspecto fácil de determinar.

También el artículo determina un plazo para que el abogado acepte o rechace el cargo, lo cual es una correcta regulación. Seguidamente, establece que, al aceptar el profesional, deberá entrevistarse a la mayor brevedad con su patrocinado, el menor de edad, lo cual también es muy atinado.

Lo de «mayor brevedad» por supuesto que quedará una vez más en el sano criterio de los operadores y condiciones de los trámites, lo cual ya significa dejar espacios abiertos para la ocurrencia de posibles dilatorias.

El legislador determina que debe haber entrevistas en condiciones que aseguren que el menor de edad pueda expresarse libremente y sin la presencia de los progenitores o tenedores. Podrá el abogado, si las circunstancias lo aconsejan, requerir que se realicen varias entrevistas a las que el niño o adolescente asistirá acompañado sucesivamente por cada uno de los progenitores o tenedores, si fuese posible. El defensor del niño o adolescente mantendrá el contacto con su patrocinado mientras dure el proceso, informándolo de la marcha de este y recabando su opinión cuando la importancia del acto procesal a cumplir en defensa de su interés lo justifique.

Esto debe ser así, siendo el ideal de la garantía de un debido proceso y así correspondería se desarrollasen todos los procesos.

Pero a partir de la consideración de estas etapas imprescindibles para la garantía de los juicios queda de manifiesto el imposible procesal en cuanto a cumplir con los plazos tal como lo proyectó el legislador, y esto, como se expresó antes, es el planteo central de abordaje en este trabajo.

Las dificultades que podrían provocarse en los juicios son varias. No es posible insertar esta estructura de garantías (entrevistas, pericias, informes técnicos) en el exiguo plazo que estableció el legislador para culminar todo el proceso. Es comentario casi general en pasillos y oficinas de todo el país que los defensores públicos tendrán más que dificultades para realizar esta importante tarea de seguimiento de situación de centenares y miles de menores de edad. También que los jueces tendrán más que dificultades para dictar sentencias en un plazo de ciento veinte días, ya que el legislador limitó el plazo del dictado, pero mantuvo en toda su extensión los diversos plazos de toda la etapa procesal.

Son conocidas las condiciones de casi colapso de las oficinas judiciales por desmesurado volumen de casos y escaso personal, todo lo que ya existía antes de la vigencia de esta ley.

Debería analizarse la creciente judicialización de los conflictos sociales año tras año y cómo ello puede impactar en menores de edad a manera de

revictimizarlos. Existen recomendaciones que surgen en los instrumentos internacionales, legislación vigente en nuestro país, respecto a no incurrir en situaciones de revictimización e invasión del espacio psicológico y emotivo de los menores de edad. Por supuesto que el legislador considera esa protección y así lo destaca, por ejemplo, en el artículo 3 de la ley, que sustituye al 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia. Dice el legislador: «Sin perjuicio de ello, se deberá evitar su comparecencia reiterada e innecesaria».

Pero es que en el artículo 11 sobre la designación de abogado y entrevistas, dijo el legislador que el profesional podría «si las circunstancias lo aconsejan requerir que se realicen varias entrevistas, a las que el niño o adolescente asistirá acompañado sucesivamente por cada uno de los progenitores o tenedores, si fuese posible». En cambio, en artículo 3 antes referido había exigido que no hubiese reiteradas comparecencias.

Estas determinaciones refieren a cierto desorden legislativo, aun cuando la intención haya sido tal vez instar a que se utilice el sentido común entre los operadores judiciales, extremo que se cumple sin dudas día a día en una materia tan delicada con desarrollo de esfuerzo diario y máxima responsabilidad, en un escenario de carencias y dificultades.

Continuando con el análisis de la norma, el artículo 11 establece: «El Defensor del niño o adolescente se entrevistará además con las otras partes en el proceso, siempre con la presencia o la anuencia de sus respectivos abogados, toda vez que lo considere necesario para el mejor cumplimiento de su misión. Las entrevistas deberán realizarse todas dentro del plazo de treinta días luego de aceptado el caso. El Juez podrá requerir además la asistencia de técnicos especializados para la interpretación de la voluntad real del niño o adolescente».

En la realidad judicial las cosas no funcionan tan mecánicamente como las piensa en la teoría el legislador. Las pericias no siempre se cumplen con urgencia, las notificaciones, citaciones y convocatorias no se logran efectivizar con inmediatez, las personas citadas no son inmediatamente ubicadas. Además, los expedientes en trámite en cada sede suponen un volumen de entre cuatro mil y cinco mil expedientes en cada juzgado.

