

CAPÍTULO 16

Participación de niñas, niños y adolescentes en los procesos de violencia familiar en la provincia de Mendoza¹

Nadia Anahí Tordi²

I. INTRODUCCIÓN

En presente trabajo me detendré a estudiar cómo garantizar una participación efectiva de las niñas, niños y adolescentes (NNyA) en los procesos de medidas de protección relativas a

1 Artículo publicado en *Revista RyD* (República y Derecho) / ISSN-L 2525-1937 / Volumen VIII (2023) / Artículos Facultad de Derecho / Universidad Nacional de Cuyo / Mendoza – Argentina revistaryd@derecho.uncu.edu.ar / www.revistaryd.derecho.uncu.edu.ar

2 Abogada (UNCUYO), Mediadora. Especialista y Magíster en Magistratura y Gestión Judicial (UNCUYO y UM). Profesora de grado en UNCUYO y UCH. Directora del proyecto de investigación "Ciudadanía digital de la infancia" y "El derecho a la imagen de los niños, niñas y adolescentes en los entornos digitales: un enfoque a luz del principio de la autonomía progresiva" (UCH 2018–2023). Directora del Proyecto de investigación: "Adecuación normativa de estándares provinciales para la habilitación de Centros de cuidados de la Primera Infancia en la provincia de Mendoza" (UNCUYO 2023/2025), Coordinadora de las carreras de Maestría y Especialización en Derecho de las Familias (UNCuyo). Asesora de niños, niñas y adolescentes y de personas con capacidad restringida de la Tercera Circunscripción Judicial de Mendoza.

situaciones de violencia familiar o doméstica. Pretendo analizar las respuestas judiciales a la situación que con frecuencia se presenta ante la justicia de familia, cuando alguno de los progenitores (por lo general mujeres) acuden a pedir una medida de protección para sí y para su hijo/a, porque se encuentran inmersos en una situación violencia familiar³.

El abordaje desde el sistema judicial en clave constitucional /convencional me conduce a dos cuestionamientos: i) cómo debe ser la intervención de las NNyA conforme el principio de autonomía progresiva, ii) cómo ponderar su derecho a la coparentalidad y su interés superior en la situación de violencia familiar.

Para resolver estas inquietudes debemos necesariamente hacer un recorrido por el marco normativo de protección contra la violencia, para detenernos específicamente en la regulación contra la violencia familiar, en el principio de autonomía progresiva de NNyA y su derecho a la coparentalidad, para luego entrar en el análisis de la participación de NNyA, en los procesos de violencia familiar en la provincia de Mendoza y las posibles respuestas desde el sistema judicial.

³ Según la última estadística publicada de la OVD de la CSJN, durante el último cuatrimestre del año 2022, entre las personas afectadas el 76% son mujeres y 24% varones. Las mujeres afectadas superaron en número y proporción a los varones en casi todos los grupos de edad, excepto en los grupos de 0 a 5 y de 6 a 10 años, donde los niños afectados fueron más que las niñas. Del total de varones afectados (969), 66% son niños y adolescentes de 0 a 17 años (642). El grupo más afectado es el de mujeres adultas entre 18 y 59 años (49%). En ese mismo grupo de edad, el 7% son varones. Las niñas, niños y adolescentes de 0 a 17 años representan el 37% de las personas afectadas. ver <https://www.ovd.gov.ar/ovd/archivos/ver?data=7283> compulsada 5/05/23.

II. LAS RESPUESTAS LEGISLATIVAS A LA VIOLENCIA FAMILIAR

Como es sabido la protección contra la violencia familiar, encuentra sustento normativo en el bloque constitucional convencional de derechos humanos incorporado a nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994. Así se prevé en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer (CEDAW).

