



**FLACSO**  
ARGENTINA

**Área de Estado y Políticas Públicas**

**Tesis para optar por el Título de Magister en Políticas públicas y Desarrollo**

**El derecho de los niños a ser escuchados en conflictos familiares por cuidado personal.**

**Un análisis de los Juzgados de Familia de Mendoza en el año 2023**

**Tesista: Abog. Marianela Ripa Director**

**de Tesis: Dra. Noelia Gutiérrez**

**Lugar y Fecha: Mendoza, febrero 2024**

## **Resumen**

La participación de los niños en el ámbito judicial, en el marco de su derecho a ser oído en todo proceso que les afecte es un tema de relevancia tanto para el Derecho de Familias como para el Derecho de Infancias. Los niños pueden vincularse con la Justicia por variadas razones y a través de diferentes procesos. Me interesó explorar específicamente qué sucede en aquellos casos adonde, frente a la ruptura de la pareja, aparece un conflicto familiar respecto a la comunicación y el cuidado personal de los hijos. Qué motiva a los padres a concurrir a la Justicia y hacer partícipes a sus hijos, en esa instancia.

Por otra parte, existe desde la ciencia jurídica un vasto desarrollo teórico sobre estos temas. Sin embargo, no es sencillo hallar trabajos de campo en relación a cómo se materializa en la práctica el derecho a ser oído de los niños en el Poder Judicial. Por eso, me interesó trabajar este aspecto a partir de un análisis cualitativo sobre entrevistas realizadas a jueces y asesoras que tienen la función de hacer efectivo el derecho a ser oído, consagrado en la Convención de Derechos del Niño.

## **Índice**

### **Introducción**

#### **Capítulo 1: Construcción social de infancia y familia. Influencia de los sistemas de pensamiento hegemónicos**

- a. Construcción social de las nociones de infancia y familia
- b. Patriarcado y adultocentrismo en las representaciones de infancia y familia
- c. Las construcciones sociales de infancia con mayor incidencia en el conflicto en estudio
  - Le niño como ser humano en evolución, inacabado.
  - Le niño como ser humano para el futuro, desde las expectativas de los adultos
  - Le niño como propiedad de la familia nuclear
  - Le niño como sujeto de consumo
  - Le niño como sujeto de derechos y la infancia como categoría social y potencia creadora

#### **Capítulo 2: La infancia y la familia como conceptos jurídicos. Recorrido histórico**

- a. Evolución histórica de la noción jurídica de infancia
- b. ¿Qué es la familia para el Derecho?
- c. La Justicia de familia

#### **Capítulo 3: Marco normativo**

- a. Convención Internacional Derechos del Niño.
  - Mirada crítica
- b. Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
- c. Código Civil y Comercial de la Nación
- d. Algunas consideraciones procesales

#### **Capítulo 4: Análisis de entrevistas. Participación de le niño en el proceso judicial**

- a. Edad para participar de la audiencia
- b. Participación-objetivo; participación-instrumental; participación-contribución
- c. Lugar y momento procesal para el ejercicio del derecho a ser oído
- d. ¿Qué es le niño para el proceso?
- e. Audiencia de escucha

#### **Capítulo 5: Análisis de entrevistas. El Conflicto familiar**

- a. La cuestión socio-económica y el conflicto familiar por el cuidado personal
- b. Conflicto familiar y la cuestión de género
- c. Participación de otras disciplinas
- d. Entre la lógica de la pertenencia y la lógica de la competencia
- e. Participación judicial de le niño según el grado de conflictividad familiar
  - Homologación de convenio y participación de los niños
  - Acuerdo conciliatorio durante el proceso judicial
  - Conflicto judicial más agudo

### **Conclusiones**

### **Bibliografía**

### **Referencias normativas**

## Introducción

La implementación del derecho de los niños<sup>1</sup> a ser escuchados en el ámbito judicial, está incorporada en las normas sustantivas y procesales que regulan las relaciones familiares y el procedimiento judicial.

Cuando una pareja de progenitores se separa, surge la necesidad de redefinir la dinámica en relación al cuidado personal de los hijos y la comunicación familiar. Algunas personas resuelven esta situación en ámbitos privados; otras lo consiguen en instancias de mediación o negociación, con la colaboración de diferentes profesionales. Mientras que otras recurren al Poder Judicial.