Debe entenderse que, en los juzgados tradicionales de familia, en donde se aplicará principalmente esta nueva ley, no existen equipos técnicos a disposición, los que solo actúan en forma directa y no sin dificultades con los juzgados especializados de familia que actúan en casos de urgencia, medidas cautelares, violencia doméstica y otras competencias. Disponer en un juzgado de familia no especializado la realización de una pericia o informe, o evaluación técnica o intervención de organismos como el Instituto del

Niño y Adolescente del Uruguay no es una actividad que se desarrolle con profesionales que estén a la orden y por ello lo cometido jamás se cumplirá de inmediato por múltiples razones administrativas.

Todo lo analizado, y varios aspectos más, lleva a la conclusión de que es casi un imposible procesal cumplir con los ciento veinte días pretendidos por el legislador en la normativa aprobada recientemente, en procesos llamados de «tenencia compartida», en el modo en que son identificados en el ámbito judicial.

V. Las garantías: ¿Derecho o deber de ser oído? Artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia

El antiguo artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, breve en su texto, ha sido sustituido y ahora cuenta con un texto extenso y de variadas instrumentaciones.

En aquel artículo 35 había tres soluciones en caso de controversia: mantener al menor de edad con el progenitor con el que vivió más tiempo; si tenía menos de dos años, mantenerlo con la madre; y, siempre que fuese posible, oír al niño o adolescente y su voluntad.

Esto ha cambiado. A partir de la vigencia de la Ley 20141 el artículo 35 ha sido alterado sustancialmente. Lo de oír al niño o adolescente se mantiene en la reciente ley, pero con algún detalle técnico que difiere de lo consagrado originalmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia, código del año 2004. Si bien existe un derecho del niño a ser oído, conforme artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, lo que se desprende, además de su propia condición de sujeto de Derecho, hay que analizar si se regula como un derecho del niño o, en definitiva, como un deber para la instrumentación del proceso.

El artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia expresaba: «En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida». El legislador hace referencia a derechos subjetivos (anotado, a los efectos de esta presentación, con inicial minúscula para diferenciar la referencia al Derecho como ciencia anotada con inicial mayúscula). La norma, entonces, remite a otra normativa constitucional y civil, respecto de derechos inherentes a la condición de persona física.

La redacción anterior, la original del artículo 35 del Código de la Niñez y la Adolescencia, rezaba: «el juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente».

Además, en el artículo 16 literal c del Código de la Niñez y la Adolescencia se establece: «Son deberes de los padres o responsables respecto de

los niños y adolescentes (...) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión».

Otra cita normativa sobre este punto es el artículo 3 de la Ley 21041 que dice: «Una vez evaluados los siguientes parámetros, y si las condiciones familiares lo permitieran, el Juez fijará la tenencia alternada o compartida en la medida en que esta resulte la mejor forma de garantizar el interés superior del niño o adolescente: A) La opinión del niño o adolescente de conformidad con los artículos 8 y 16 literal c del presente Código, la cual deberá recabarse en un ámbito adecuado y adoptándose todas las medidas para garantizar que la misma sea expresión de su voluntad reflexiva y autónoma, según su grado de desarrollo cognitivo y autonomía progresiva. Bajo su más seria responsabilidad funcional, el Juez siempre deberá oír y tener en cuenta la opinión del niño o adolescente. Sin perjuicio de ello, se deberá evitar su comparecencia reiterada e innecesaria».

Luego de analizar este cuadro normativo comparando sus redacciones, corresponde analizar si existe un cambio en la consideración de este concepto de «oír» al niño o adolescente.

Puede concluirse que, en las redacciones establecidas a partir de 2004 en el Código de la Niñez y la Adolescencia, existía claramente especificada una obligación para el juez y un derecho del niño o adolescente.

La obligación del juez de considerar y valorar esa voluntad, y por otra parte el derecho del menor de edad de expresar o no su postura.

En la redacción actual de la Ley 20141 no se establece específicamente el concepto de derecho (subjeto) del niño o adolescente. No obstante, ese criterio debe continuar rigiendo y debe respetarse especialmente tal derecho subjetivo. La posibilidad de ser oído no supone la realización de una audiencia de interrogatorio, sino que se busca que exista un ámbito de garantía, calma y seguridad para el menor de edad entrevistado como una de las partes del proceso, pero en condiciones diferenciadas con respecto a las otras partes.