Si bien la CEDAW no brinda una noción sobre la violencia contra la mujer de manera explícita, la Recomendación General N° 19 adoptada por el Comité de la CEDAW, señala que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que impide el goce de derechos en pie de igualdad con los hombres⁴. Luego, en la Recomendación N° 35, emitida con el fin de actualizar aquella noción, se remarcó que la "violencia por razón de género contra la mujer" se utiliza como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia. La expresión refuerza

4 ONU, Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW). Observación General N° 35, "La violencia por razón de género contra la mujer", por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 de 26 de julio de 2017, punto 9.

aún más la noción de la violencia como problema social más que individual, que exige respuestas integrales, más allá de aquellas relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes⁵. Se destaca el impacto que la violencia en contra de las mujeres ocasiona en el ejercicio de múltiples derechos, entre ellos, las relaciones familiares y los derechos de los hijos e hijas del agresor y/o de la víctima. Se resalta la necesidad de que los Estados partes apliquen medidas eficaces "para proteger y ayudar a las mujeres denunciantes y a los testigos de la violencia por razón de género antes, durante y después de las acciones judiciales mediante la prestación de mecanismos de protección adecuados y accesibles para evitar una posible violencia o más actos de la misma; los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos/as, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño"⁶.

Con todo, enseña Herrera que bajo la noción de violencia familiar o doméstica se nuclea tres campos temáticos: la

⁵ Ver FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, "¿Puede la violencia de género presenciada por niños, niñas y adolescentes conllevar la suspensión del régimen de comunicación entre estos y sus progenitores", en *Revista Derecho de familia*, RDF 2023-II, 233, TR LALEY AR/DOC/349/2023.

⁶ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW). Observación General N° 35, "La violencia por razón de género contra la mujer," por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 de 26 de julio de 2017, punto 31.

violencia de género, el maltrato infantil y la violencia contra otros grupos vulnerables como adultos mayores o personas con discapacidad y que en el derecho argentino prima la postura de que la intervención es de carácter civil por sobre la penal, mediante un proceso judicial especial dedicado al abordaje y la intervención de la problemática⁷.

A nivel nacional, la Ley 24.417 “Protección contra la violencia familiar”⁸, fue la primera que reguló el abordaje de las denuncias de violencia familiar e invitó a las provincias a dictar normas de igual naturaleza. Esta ley regula un procedimiento con reglas propias dentro del ámbito de la familia, cuya finalidad consiste en hacer cesar las situaciones de violencia y evitar su agravamiento mediante la adopción de medidas de protección urgentes. Como sostiene Kemelmajer, dicha ley no definió a la violencia familiar, probablemente porque el legislador compartió el viejo axioma de que toda definición legal es peligrosa. Explica que, en la misma posición, el informe mundial sobre la violencia y salud de la Organización Mundial de la Salud en el año 2002 señaló que la violencia es un fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica⁹.

7 HERRERA, Marisa (Dir.), *Manual de Derecho de las Familias*, 2ª Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 981.

8 La primera ley contra la violencia familiar, doméstica y abuso sexual fue de la provincia Tierra del Fuego, ley 39 sancionada en 1992 seguida en el mismo año por la ley 6346 de la provincia de Tucumán (ver HERRERA, Marisa (Dir.), *Manual de Derecho de las Familias*, cit., p. 981).

9 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La violencia en las relaciones de familia, Diálogo con la jurisprudencia argentina. Respuestas de la jurisdicción no penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022, p.43.

En cambio, la Ley 26.485 de “Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, sí definió a la violencia en su art. 4:

“Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón”.

Y en dicho marco regulatorio, también se definió las modalidades de la violencia, y una de ellas es la violencia intrafamiliar o doméstica, que se entiende como aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia (art.6).

En varias provincias existe una regulación procesal

adecuada a la normativa convencional/constitucional: Mendoza (ley 9.120), San Luis (ley 1053-2021), Corrientes (ley 6580), Chaco (ley 2950-M), Río Negro (ley 5396), San Juan (ley 2435), Tucumán (9581), que prevén un procedimiento especial contra la violencia familiar ante los juzgados con competencia en asuntos de familia.

Si bien este marco normativo hace referencia a la protección de la violencia familiar, muchas veces sucede que las mujeres solicitan una medida de protección para cesar la violencia contra su persona y sus hijos/as menores de edad. Y es aquí donde ingresa también como marco de aplicación la CDN y la Ley 26.061 de “Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”. En el art. 19 de la CDN se establece:

“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Y en el art. 9 la Ley 26061 se prevé que:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo; a no ser sometidos a trato violento, discriminatorio, vejatorio, humillante, intimidatorio; a no ser sometidos a ninguna forma de explotación económica, torturas, abusos o negligencias, explotación sexual, secuestros o tráfico para cualquier fin o en cualquier forma o condición cruel o degradante. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física, sexual, psíquica y moral..”