Este último grupo acude a la Justicia de Familia, para hallar una solución a este tipo de conflictos familiares que, a su vez, están atravesados por vivencias personales, preconcepciones, mandatos y conceptos universales sobre lo que se considera o se espera de ser niño, padre, madre o familia.

Estos mandatos, premisas, pre-conceptos sobre lo que es ser niño y lo que representa ser familia se hallan también en el pensamiento de los operadores judiciales que tiene la tarea de aplicar la ley al caso concreto. La combinación, entre el ejercicio de los derechos de los niños

---

<sup>1</sup> En la redacción de este trabajo, para el uso del lenguaje inclusivo, utilizaré la letra "e" por su claridad morfológica, su impacto mínimo en la economía del lenguaje y su facilidad para la expresión oral. Sin embargo, el sistema binario sobre el que se asienta el idioma español presenta dificultades y sonidos disonantes al incorporar esta letra en ciertas palabras y artículos. Esta situación dificulta una traducción directa de "a/o" a "e", en todos los términos. Asumo el riesgo de enfrentar estos desajustes, inherentes a una lengua en constante evolución, con el propósito de contribuir a la construcción colectiva de un lenguaje inclusivo que abarque a todas las personas.

Para referirme conjuntamente a madre y padre en el mismo sustantivo plural, optaré por el término "xadres". Además, emplearé el término "niñes" para hacer referencia a todas las personas desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, tomando en cuenta lo previsto por la Convención Internacional de Derechos del Niño. No obstante, es necesario expresar que existe una amplia diferencia en términos de capacidad de cuidado y autonomía personal, entre un recién nacido y una persona pre-adolescente, así como entre esta última y alguien de 17 años. Considero que la inclusión de este amplio espectro dentro de un solo marco jurídico internacional no es ingenua, sino que perpetúa el ejercicio vertical y jerárquico del poder adulto sobre los jóvenes, quienes, en esta etapa vital, poseen características singulares más cercana a la adultez que a la primera infancia. La comunidad internacional mantiene una deuda con las juventudes al no contar aún con un tratado específico que contemple los derechos humanos de los jóvenes, de manera diferenciada a los niños.

y las representaciones sociales de infancia y familia que poseen los adultos (padres y operadores judiciales), se manifiesta en prácticas concretas sobre cómo participan los niños en la sede judicial. Por eso, es importante comparar la normativa actual sobre el derecho del niño a ser escuchado, con la aplicación práctica de estas normas en el ámbito judicial.

Me interesó indagar, desde la mirada de jueces y asesores que desempeñan sus funciones en los juzgados de familia de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza<sup>2</sup>, cómo se lleva a cabo, en la práctica, el ejercicio del derecho a ser oído en este tipo de conflictos.

Por otra parte, existen varios conflictos familiares en los que el Estado, a través de sus diferentes agencias, interviene en la vida privada de las personas: tales como el maltrato infantil, el derecho a la salud o a la educación, etc. No obstante, realicé un recorte sobre un universo particular de casos ya que me interesa, especialmente, indagar las situaciones específicas en las que los adultos deciden exponer la intimidad familiar al ámbito estatal. Aquí son los padres quienes recurren a la Justicia en la disputa por la custodia<sup>3</sup> de sus hijos.

Las preguntas que despertaron mi atención se vinculan, en primer lugar, con la participación judicial de los niños en este conflicto familiar entre progenitores no convivientes: ¿Qué elementos entran en juego para que algunos adultos expongan su intimidad y la de sus hijos en la arena judicial?

---

<sup>2</sup> La provincia de Mendoza se encuentra dividida territorialmente en cuatro circunscripciones judiciales. La primera circunscripción abarca los departamentos del Gran Mendoza: Guaymallén, Godoy Cruz, Las Heras, Lavalle, Maipú, Capital y Luján.

Este territorio tiene características urbanas, con escasas áreas rurales, una mayor densidad poblacional comparado con otras circunscripciones judiciales, y una notable diversidad en cuanto al nivel de ingresos económicos de las personas que recurren al Fuero de Familia. La excepción a esta tendencia la constituye el departamento de Lavalle, que presenta características predominantemente rurales.