Debe continuar prevaleciendo la noción de derecho a ser oído consagrada en el artículo 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y debe encontrarse el espacio y el momento de plena garantía para lograrlo. De otra manera se atacarían las nociones reguladas en la Convención de Derechos del Niño. El rol del defensor es de especial importancia en este sentido.

VI. El proceso y las partes. El acceso. La auxilioria

El artículo 13 refiere al acceso a la Justicia para personas de bajos recursos: «Las personas de bajos recursos gozarán del beneficio de auxilioria

de pobreza previsto por el artículo 254 de la Constitución de la República, previa acreditación sumaria de sus ingresos».

Se analiza otro de los párrafos del artículo: *A los efectos de esta ley y para acceder al beneficio de auxilioria de pobreza, se consideran personas de bajos recursos a quienes perciban ingresos mensuales líquidos inferiores a 6 BPC (seis bases de prestaciones y contribuciones). Obrará como presunción de la situación de bajos recursos a los efectos de la obtención del beneficio de auxilioria de pobreza el que el patrocinio jurídico sea brindado por los consultorios jurídicos de las facultades de Derecho de las universidades o institutos universitarios reconocidos, u otras instituciones que lo hacen con los mismos criterios de gratuidad. En tal caso, se deberá acompañar la información sumaria que habilitó el patrocinio gratuito.*

Este artículo, numerado con el dígito 13, ha causado confusión entre varios de los operadores que deben aplicar la norma, a pocos días de su vigencia.

Al respecto, todas aquellas personas que tengan un ingreso económico-salarial de treinta y cuatro mil pesos o menos tendrán derecho a ser consideradas personas de bajos recursos. Nada se establece sobre los recursos de su núcleo familiar, cónyuge, concubinos, sino que se analiza el ingreso propio sin dar incluso otras señales sobre la forma de indagar la veracidad del ingreso, y tan solo la ley habla de una acreditación sumaria de los ingresos.

Como sea, quien se presente como accionante de bajos recursos gozará por imperio legal del beneficio de auxilioria de pobreza. Es más, si la persona es patrocinada por un consultorio gratuito, ya existe presunción suficiente, dice el legislador, para determinar el otorgamiento del beneficio.

No surgen del análisis normativo modificaciones a la competencia de la Fiscalía de Hacienda, la que continuará interviniendo en estos trámites como hasta el momento.

Tampoco determina la norma si debe cumplirse un proceso voluntario en un expediente de Auxilioria o si, por el contrario, se dispone el beneficio de pleno derecho por aplicación de la ley.

Pero no es todo. Hay más dificultades interpretativas. Volviendo al párrafo primero del artículo 13, surge una solución más que peculiar. Se establece que: «Decretado el beneficio de auxilioria de pobreza en favor de una parte en el proceso, se extenderá a las demás, tanto al actor y demandado como a los niños y adolescentes».

Tratando de no abandonar un estilo ponderado y académico, pero sin salir de la sensación de sorpresa, procesal al menos, debe analizarse quién será entonces el defensor de la personal beneficiada con auxilioria.

Hay que determinar si será patrocinado por defensores públicos, de una defensoría con menguados recursos humanos y materiales, o puede patrocinar un abogado particular que no percibirá honorarios tal vez.

La consecuencia inmediata es que dicha persona auxiliada no abonará tributos. Lo que además hay que considerar es que también va a invocar la situación para no abonar honorarios de peritos, defensa del menor de edad y demás.

Hay que resolver entonces qué tipo de pericias se cumple y quién abonará los honorarios y gastos. Además, qué profesional asistirá al menor de edad, si serán defensores públicos o tal vez de la Universidad de la República, con sus esforzados y técnicamente destacados consultorios barriales y del Centro de Estudiantes, pero con muchos límites presupuestales. En definitiva, cabe preguntarse si el legislador examinó estas circunstancias, ya que el sistema necesita respuestas urgentes.

Cabe preguntarse si el Instituto Técnico Forense realizará todas las pericias peticionadas por la parte contraria, no declarada pobre, pero beneficiada como pobre en esta peculiar solución que estableció el legislador.

También existen interrogantes sobre si el Departamento de Asistentes Sociales cumplirá todas las pericias solicitadas por partes no declaradas pobres, pero beneficiadas con esta curiosa solución del artículo 13.

Se modificaría entonces una estructura de varios años que determinaba a través de acordadas que la parte patrocinada por abogado particular no podía beneficiarse de la gratuidad de las pericias realizadas por técnicos del Poder Judicial.