Con todo, puedo afirmar que existe un amplio campo normativo de protección contra la violencia familiar y sobre todo cuando se encuentran insertos NNyA en situaciones de violencia generadas por miembros de su familia. En especial, por alguno de sus progenitores. También se advierte la preocupación por dar respuestas eficaces desde los organismos estatales para hacer cesar dichas situaciones, sobre la base de la consideración primordial de los derechos de las NNyA.

Dentro de todo este panorama me cuestiono, cómo es posible garantizar una efectiva participación de las NNyA en el proceso de violencia familiar que tenga en cuenta el principio de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y pondere a su vez el derecho a la coparentalidad.

III. AUTONOMÍA PROGRESIVA Y COPARENTALIDAD SU INCIDENCIA EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

El recorrido por el principio de autonomía progresiva, y derecho a la coparentalidad se impone ya que son dos principios constitucionales /convencionales que se ponderan al momento de dictar una medida de protección con relación a derechos de las NNyA, sobre todo cuando dicha medida implica limitar el contacto con alguno de sus progenitores.

Como es sabido, uno de los ejes fundamentales del sistema de protección integral de derechos que se inauguró con la CDN es el principio de autonomía progresiva de NNyA para el ejercicio de sus derechos, en función a su desarrollo y madurez. Este principio, se funda en los arts. 3, 5, 12 de la CDN, en la Opinión Consultiva n°17/2002 de la Corte IDH y se incorpora en las normas nacionales en los arts. 3, 24 y 27 de la Ley 26.061 y en el art. 26 del Código Civil y Comercial (CCyC). Se ha dicho que este principio/derecho obliga, por un lado, a dejar atrás la categorización binaria de capacidad vs. incapacidad que preveía el código civil derogado y por el otro lado, a resignificar la tradicional función de representación universal, legal y necesaria de los progenitores en el ejercicio del derecho de sus hijos/hijas¹⁰.

10 FAMÁ, María Victoria, "Participación procesal de niñas niños y adolescentes a la luz del principio de capacidad progresiva: incidencia en los procesos penales sobre delitos contra su integridad física", en *Debates en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes*, BENDEL, Yandel (Coord.), JusBaires, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo Magistratura, Buenos Aires, 2019, p. 65 y ss.

Por lo tanto, la autonomía progresiva de NNyA no se encuentra inserta en moldes rígidos, sino que exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, en principio, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados. Explica Molina, que su finalidad es doble, por un lado, estimular el proceso formativo de las NNyA y por el otro, respetar la condición de sujeto de derechos y sus competencias en cada momento determinado. Es que la persona menor de edad no es una *tabula rasa* desde que nace hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo en el cual ir construyendo su autonomía. Si no lo hace, no se lo estimula o se lo trata como *un incapaz*, ese camino será más difícil y el resultado probablemente incompleto. Por eso, el protagonismo de la persona menor de edad en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias¹¹.

La Corte IDH ha analizado este principio y ha puesto de resalto las diferencias que surgen en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que las NNyA poseen. Destacó que la capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un o una adolescente de dieciséis años¹². Dijo entonces que “el aplicador del derecho

11 Molina, Mariel F., “Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial argentino”, en *elDial.com* – DC204D, 26/11/2015.

12 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, FERNÁNDEZ, Silvia (Dir.), T. I, Abeledo Perrot,

sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”¹³.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, si bien el principio es que las NNyA ejercen sus derechos por medio de sus representantes legales (progenitores o tutores) a medida que van creciendo comienzan a ejercerlos de manera progresiva conforme desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que el CCyC habilita de manera paulatina y conforme a su edad y grado de madurez el ejercicio por sí de sus derechos.

Así en el art. 26 del CCyC se prevé que:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo

Buenos Aires, 2015, p. 131.

13 Corte IDH, *Mendoza y ots. vs. Argentina*, 14/05/2013. N° 143.

la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

La norma establece un juego de dos postulados, por un lado, el principio general según el cual las personas menores de edad actúan a través de sus representantes legales; por otro, una excepción que se va apoderando del primero, y que implica que si la persona menor de edad cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico y allí ingresa con fuerza casi de regla el principio de la capacidad progresiva.