<sup>3</sup> Me referiré de manera general a estos procesos con el término *cuidado personal*, ya que este conflicto es por excelencia el escenario en el que los padres disputan la custodia, el régimen de convivencia y la comunicación con sus hijos. Sin embargo, las prácticas que analizo también incorporan la experiencia de las personas entrevistadas en otros procesos judiciales en los que la disputa entre los padres tiene una base similar: demandas por régimen de comunicación, responsabilidad parental, privación de responsabilidad parental, entre otros.

En segundo lugar, una vez que les niños son convocados por la Justicia, me interesa explorar cómo transitan por ese proceso, cuando el conflicto familiar, se transforma en conflicto judicial. Indago sobre cómo se implementa en la esfera judicial, el derecho de los niños a ser escuchados en estas circunstancias. Mi inquietud, gira en torno a explicitar el papel que desempeña el niño en el conflicto judicial, examinar las diversas formas de participación, las modalidades bajo las cuales interviene y el valor que se atribuye a su palabra.

Abordar estos interrogantes, desde la perspectiva de los operadores judiciales, proporcionaría una comprensión más profunda; sobre la relación que guarda la presencia de los niños en la Justicia con la necesidad de los adultos de resolver este conflicto familiar. A su vez, el análisis detallado sobre cómo se lleva a cabo este derecho en la práctica, ofrecería una visión más clara de las tensiones existentes entre su reconocimiento legal, su implementación efectiva y la experiencia vivida por los niños en este contexto.

Para ello me propuse los siguientes objetivos:

- Analizar, desde la perspectiva de jueces y asesores de menores, cómo es, en los juzgados de familia de Mendoza, la participación de los niños en los procesos judiciales en los que se dirimen conflictos entre sus progenitores.
- Investigar qué relación existe entre la participación de los niños en los procedimientos judiciales de la Justicia de Familia, y la necesidad de los adultos de resolver sus conflictos familiares en esta instancia.

Y como objetivos específicos, planteo los siguientes:

- Identificar las percepciones e ideas de los jueces y asesores, respecto de las infancias y sus derechos, cuando los niños participan en estos procesos judiciales.
- Analizar las prácticas que se ejecutan y los dispositivos que se han desarrollado para efectivizar el derecho a la participación del niño en el Fuero de Familia.

- Realizar una evaluación, respecto del valor que se otorga al relato de la niñez, en relación a otros elementos probatorios. Con el fin de entender su peso y relevancia, dentro del contexto de toma de decisiones judiciales en asuntos familiares.
- Identificar las ideas, creencias y mandatos que subyacen en estos conflictos familiares, para comprender la incidencia de los sistemas de pensamiento hegemónicos y culturales que alimentan estas tensiones.

Para abordar estos objetivos, empleo una estrategia cualitativa de realización de entrevistas en profundidad, con actores claves en el proceso judicial: Jueces de Familia del Poder Judicial y Asesores de Menores e Incapaces<sup>4</sup> del Ministerio Público de la Defensa.

La relación entre la infancia y la Justicia, ha sido objeto de estudio en diversas disciplinas, generando una amplia bibliografía al respecto. Muchos autores tales como García Méndez (1999); Konterllnik (2015); Cillero Bruñol (2007); entre otros, han investigado principalmente sobre la intervención de los organismos estatales dirigida a la infancia empobrecida. Se ha gestado una amplia bibliografía sobre los dispositivos jurídicos y las prácticas desarrolladas en torno a esa relación entre el Estado y la niñez.

Sin embargo, no he encontrado una progresión teórica tan exhaustiva, que analice críticamente la vinculación entre la Justicia y la infancia integrante de familias que recurren a los tribunales, para resolver sus conflictos privados. Por eso, he tomado la bibliografía existente hasta el momento desde diferentes disciplinas, sobre temas tangenciales al que aquí analizo. Junto con Bácares (2012) considero que “la problematización de los derechos de los NNA es clave; o sea, pensarlos indefinidamente sin ataduras a conceptos, a la literalidad de los artículos

---

<sup>4</sup> Les jueces de familia que entrevisté son integrantes de la estructura del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Por otro lado, las asesoras forman parte del Ministerio Público de la Defensa y desempeñan, en estos casos, la función complementaria establecida en el artículo 103 del Código Civil y Comercial. Utilizaré el término asesoras en género femenino, en vez de asesores, porque todas las entrevistas las realice a mujeres que ejercen esa función.



y a las estimaciones teóricas en aras de lograr una comprensión efectiva de ellos y nuevas postulaciones que los mejoren” (p. 35).