Ante tantas dificultades interpretativas y de instrumentación procesal, debe retomarse la consideración del planteo central de abordaje en este trabajo, como se ha venido detallando en cada uno de los capítulos.

La idea de cómo elaborar este desarrollo o exposición está vinculada a la posible constatación, luego del análisis, de una muy profunda dificultad para poder dar cumplimiento a lo exigido por el legislador en el artículo 6 de la ley, en cuanto al dictado de las sentencias en un plazo de ciento veinte días.

Pero tal vez más importante que la dificultad procesal varias veces mencionada es la posibilidad de vulneración de derechos.

En capítulo anterior, se hizo referencia al riesgo de poder agredir derechos de niños o adolescentes. En el actual capítulo sobre auxilioria de pobreza también debería considerarse el riesgo a la eventual vulneración del principio de igualdad. El artículo 254 de la Constitución determina que

la justicia será gratuita para los declarados pobres con arreglo a la ley. No obstante, desde la vigencia de la Ley 20141 también será gratuita la justicia para otras partes no declaradas pobres.

Ante las dudas en cuanto a la forma en que se instrumentará la defensa de los menores de edad en casos de auxilioria, también cabría preguntarse si no existe una afectación a los derechos del niño o adolescente, quien ya no podrá optar por el patrocinio de abogados particulares especializados en la materia, y esto como opción en el ejercicio de la libertad, sin que suponga referencia alguna a la calidad técnica de unos u otros profesionales, siendo que tanto en la esfera privada como en la pública actúan profesionales de muy destacada labor técnica. Lo anterior con lo ya analizado sobre eventual colapso para las oficinas de defensoría pública.

Es indiscutible que se generan dificultades y dudas, no para el legislador tal vez, pero sí para los operadores que deben enfrentar la aplicación de la tan mentada ley, aprobada con tales condiciones y redacción.

A modo de ejemplo, cabe preguntarse si la parte supuestamente beneficiada o alcanzada por la auxilioria que no pidió está obligada a aceptar tal auxilioria.

La respuesta debería ser la negativa, ya que se entiende en este caso que la parte siempre mantendrá su derecho a designar su defensor particular de confianza, debiendo el interesado expresarlo en el expediente.

Pero volviendo a la pregunta de quién cubriría tal despliegue de patrocinios gratuitos, debe considerarse que, por ejemplo, en el interior del país hay localidades en donde no se llega a un número suficiente de abogados que actúen en la materia y surgen múltiples escollos para implementar estas soluciones, ya que el legislador limita el número de casos que se asignarán a cada profesional.

VII. Las estructuras procesales y los plazos del Artículo 6

Este artículo 6 es de los que han causado más impacto en los intérpretes y operadores del sistema. Se sustituye el antiguo artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia del año 2004, que determinaba que los procesos de Tenencia y Guarda se cumplirían por el proceso extraordinario.

Ahora, por el artículo 6 de la ley, el artículo 37 del Código de la Niñez y la Adolescencia tendrá esta nueva redacción: «Todas las pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento extraordinario, consagrado en los artículos 346, 347, 349 y 350 del Código General del Proceso. El Juez deberá dictar sentencia definitiva dentro del

plazo máximo de ciento veinte días, contados a partir de la presentación de la demanda. Cuando sobrevengan circunstancias extraordinarias o en caso de que la prueba a diligenciar lo amerite, el Juez podrá excepcionalmente prorrogar dicho plazo por treinta días, debiendo justificar fundadamente en la sentencia el motivo de la demora».

En la parte final de este artículo se regula sobre otros trámites, como ser lo referente a ratificación de tenencia con procedimiento voluntario del artículo 402 del Código General del Proceso.

Según el nuevo texto, se pretende conformar procesos extraordinarios dentro de los clásicos extraordinarios, con un plazo de ciento veinte días para el dictado de sentencia.

Perfectamente conocido es que los plazos procesales establecidos en el artículo 203 del Código General del Proceso para el dictado de sentencia, de tribunales tanto unipersonales como colegiados, son los que rigen para procesos ordinarios y extraordinarios. En dicha norma se establecen los conocidos plazos para el dictado de sentencias interlocutorias y definitivas.

Pero en el peculiar artículo 6 de la Ley 21041 el legislador ha considerado un cambio dándole una fecha de finalización a los juicios, pretendiendo culminar procesos de tamaño importancia en ciento veinte días o en ciento cincuenta en casos excepcionales.