Si bien, la norma se detiene de manera más detallada en el campo del consentimiento para decisiones sobre el propio cuerpo, necesariamente debe proyectarse en el derecho procesal en especial en los procesos de violencia familiar ya que en muchas veces uno de los progenitores peticiona la medida en representación de sus hijos/as para cercenar el contacto con el otro sobre la base de una situación de violencia familiar que lo coloca en riesgo.

Aquí es donde entra en juego otro principio constitucional/convencional, que se evalúa al momento de dictar o peticionar medidas de prohibición de acercamiento, que es el derecho de las NNyA a la coparentalidad. Este principio reconoce también su fundamento en la CDN, que en su art. 18 enfatiza el concepto de obligaciones comunes de ambos padres en la crianza y desa-

rollo de las NNyA. Se afirma que cuando se encuentre separado de uno o de ambos padres, tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular salvo si ello es contrario a su interés. Asimismo, como parte de la construcción de su propia identidad, se establece el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos y a preservar las relaciones familiares (arts. 7 y 8 de la CDN).

En consonancia, la Ley 26.061 en su art. 7 establece la responsabilidad prioritaria de la familia, junto a la del Estado y la comunidad, en la protección de las NNyA, señalando que el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos/hijas. Se advierte que la misma CDN destaca que este derecho a la coparentalidad y a tener presente en su vida a ambos progenitores debe necesariamente ponderarse con su interés superior, o sea el derecho a la coparentalidad no puede ser una regla que se aplique sin evaluar el contexto de la situación, que incluye el interés superior¹⁴, porque

14 El Comité de Derechos del Niño analiza el alcance de la noción de interés superior y le atribuye una triple concepción: es un derecho, un principio y una norma procesal, así sostiene que es un concepto triple: a) un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general; b) un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño y c) una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a

si la situación de violencia o riesgo para las NNyA que se trata amerita cercenar este derecho debe evaluarse que sea acorde a su interés superior.

Sostiene Molina¹⁵ que los niños, como sujetos plenos de derechos y participantes activos de la familia y la comunidad, no son propiedad de ninguno de sus progenitores, más allá de las contingencias que pueda atravesar su relación. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, sino facultades limitadas por el interés superior de sus hijos/hijas (art. 3 CDN) y se incardinan hacia la protección y el desarrollo de su autonomía; son tales en cuanto responden a esa función y ese objetivo.

El derecho a la coparentalidad es un componente esencial del interés superior del niño, porque le asegura el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres¹⁶. Pero puede

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. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos (Comité de Derechos del Niño, Obs. Gral. 14, del 29/5/2013).

15 Molina, Mariel F., "Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial argentino" *elDial.com* - DC204D, 26/11/2015

16 Molina, Mariel F., "El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familia", en LA LEY 16/06/2014, 10.

ocurrir que sea necesario para proteger los derechos de NNyA suspender (aunque sea provisoriamente) el contacto con alguno de sus progenitores porque el accionar de este lo coloca en una situación de violencia y riesgo. Veamos que sucede en la práctica forense.

IV. FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE VIOLENCIA FAMILIAR

Con todo, me cuestiono cómo debe ser la intervención judicial que garantice participación de las NNyA en los procesos de medidas de protección relativas a situaciones de violencia familiar o doméstica, que tenga en cuenta la conjunción de estos principios constitucionales /convencionales: autonomía progresiva y derecho a la coparentalidad.

Podemos distinguir algunos de los diversos supuestos que a menudo se presentan ante la justicia de familia: i) NNyA en situación de violencia o negligencia por la conducta de sus progenitores, ii) NNyA inmersos en situaciones de violencia por la conducta de uno de sus progenitores y la medida de protección es solicitada por el otro, para ambos (por lo general la mujer y su hijo/a) y iii) el NNyA se presenta solo para peticionar medida de protección por la conducta de alguno de sus progenitores.

El primer supuesto escapa del análisis de este trabajo ya que allí se activa la intervención del Estado a través del sistema de protección de derechos conforme la regulación normativa de cada provincia¹⁷, en Mendoza, por ejemplo, actúan los Equipos

17 Ver SALITURI AMEZCUA, Martina M., "Exigibilidad de derechos de niños, niñas y adolescentes

Técnicos Interdisciplinarios (ETI) de acuerdo con la Ley 9.139.