A lo largo de mi trayectoria profesional como abogada, me he especializado particularmente en áreas relacionadas con el derecho de familia, los derechos de los niños y de las mujeres. En mi práctica privada y en distintos ámbitos estatales, he colaborado estrechamente con profesionales de diversas disciplinas, como el trabajo social, la psicología y la sociología. Este intercambio profesional, ha impulsado la búsqueda de otras perspectivas, por fuera del Derecho, para abordar los derechos de los niños. Por esta razón, en el marco de esta investigación, he empleado herramientas que no son comúnmente utilizadas en la investigación jurídica.

Una de las dificultades que encontré durante la tarea investigativa, radicó en que la teoría jurídica, en su mayoría, se enfoca en explicar cómo aplicar una norma o en evaluar su corrección o incorrección. Este análisis, se realiza a través de criterios tales como constitucionalidad, convencionalidad, entre otros; que también están contruidos jurídicamente. En otras palabras, el propio sistema legal establece los parámetros para analizar sus propios productos: leyes, sentencias y resoluciones. Dentro del ámbito legal, he encontrado límites para hallar un abordaje del Derecho de manera crítica, que permita su revisión desde perspectivas alternativas. Se podría afirmar, que el derecho se observa desde sí mismo, pero no se contempla desde fuera. Mi formación académica de grado careció de una estructura conceptual, que habilitara analizar críticamente los sistemas de pensamiento hegemónicos que subyacen a la construcción de la norma.

La tensión entre mi formación inicial y la metodología que adopté para este trabajo, persistió a lo largo de todo el proceso de elaboración de la tesis. Por ello, al analizar las entrevistas, recurrí a los fundamentos teóricos provenientes de otras disciplinas, tales como la sociología, la sociología jurídica, la antropología y la filosofía. Esto me proporcionó nuevas

herramientas para formular otras preguntas sobre el material de campo, y evaluar mi propia experiencia profesional, desde perspectivas diferentes.

Así fue como me acerqué a la Teoría de la Complejidad, principalmente desde el desarrollo que realiza la pensadora argentina Denise Najmanovich. Esta perspectiva crítica de la Modernidad, introduce el pensamiento complejo como una alternativa para abordar el conocimiento. Desde esta mirada, establezco conexiones entre las normas jurídicas vigentes y las categorías teóricas centrales de la investigación: las representaciones sociales de Infancia y Familia, y la Justicia de Familia. También, identifico la incidencia de los sistemas de pensamiento hegemónicos, especialmente el adultocentrismo y el patriarcado, para adentrarme luego en el análisis de las entrevistas realizadas.

En el primer capítulo, propongo examinar las representaciones sociales de infancia y familia, explorando cómo se han conformado a lo largo del tiempo, a partir de los sistemas de dominación, que se intensificaron durante el desarrollo de la sociedad moderna; especialmente el patriarcado y el adultocentrismo. También reconozco que no existe una única mirada sobre qué es ser niño, por eso, identifico aquellas conceptualizaciones de infancia que se manifiestan con mayor intensidad en este tipo de conflictos familiares judicializados.

En el segundo capítulo, me enfocaré en analizar, cómo estos conceptos han adquirido legitimidad históricamente a través de normas jurídicas que los avalan. A la vez, estas mismas normas se modifican, en función de los cambios sociales que impactan en la estructura familiar. Por último, daré cuenta del rol que ha desempeñado el Poder Judicial en la aplicación de estas normas dentro del ámbito familiar.

En el tercer capítulo, analizaré el marco jurídico actual: la normativa a nivel internacional, nacional y provincial, que regula los procesos judiciales relacionados con el ejercicio de la responsabilidad parental y los derechos de los niños. Realizaré un análisis cronológico para

dar cuenta de cómo, los principios establecidos en la Convención Internacional de Derechos del Niño (en adelante *la Convención*), han ido permeado las leyes nacionales y provinciales. Además, examinaré estas normativas desde una perspectiva crítica, explorando ideas y creencias arraigadas que continúan presentes en su articulado.

En el cuarto capítulo y quinto capítulo, analizaré las entrevistas realizadas, detallando primero el marco metodológico en el que he sostenido este trabajo.