Sin dudas, esta reducción de los plazos podría estar afectando las garantías constitucionales del debido proceso, conforme lo regulado en el marco normativo nacional e internacional, a saber, la Constitución de la República; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la propia normativa del Código General del Proceso.

Haciendo una simple actividad aritmética, corresponde sumar plazos de las diversas etapas de un proceso tipo, como ser treinta días de traslado de la demanda (además de los tiempos de oficina, armados de expedientes, giros, decretos, oficinas de notificaciones y demás) más treinta días de una eventual reconvencción para su traslado, lo que da una suma inequívoca de sesenta días, es decir, la mitad de los ciento veinte días pensados por el legislador para culminar el proceso, pero surge que el proceso aún no comenzó.

Por esto se justifica el subtítulo del capítulo, en cuanto a la distancia entre el texto de la norma y la realidad de la tramitación de los procesos. No es necesario continuar sumando plazos de las restantes etapas del proceso cuando tan solo, a vía de ejemplo, podrían considerarse los emplazamientos por edictos con publicaciones en diarios, lo que implicaría agregar términos de hasta noventa días.

El legislador determinó un plazo limitando la duración del proceso, pero no limitó los plazos para contestar la demanda o para contestar una reconvencción, para denuncia de hechos nuevos, para cumplimiento de pericias, trámites incidentales intraprocesales o un sinnúmero de términos que conforman un juicio tipo y sus garantías.

Se torna fastidioso y provoca desánimo explicar lo innecesario, como ser que existen dificultades para ubicar testigos y sus domicilios, lo cual es otro de los tantos elementos que contribuyen para la extensión y dilatoria de los procesos. Las citaciones y notificaciones no siempre están bien cumplidas y deben ser reiteradas, así como el libramiento de múltiples oficios con la etapa de espera de su respuesta y diligenciamiento.

Tan solo a modo de ejemplo, y hay muchos más, podrían las partes llamar a terceros al proceso, y existen estructuras para dar traslados en esos casos, multiplicando los plazos.

Así se podría continuar brindando varios ejemplos. Como se puede advertir, imponer una duración con plazo de ciento veinte días es una manera de desconocer desde lo más profundo cómo se instrumenta un proceso judicial.

Las agendas de estos juzgados de familia se encuentran profundamente saturadas, con múltiples audiencias fijadas en un marco variado de otros juicios que también exigen la culminación de sus trámites.

Es una realidad que ya no se puede soslayar la de los juzgados en materia de familia, habiendo llegado la hora de que el país decida reforzar y modernizar esas estructuras, para luego tal vez pensar en imponer plazos limitados con nuevas dinámicas procesales. No analizar este punto es desconocer una dificultad que todo lo condiciona en una materia de fundamental importancia jurídica, con sedes que tienen promedios de cinco mil expedientes en trámite en Montevideo, con procesos muy variados, no solo por menores de edad, sino en un extenso radio de tramitaciones, como ser sucesiones, particiones, observaciones a inventarios, incapacidad civil, juicios de alimentos entre mayores y también por menores de edad, uniones concubinarias; nulidades varias, nulidades de testamento; juicios de simulación, seguimiento y contralor de situaciones de menores de edad de contexto crítico o en riesgo derivadas de los juzgados especializados, trámites de divorcio, investigación de paternidad con pruebas de ADN, desconocimiento de paternidad, juicios de posesión notoria de estado civil, declaración de ausencia, pérdidas de patria potestad, autorizaciones de viaje, y la nómina continúa largamente.

Especialmente, debe destacarse la tramitación de adopciones con plazos indicados de urgencia por la ley y separaciones definitivas de la familia de origen.

Además, debe considerarse también con especialidad la tramitación de amparos por situaciones de salud de extrema gravedad por menores de edad, reclamando el suministro de medicamentos o tratamientos.

La nómina no culmina acá.

Quienes no estén vinculados de alguna forma a la materia deben comprender que se está frente a un sector con un desmesurado volumen de tramitaciones, es decir, la materia de mayor volumen en todo el sistema.

Asimismo, no debe olvidarse la importancia de la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, es decir, para expresarlo en su consecuencia en los hechos, con expedientes que jamás se clausuran definitivamente y siempre retornarán en gran porcentaje al giro y al trámite, debido a la especial naturaleza de la cosa juzgada en estos juicios.

Por todo esto, cuando se analiza la creación de procesos más que extraordinarios en el artículo 6 de la ley, con plazos limitados para el dictado de sentencia en asuntos de pretensiones relativas a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes, corresponde preguntarse una y otra vez cómo se logra tramitar con plenas garantías para todos los justiciables con plazos más que limitados de apenas cuatro meses.