En cambio, sí nos detendremos a estudiar dos de los supuestos señalados: cuando el NNyA se encuentra inmerso en situaciones de violencia por la conducta de uno de sus progenitores y la medida de protección es solicitada por el otro para ambos, o cuando el NNyA se presenta solo a peticionar medida de protección por la conducta de alguno o ambos progenitores.

Estas hipótesis han sido reguladas específicamente en el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza (en adelante CPFyVF) que prevé como legitimados activos para denunciar e iniciar el proceso de violencia familiar: “a) Las personas plenamente capaces, b) las NNyA en forma directa o por medio de sus representantes legales o por medio del Órgano administrativo o en el que futuro lo reemplace , c) cualquier persona en interés de la persona afectada por violencia, siempre que tenga una discapacidad o capacidad restringida.... d) quienes por ley tengan la obligación de denunciar”. Luego establece quienes son las personas obligadas por ley a denunciar: “los profesionales de la salud, de la educación y cualquier funcionario público que tome conocimiento de una situación de violencia y la víctima sea un NNyA , adulto mayor incapaz o con capacidad

a través del sistema de protección integral. Pobreza, violencias y burocracias”, en *Revista de Derecho de familia*, RDF: 2019-I, 21/02/2019, 116 Cita Online: AR/DOC/3810/2018; LOGUERIO, Belén, “Procesos de promoción y protección de derechos adecuados a niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, RDF 2023-I, 143, TR LALEY AR/DOC/3668/2022; FAMÁ, María Victoria, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en LA LEY 29/06/2007, 1 – LA LEY2007-D, 876,AR/DOC/1926/2007.

restringida , deberá efectuar la denuncia correspondiente... La víctima será puesta en conocimiento de la denuncia realizada” ... (art. 78) . Se establece que en estos supuestos los profesionales no tienen la obligación de guardar secreto profesional.

Explica Ruggeri que, cuando el legislador ha legitimado a personas menores de edad a denunciar en forma directa, se refiere a adolescentes quienes conforme su edad y grado de madurez pueden hacerlo en forma personal con o sin patrocinio letrado, asistidos o no por sus representantes legales y pueden solicitar medidas de protección para sí. En cambio, advierte que si la persona es menor de la edad de 13 años la denuncia deberá ser realizada por sus representantes legales ya sea que la medida recae respecto de alguno de sus padres, o por ambos con relación a algún otro miembro de la familia. Si se trata de niños o niñas pequeños, la representación será total, sin embargo, también puede tratarse de un niño o niña que por su edad y/o grado de madurez, solo requiera el asentimiento de sus padres (por ejemplo, un niño de 11 años que denuncia a uno de sus padres, o un hermano/a o madre afín)¹⁸. En mi opinión, no siempre será posible, ni tampoco necesaria la asistencia de alguno de los progenitores, puede presentarse el Ministerio Público (asesor/a de NNyA y personas con capacidad restringida) asistirlo/a en dicha presentación o ejercer la representación directa conforme el art. 103 del CCyC.

Otro punto para destacar es que, más allá de cómo se

18 RUGGERI, María Delicia, “Procesos especial de violencia familiar”, en *Código procesal de familia y violencia familiar provincia de Mendoza*, FERRER Germán y RUGGERI, María Delicia (Coord.), ASC, Mendoza, 2019, p. 468 y ss.

ingrese el NNyA al proceso de violencia familiar (ya sea porque la denuncia la formuló uno de sus progenitores o un tercero obligado a denunciar), como en el fondo la cuestión a decidir implica un cercenamiento de su derecho a la coparentalidad, –obviamente que se encuentra justificado en su interés superior y en el derecho a vivir una vida sin violencias– será necesario garantizar un espacio de escucha donde se aconseja trabajar de diferentes formas conforme la edad y grado de madurez del NNyA.

Así, por ejemplo, si la medida es solicitada por uno de los progenitores quien está al cuidado de un niño o niña muy pequeña, cobra transcendencia el relato y la prueba pericial que se le haga al progenitor/a (que activa la intervención judicial). En cambio, a cuando se trata de niños/as mayores con cierto grado de madurez los operadores judiciales deberán asegurar los canales para garantizar la efectiva participación del NNyA, su escucha activa y la suficiente información sobre la cuestión que se resuelve en la medida solicitada. Como también asegurar la intervención de los equipos técnicos interdisciplinarios.