El capítulo cuatro, se enfoca en el desarrollo del primer objetivo general, en torno a cómo es la participación de los niños en estos procesos judiciales. El abordaje comienza conectando el derecho a ser oído, con la aplicación del principio de gradualidad, en razón de la edad de los niños. En el mismo capítulo, continuaré con el análisis de la participación desde tres visiones diferentes: como objetivo, como instrumento o como contribución. Posteriormente, profundizaré en el acontecimiento mismo del encuentro entre juez o asesora con el niño: la audiencia de escucha.

En el capítulo cinco, trabajaré específicamente sobre la relación entre el derecho a ser oído y las características del conflicto familiar judicializado, cuya indagación se presenta como segundo objetivo general de la tesis.

Inicialmente, valoraré hasta qué punto, factores tales como la cuestión de género y el nivel socio-económico delimitan el conflicto. Reflexionaré respecto de cómo sus características en cada caso, influyen en la forma que se ejecuta el derecho a ser oído. Por último, tomaré la tensión entre lo que denomino: lógica de la pertenencia y lógica de la competencia, para explicar las creencias que subyacen a la ruptura de la convivencia entre los padres y la posterior dinámica familiar. Esto me permitirá distinguir entre tres grupos, en función del grado de litigiosidad entre los adultos, para analizar qué valor tiene la voz del niño en cada uno de estos grupos.

## **Capítulo 1: Construcción social de infancia y familia. Influencia de los sistemas de pensamiento hegemónicos.**

En este capítulo, abordo los conceptos de infancia y familia como construcciones socio-culturales, configuradas desde la influencia de diferentes sistemas hegemónicos: el adultocentrismo, el patriarcado y el pensamiento moderno. Estos sistemas de dominación, han impactado en la generación de modelos universales y abstractos, que definen qué es o debe ser la infancia y la familia. Cada modelo, con ciertas variaciones, persiste en la actualidad y se manifiesta en las distintas esferas de socialización de los seres humanos, ya sea en la familia o en el ámbito público, como puede ser el poder judicial.

Entre los objetivos propuestos en este trabajo, se encuentra la identificación de las percepciones e ideas de los magistrades<sup>5</sup>, respecto de las infancias y sus derechos. Como así también la indagación sobre las creencias y mandatos de los padres, que están a la base de los conflictos familiares. Para lograrlos, es necesario partir de la consideración de que, las nociones de infancia y familia son construcciones sociales que se modifican a lo largo del tiempo y en las distintas culturas.

Por otro lado, para comprender las prácticas institucionales y explicar las regularidades que aparecieron en el análisis de las entrevistas, se requiere localizar el impacto de los sistemas hegemónicos de pensamiento, en estas configuraciones culturales. Y, a su vez, individualizar aquellas representaciones sociales que inciden principalmente en este conflicto.

Antes de adentrarnos en el análisis conceptual, es importante abordar el uso de los términos infancia y familia. En el ámbito del Derecho de Familia, se ha optado mayoritariamente, por la utilización en plural de estos conceptos, con el propósito de visibilizar las múltiples

---

<sup>5</sup> Con la finalidad de lograr una lectura ágil, utilizaré el término *magistrades*, para referirme en forma conjunta a jueces y asesoras de niños, niñas y adolescentes. Aunque cumplen funciones diferentes que se detallarán oportunamente.

configuraciones familiares y las diversas formas de ser niño. Esta pluralidad busca distanciarse de la imposición de modelos universales de infancia y de familia tradicional, basada en la pareja heterosexual, monógama y con hijos.

No obstante, en este trabajo, opté por mantener el uso en singular de las palabras familia e infancia, por dos razones: En primer lugar, mi enfoque específico, se centra en analizar hasta qué punto la representación social universalista y hegemónica, basada en modelos generales, perdura en los discursos de los adultos. Por tanto, familia, hace referencia más claramente a la vigencia entre los adultos, de un modelo universal y normalizado de familia nuclear.

Además, a pesar de la diversidad de configuraciones actuales, todas las familias comparten la atribución social de determinadas responsabilidades, sobre el cuidado individual de sus miembros. Esta asignación de funciones y el aumento de la responsabilidad por el comportamiento de sus integrantes, ha sido fundamental para la continuidad del modelo económico de las sociedades occidentales (Donzelot, 2008).