Las urgencias en las etapas pueden significar la ausencia de diligenciamiento de prueba suficiente y todo ello puede determinar una falla en las garantías necesarias del debido proceso.

El legislador creó un juicio más que sumario, más que extraordinario, pero no brindó una solución específica especial para esos juicios y no modificó los procesos en sus originales estructuras, todo lo que es realmente preocupante.

Sin perjuicio de los análisis de Derecho de fondo realizados en estos primeros meses por algunos especialistas respecto de soluciones jurídicas y aspectos técnicos, es mucho más grave la dificultad procesal creada que estas determinaciones de definiciones técnicas.

A modo de ejemplo, es muy criticable la noción establecida por el legislador en el curioso artículo 14 cuando refiere al concepto de «padres» (entiéndase que toda vez que la ley refiere a padres, deberá entenderse a progenitores, adoptantes o quienes ejerzan la patria potestad de los niños y adolescentes, incluyendo la diversidad de modalidades en que pueda estar conformado el núcleo familiar en la actualidad). Al respecto se podría analizar que la representación legal solo la ejercen los progenitores que detentan patria potestad, los tutores y los curadores designados.

Pero, aun así, las cuestiones antes mencionadas son temas teóricos de la ciencia y de la rama del Derecho Civil, y no suponen la entidad de lo que implica la imposición de juicios con duración de ciento veinte días, lo que se transforma en un imposible procesal.

VIII. Las acumulaciones y los plazos. Régimen de visitas

Brevemente, haremos referencia a la tramitación de las visitas, lo que casi pasa inadvertido en la lectura de la norma, como un trámite acumulado de por sí a los reclamos de tenencia.

Técnicamente, sería indebida la tramitación acumulada de tenencia compartida y visitas, así como la acumulación de tenencia compartida y alimentos.

Se supone que, al existir tenencia compartida, existe un sistema espejo para ambos progenitores que neutraliza otras pretensiones. Pero entendemos que el legislador fue receptivo a datos de la realidad de acuerdo a las peticiones y demandas de los diversos progenitores.

Así como el legislador recogió la preocupación de que existe en ocasiones un perverso sistema de presión y trueque, es decir, «si no hay pensión, no habrá visitas», creemos que también el legislador es conocedor de la otra cara de estas actitudes de especulación, como ser: «Si hay tenencia compartida, no habrá que pagar alimentos».

Pero, a los efectos del proceso, este tipo de acumulación es otro elemento que atenta contra el desarrollo urgente de los trámites y contra los ciento veinte días que pretende el legislador, ya que no se cumplirá un proceso, sino dos, y por ambos el legislador pretende se culminen en cuatro meses.

El artículo 3 hace referencia a que el juez, al dictar sentencia sobre tenencia, tiene que pronunciarse también sobre visitas. Luego en el artículo 7 se regula sobre la instrumentación de visitas.

Pero es importante detenerse en un aspecto del proceso: la regulación de medidas provisionales, como ser las visitas provisorias.

El artículo 7 establece: «(Régimen de visitas provisorias). - Producido el cese de la vida en común, cualquiera de los padres podrá presentarse ante el Juez del lugar de residencia de sus hijos a fin de que se determine un régimen de visitas provisorio, que habrá de regir hasta tanto no sea variado por acuerdo de parte o por decisión judicial definitiva. El Tribunal, al proveer sobre la demanda de tenencia o visitas, y atendidas las circunstancias invocadas, fijará el régimen provisorio de visitas, siguiendo el procedimiento de los ordinales 1 y 3 del artículo 317 del Código General del Proceso».

Esto es nada más ni menos que la tramitación de medidas provisionales. En tal caso habrá que oír a la contraparte por seis días y, de corresponder, convocar a audiencia. Sí, audiencia en esas colapsadas agendas, pero no siendo la audiencia de precepto del proceso, sino una audiencia en una etapa incidental que por supuesto que colaborará con la dilatoria de los plazos.

Esta etapa cautelar es otro ejemplo de cómo surgen diversos trámites tal vez no advertidos por el legislador cuando consideró que podía dictarse una sentencia definitiva en ciento veinte días. Hay que recordar, como ya fue analizado en otro capítulo, que se debe oír la voluntad del niño o adolescente, además de la intervención de su defensor.

Y algo más, existe regulado especialmente un trámite también con estructura incidental y de urgencia, nominado como incumplimiento de visitas.