Aquí destaco nuevamente la figura del Ministerio Público (Asesorías) ya que en su rol de actuación complementaria¹⁹ de los representantes legales debe controlar que se le garanticen los derechos del NNyA a ser escuchado, a que su opinión sea

19 Ver JUAN MIGUEZ, Natalia, “Hacia un protocolo de actuación del asesor de niños, niñas y adolescentes como garante de los derechos en el proceso penal”, en LLGran Cuyo2019 (mayo), 1, AR/DOC/932/2019; TORDI Nadia Anahí, “Repensando el rol del asesor en los procesos de alimentos debidos a los hijos menores de edad”, en RDF 78 , 79 , TR LALEY AR/DOC/3365/2017.

tenida en cuenta y a que en lo que se decida, se pondere su interés superior²⁰.

A esta altura del razonamiento resulta interesante destacar lo resuelto por el Superior Tribunal Español²¹, que dispuso la suspensión del régimen de visitas (en rigor, comunicación), entre el progenitor y su hija de cuatro años de edad debido que tuvo por acreditados los episodios reiterados de violencia de género en los que incurrió para con su madre, su desinterés parental, su patología psiquiátrica y dificultades de control de los impulsos, su reticencia a los tratamientos, así como la falta de madurez de la niña para asumir los contactos programados con su progenitor y enfrentarse a las carencias del demandado en el desempeño

20 Mizhari propone una serie de pautas para que sean trabajadas con el objetivo de evitar el cercenamiento del derecho del niño a la coparentalidad, sin prueba suficiente: a) Que la denuncia de violencia familiar tenga real verosimilitud, de manera que no bastarán los meros "informes de riesgo" que se elaboran sobre la base de la versión unilateral del denunciante y sin la intervención del denunciado, propone rechazar que las medidas se dicten por las dudas. b) Sostiene que es indispensable que los tribunales cumplan con la ley, para lo cual, si no se dispone la bilateralidad previa, resultará prioritario hacer comparecer al denunciado inmediatamente (no más de 48 horas de dictada la medida) en una audiencia personal ante el juez para que proporcione su versión y haga su descargo. c) Destaca que, salvo circunstancias muy graves, en las que se tiene una alta probabilidad de ser ciertas las denuncias y el hecho en cuestión es sumamente grave (verbigracia, abusos o violencias físicas contra el niño), no disponer en principio el corte de vínculos, sino reemplazar esta severísima medida por un régimen de comunicación controlado, asistido o supervisado. (Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, "La violencia familiar y las relaciones parento-filiales", en LA LEY 29/06/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1856/2021).

21 TSEspaña, Sala de lo Civil pleno, (26/09/2022), Sentencia núm. 625/2022 – Número del procedimiento: 5819/2021 c., RDF 2023-II, 223.

del rol de padre. Resaltó que es necesario preservar a los niños a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos. Se advierte que en el caso comentado la situación de violencia a la que se sometía a la niña tenía su base en la conducta del hombre hacia la mujer, la que de forma indirecta afectaba a los derechos fundamentales de la niña.

En sentido similar nuestra Cámara de Apelaciones de Familia²² ha ordenado la prohibición de acercamiento del progenitor hacia su hijo menor de edad, en tanto su conducta es productora de daño, pues no se trata sólo de prevenirlo sino también de erradicarlo a través de la medida de protección en pos del mejor interés del niño y su integridad, dado que las características de personalidad del progenitor detectadas por las profesionales del CAI, que dan cuenta de aspectos negativos con relación al ejercicio del rol parental, las dificultades de preservar al niño del conflicto adulto, los déficits en su capacidad de reflexión, introspección y autocrítica, el ejercicio de control del entorno a fin de adecuarlo a sus propias expectativas, lo que facilita la disfuncionalidad en sus vínculos del que no escapa el que sostiene con su hijo, aun cuando esto no resulte intencional o deliberado. Reafirma que estas decisiones no hacen

22 CAF, autos n° 252/21 S. Q. C. SOBRE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS (18/03/2022) https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/01CF01/220318_SQC.pdf.

cosa juzgada material, por lo cual siempre resulta posible en el futuro revisar la cuestión a la luz de circunstancias ulteriores y sobrevinientes, en particular, la realización y sostenimiento por el progenitor de tratamientos en salud mental para –según las expertas– estabilizar su estado de ánimo y potenciar habilidades parentales de desenvolvimiento.