Por este motivo, el Estado moderno, ha participado activamente en la construcción de la idea de la familia como la principal responsable del desarrollo de los individuos. A su vez, se ha logrado que esa transferencia de responsabilidad se desvincule de la forma de distribución de la riqueza, en el sistema económico vigente. Por consiguiente, los efectos de esta disociación recaen sobre todas las familias, más allá de la estructura de cada una de ellas.

Por otro lado, en relación al término infancia, su utilización en plural arriesga la negación de este concepto en tanto categoría política, como entidad históricamente subordinada. El empleo del plural, podría propiciar una mirada atomizada, considerando a los niños como individuos aislados y diferentes entre sí, que no tienen nada en común. A mi entender, esta fragmentación oculta la continuidad de sistemas de opresión generalizados, que afectan a toda la infancia, por su sola condición de tal.

Por consiguiente, prefiero emplear los términos familia e infancia en singular, con el propósito de evidenciar las opresiones transversales a todas las niñeces. Y, a su vez, hacer visibles las expectativas sociales (la adecuada socialización de cada individuo), impuestas sobre todos los grupos familiares, más allá de su estructuración.

Todo lo expuesto, no implica desconocer la existencia actual de diferentes expresiones sobre lo que es ser niño, que se presentan de manera superpuesta y simultánea, en las relaciones sociales entre las personas.

Estas distintas representaciones, se manifiestan a través de diversas disciplinas que abordan el tema, como la psicología, el derecho, la medicina, la psicopedagogía, entre otras. Además, encuentran expresión en los medios de comunicación y en las interacciones entre niños y adultos. De todas ellas, exploraré únicamente las representaciones de infancia que emergen, especialmente, entre los operadores de justicia, los abogados y los padres, en el contexto de la disputa judicial por el cuidado de sus hijos.

#### **a. Construcción social de las nociones de infancia y familia.**

En diferentes culturas y períodos históricos, la infancia ha sido conceptualizada de distintas maneras. En las sociedades occidentales, se ha transitado desde su completa invisibilidad en el pasado, hasta llegar al presente, adonde ha adquirido una importancia significativa. Este desarrollo ha sido abordado por varios autores y se encuentra en las obras de Ariès (1988); Dolto (2006); Donzelot (2008), entre otros.

Asimismo, las investigaciones teóricas (Carli, 2003; Vergara del Solar, 2007), indican que el vocablo de infancia fue tomando una dimensión en tanto representación universal, que refiere a un tiempo común y lineal transitado por todos los niños, sin distinciones. Según Giberti (1997), "(t)al y como se continúa utilizando la palabra y según su persistencia ésta adquirió la consistencia de un concepto dominante incrustado en el imaginario social; instaura poder como

vocablo que conlleva una idea a la cual no es preciso revisar porque “todos sabemos de qué se trata” (p. 51).

Desde la perspectiva de la historia, en cada época el ser niño adquirió características con visos universales, pero que han variado en los diferentes momentos históricos y en cada cultura (Carli, 2003). Al profundizar en el análisis, se advierte que no alcanza con definir la niñez desde su temporalidad, como el período vital posterior al nacimiento y hasta la pubertad. Ese recorte asociado al tiempo, es solo una de las formas en que los adultos interpretan este estadio vital.

El tiempo de la infancia es un tiempo construido por los adultos, un tiempo histórico-cultural ya que, “es en la trama de una sociedad y de una cultura, que se dota de sentidos a esa edad instándola como tal en otra temporalidad que no se ciñe a la temporalidad biológica, evolutiva, de la edad, sino que se inscribe en el proceso más amplio de reproducción humana de una sociedad” (Legendre 1996 en Carli, 2003, p. 14).

Vergara del Solar (2007), destaca la importancia de la ritualización y las prácticas sociales en la diferenciación entre la infancia y la adultez, incluso más allá de las consideraciones biológicas.