Casi agónicamente debe plantearse la pregunta de qué queda entonces de aquel plazo de ciento veinte días.

Para decir algo más sobre la regulación de las visitas, en el artículo 4 se establece 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, disponiendo el régimen de seguimiento periódico necesario.

Y una vez más las preguntas sobre qué tipo de seguimiento consideró el legislador, quién debe cumplirlo y si el seguimiento es para asegurar el vínculo con el actor o también con la familia ampliada, es decir, con terceros al proceso.

Son variadas las interrogantes respecto de elementos que la norma jamás estipuló, como ser la etapa del seguimiento, si es hasta la sentencia o hasta la mayoría del menor de edad, por ejemplo, o quién debe cumplir con el seguimiento periódico y qué alcance tiene el concepto periódico.

En audiencia por supuesto que no será posible hacer el seguimiento, ya es suficiente con la exposición permanente del menor de edad, judicializando jornadas, meses y años de su vida, provocando revictimización al respecto.

Las preguntas sobre dicho seguimiento quedan sin respuesta, sobre si tal vez lo deban cumplir los defensores o INAU. Mientras tanto, los días del almanaque avanzan y los ciento veinte días se consumen.

Otro tema de análisis es la hipótesis en que la parte tramite tenencia, conforme artículo 3 de la ley, pero sin solicitar la regulación visitas. En estos

casos el juez no debería tramitar lo que no está peticionado, en virtud del principio dispositivo en la actuación.

IX. La suspensión de visitas por razones de género

Otra de las interrogantes es si el artículo 4 de la ley deroga, o deja sin efecto, lo establecido en artículo 67 de la ley 19580, norma por la que se imponía la suspensión de visitas en caso de denuncias de violencia.

Dice el artículo 4, en su numeral VI, que solo se suspenderá el régimen de visitas vigente en el caso de que se encuentre en riesgo el interés superior del niño o adolescente. En tal caso, dicha suspensión será transitoria y podrá revisarse conforme al principio *rebus sic stantibus*.

Por ello la duda sobre en qué situación jurídica de vigencia queda la ley de violencia de género y cómo regiría en el caso el principio de especialidad.

Antes de la vigencia de la ley 21041, el artículo 67 de la 19580 determinaba la posibilidad de que se suspendieran visitas en situaciones de violencia intrafamiliar contra una mujer. Dicho artículo 67 ordena suspender visitas contra el llamado «agresor», a quien tal vez deberíamos nominar «denunciado» si es que no se quiere incurrir en prejuizgamientos inconstitucionales.

Como sea, la pregunta es si ese artículo está derogado ahora al tenor de la Ley 21041, la que determina que el juez debe fundamentar para suspender visitas.

De interpretarse que existe una derogación tácita del artículo 67 referido, surgirían algunas dudas sobre la actividad de los jueces de paz en el interior de la República en esta materia, y tal vez habría que hablar de una limitación a su competencia, es decir, se vería afectada la competencia de urgencia, ya que en las primeras veinticuatro horas surgirían dificultades para que el juez de paz haga aplicación estricta de la nueva ley.

X. La situación de los procesos por alimentos en esta nueva ley

No se regulan aspectos procesales de la pensión alimenticia, y esto es un dato importante que debe considerarse a los efectos de decidir sobre eventuales acumulaciones o, en su caso, eventuales tramitaciones por vías separadas.

Los alimentos no integran el elenco de procesos previstos en el artículo 6 con una estructura urgente más que extraordinaria. La ley refiere en su artículo 9 a que deben fijarse alimentos de acuerdo a posibilidades y necesidades (aspectos ya regulados en el Código Civil incluso), y refiere a la incolumidad, es decir que no pueden ser menoscabados.

Es correcta la regulación en ese aspecto, aun cuando no era necesaria técnicamente, pero sí necesaria en el plano de la política legislativa, dado que en los hechos surgen intentos de desnaturalizar lo regulado respecto de alimentos y tenencia, existiendo posturas que pretenden forzar la norma e imponer condiciones que les favorecen. Es decir, 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 a la obligación de prestar pensión alimenticia ni de los artículos 45 a 64 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

En definitiva, nada nuevo en lo sustancial y nada nuevo en lo procesal en cuanto a los alimentos, y, claramente, los alimentos no tienen impuesta la limitación de plazos de dictado de sentencia en ciento veinte días regulada en el artículo 6.