Se advierte que en ambos precedentes se pondera que la conducta del progenitor resulta lesiva de los derechos del niña o niño de que se trata, que los/las jueces en casos de especial gravedad avalan cercenar el derecho a la coparentalidad sobre la base de ponderar el interés superior del NNyA en el caso concreto.

V. CONCLUSIONES

Como sostuve, el derecho a la coparentalidad es un componente esencial del interés superior del niño y a su vez un derecho de raigambre constitucional/ convencional que implica asegurar el mantenimiento de una relación estrecha y fluida con ambos padres, sin embargo, puede ocurrir que sea necesario para proteger los derechos de NNyA suspender (aunque sea provisoriamente) el contacto con alguno de ellos porque su accionar lo coloca en una situación de violencia y riesgo.

Advierto que las situaciones que se pueden presentar ante la justicia de familia son innumerables como también lo son las forma de relacionarse entre padres, madres e hijos/as. Sin embargo, es necesario que los/las operadores jurídicos al momento de dictar una medida de protección que cercene el derecho de la NNyA a la coparentalidad, tengan como norte

garantizar su efectiva información, participación y escucha a los fines de no dar respuestas estereotipadas y merituar siempre toda decisión sobre la base de su interés superior y su autonomía progresiva.

Bibliografía

- FAMÁ, María Victoria, “Participación procesal de niñas niños y adolescentes a la luz del principio de capacidad progresiva: incidencia en los procesos penales sobre delitos contra su integridad física”, en *Debates en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes*, BENDEL, Yandel (Coord.), JusBaires, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo Magistratura, Buenos Aires, 2019.
- FAMÁ, María Victoria, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, en *LA LEY* 29/06/2007, 29/06/2007, 1 – LA LEY 2007-D, 876, AR/DOC/1926/2007.
- FERNÁNDEZ LEYTON, Jorgelina, “¿Puede la violencia de género presenciada por niños, niñas y adolescentes conllevar la suspensión del régimen de comunicación entre estos y sus progenitores”, en *RDF* 2023-II, 233, TR LALEY AR/DOC/349/2023.
- INFORME Oficina de Violencia Doméstica (OVD) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Niñas, niños y adolescentes afectados por situaciones de violencia doméstica. Año 2022. OVD. Buenos Aires, Argentina, publicado abril 2023.
- HERRERA, Marisa (Dir.), *Manual de Derecho de las Familias*, 2ª Ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.

- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La violencia en las relaciones de familia, Diálogo con la jurisprudencia argentina. Respuestas de la jurisdicción no penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2022.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, T. 1, FERNÁNDEZ, Silvia (Dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.
- MIZRAHI, Mauricio Luis, “La violencia familiar y las relaciones parento-filiales”, en *LA LEY* 29/06/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/1856/2021.
- MOLINA, Mariel F., “Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial argentino”, en *eDial.com*, DC204D, 26/11/2015.
- Molina, Mariel, “El derecho a la coparentalidad. Una sentencia con alto impacto en el derecho familia”, en *LA LEY* 16/06/2014, 10.
- OBSERVACIÓN GENERAL N° 35, “La violencia por razón de género contra la mujer,” por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 de 26 de julio de 2017, punto 31. ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (CEDAW).
- OBSERVACIÓN GENERAL N° 14, Comité de Derechos del Niño 29/5/2013.
- LOGUERCIO, Belén, “Procesos de promoción y protección de derechos adecuados a niños, niñas y adolescentes con discapacidad”, en *RDF* 2023-I, 143, TR LALEY AR/DOC/3668/2022.
- SALITURI AMEZCUA, Martina M., “Exigibilidad de derechos de niños, niñas y adolescentes a través del sistema de protección integral. Pobreza, violencias y burocracias”, en *RDF*: 2019-I, 21/02/2019, 116, AR/DOC/3810/2018.
- RUGGERI, Delicia, “Proceso de Violencia Familiar”, en *Código procesal de familia y violencia familiar provincia de Mendoza*, FERRER Germán y RUGGERI María Delicia (Coord.), ASC, Mendoza, 2019.

TORDI, Nadia Anahí, "Repensando el rol del asesor en los procesos de alimentos debidos a los hijos menores de edad", en RDF 78 , 79 , TR LALEY AR/DOC/3365/2017.