A su vez, en artículo 12, se incorpora a los alimentos en el elenco de los reclamos que pueden tramitarse con acceso a centros de mediación.

Pero, retomando la cuestión sobre si es posible acumular alimentos y tenencia, ya se dijo en este trabajo que, si existen dificultades para culminar un proceso en ciento veinte días, más aún para culminar dos procesos en igual plazo a través de las acumulaciones.

No hay que soslayar otro trámite incidental que tal vez no fue referido antes, como lo es la etapa de declaración jurada en alimentos, con otro período de treinta días y posibles pericias para resolver esta cuestión también incidental, conforme artículo 58 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

Se van agregando sin cesar datos sobre las etapas procesales que determinan el imposible procesal tan referido en este trabajo de poder culminar el juicio en diez días.

Pero, ciertamente, el legislador no hace referencia a la acumulación de tenencia con alimentos, y no debería ser admitida.

En definitiva, el juicio de alimentos no integra el elenco de acciones del artículo 6 y no corresponde aplicar el plazo de ciento veinte días para tales procesos alimentarios.

Además, por otras razones procesales, los alimentos no deben ser acumulados con una tenencia, entre otras cosas, porque en los alimentos la parte reclamante es el menor de edad, mientras que en la tenencia la parte accionante es uno de los progenitores reclamando contra el otro.

XI. Conclusión

Se realiza esta labor, en la condición de docente de una Facultad de Derecho, desarrollando una respetuosa crítica técnica desde la posición de libertad de cátedra.

Se critica entonces un aspecto técnico-jurídico, como operador con experiencia en la materia, sin que suponga de manera alguna no acatamiento a la legislación como única fuente obligatoria.

De acuerdo a lo analizado en los numerales del trabajo, se expone una visión espontánea de las consecuencias que podrían verificarse en determinadas oficinas de las sedes de familia.

Se trata de un primario análisis a poco tiempo de la vigencia de la norma y sin haberse instruido el firmante con trabajos de especialistas hasta el momento.

Como se ha desarrollado antes, la creación de un plazo para la culminación de ciertos procesos de familia determina una dificultad procesal muy difícil de sortear.

Los juicios de relativos a la corresponsabilidad en la crianza, tenencia, recuperación de tenencia o guarda de los niños y adolescentes se regularán por el procedimiento ultra extraordinario con los plazos que establece el artículo 6 de la ley, y este ha sido entonces el planteo central de abordaje del trabajo.

Se reitera, ahora a modo de conclusión, que las urgencias no ponderadas en las etapas procesales podrían significar la ausencia de diligenciamiento de prueba suficiente y afectar el interés superior de los menores de edad en cuanto no pueda darse cumplimiento a las imprescindibles garantías del debido proceso.

Todo lo analizado, y varios aspectos más, lleva a la conclusión de que es casi un imposible procesal cumplir con los ciento veinte días pretendidos por el legislador en la normativa aprobada recientemente, en los referidos procesos conocidos popularmente como de «tenencia compartida».

Debe considerarse la profunda preocupación que surge ante el análisis de lo consagrado en artículo 6, con la limitación de plazos en procesos que se han transformado en juicios sumarios.

Algún grupo de jueces ya ha realizado consultas ante las autoridades, expresando su preocupación y entendiendo que estos asuntos trascienden el marco teórico e inciden directamente en la tramitación de los asuntos.

Se entiende que existe una clara dificultad material de llegar a dictar una sentencia en ciento veinte días por los argumentos expresados en este trabajo y algunos más.

No es necesario ingresar en discusiones instrumentales en cuanto a si el plazo impuesto es de tipo administrativo o realmente es una derogación a las formalidades instrumentales del Código General del Proceso.

El propósito de este trabajo es justamente tratar de plasmar la preocupación de diversos operadores, especialmente jueces y defensores públicos, que deben hacer cumplir principios tales como el efectivo acceso a la justicia.

Han quedado fuera del abordaje de este trabajo varios temas incorporados en esta ley, como ser: la actividad de los juzgados especializados y la remisión de testimonios a los juzgados de familia, la adopción de medidas cautelares, el Registro de la Suprema Corte de Medidas Cautelares.

Un tema fundamental que tampoco fue abordado es el de la aplicación inmediata de la ley conforme artículo 12 del Código General del Proceso y, dado el contenido procesal de la ley, esto es de fundamental importancia respecto de los trámites en curso.

Esto nos pone en el deber de ofrecer nuestra labor para una evaluación a futuro de lo que significarán las resultancias de aplicación de esta misma ley.