A pesar del peso que tiene en su configuración el tema del tiempo y su correlato en las edades, estamos hablando propiamente de una temporalidad, de un tiempo socialmente configurado. Es decir, de un tiempo significado por los sujetos y las imágenes culturales con las cuales coexisten, y de un tiempo ritualizado y objetivado en las prácticas sociales que giran en torno a los sujetos y las instituciones. (p.21)

La conceptualización de la niñez como un período temporal socialmente construido, plantea interrogantes sobre la posición ocupada por los niños, a lo largo de la historia, en nuestras sociedades. Siguiendo a Bácares (2012), "las infancias, son al fin y al cabo, las condiciones comunes atribuidas al conjunto de individuos que reconocemos como niños, y que toman forma en normas, reglas, conductas y actitudes hacia ellos diferenciadamente en cada período temporal y en cada sociedad en específico" (p. 40). Por lo tanto, es posible analizar

qué características se le atribuyen a la noción de infancia en la actualidad, específicamente en Argentina y desde la perspectiva de los operadores de justicia.

Estas construcciones culturales definen la posición de la niñez, tanto dentro del ámbito familiar como en la comunidad. No obstante, la ubicación de la niñez en la familia también está condicionada por la estructura familiar predominante en cada sociedad, que también varía en cada época. Como señala Gil Domínguez, Famá y Herrera (2006), “la familia, ha experimentado una alteración profunda de carácter universal que la hace irreconocible en su entidad presente al cotejarla con el concepto y la visión anteriores, y la muestra en toda su realidad relativa y precaria, impotente para el cumplimiento de muchas funciones que tradicionalmente se le asignaron” (p. 210).

La configuración de la familia, varía entre las diversas culturas y está influenciada por factores como la cuestión de género y el modelo económico de cada sociedad. Es importante dar cuenta de que, aún en nuestro territorio nacional, existieron otras formas de familia. Estas configuraciones, quedaron marginadas por la imposición legal del modelo familiar europeo, que se reguló a través del Código Civil, sancionado 1869.

En el mundo mapuche, *reyñima* (familia) es la institución en torno a la que se modulan los procesos de participación y de toma de decisión que rigen la vida comunitaria, constituyendo un nivel esencial para la preservación de la cultura a través de los procesos de endoculturización, allí inicia la socialización de las personas pequeñas según los testimonios de los *kimche* (sabios mapuche): (...) antes los *picike ce* eran hijos de todo el *lof* [territorio habitado por personas unidas por lazos sanguíneos], cuando uno hacía algo malo cualquiera le podía corregir (...). En la sociedad mapuche familia y territorio están inexorablemente unidos, en estos espacios se articulan las relaciones sociales, los deberes del *ce* (persona) con sus pares y con el entorno, por ende, las medidas destinadas a la protección de ambas dimensiones son precondiciones básicas para garantizar el goce de los derechos individuales y colectivos mapuche (Antona Bustos, 2014, p. 89). Sin embargo, no pueden ocultarse los cambios que se han producido en las estructuras familiares mapuche a raíz del despojo territorial (Guevara, y Mañkelef, 2002), la tendencia hacia la familia nuclear ha sido una constante desde la época de reducción. (Curihuinca, 2020)

El sistema familiar heredado de Europa, legitimado como modelo único a partir de su reglamentación legal en nuestro país, es propio de la Modernidad. Sin embargo, aun en la propia sociedad europea, no ha sido el único que se ha desarrollado a través del tiempo. Con



anterioridad a la Modernidad, en el Antiguo Régimen la familia “(p)rotegía a sus miembros, enclaustraba a sus hijas, lanzaba a los varones al exterior en busca de puestos, alianzas y fortuna. Acoplaba sexualidad y protección como un arma y una coraza, en una pequeña máquina de guerra organizada con vistas a la preservación del patrimonio y de la conquista de riquezas exteriores” (Donzelot, 2008, p. 210).

La familia, era considerada una unidad cuyos integrantes recibían protección y, a cambio, mantenían su destino acoplado a la preservación de esa entidad. Una de las consecuencias de este sistema fue que, quienes no formaban parte de un grupo familiar, quedaban excluidos del cuidado y sin una función social determinada, convirtiéndose en personas desechables.

A su vez, los estudios sobre parentesco han demostrado que existe una multiplicidad de formas de familiaridad que no están indisolublemente unidas a la consanguineidad. Aparecen otras variables que constituyen relaciones profundas entre las personas, como puede ser la comensalidad o la coresidencia. La fortaleza de los vínculos familiares puede provenir, como sucede en otras culturas, del hecho de compartir experiencias comunes de afecto o convivencia, del hacer juntas.

Por ejemplo, como explica Brondi (2001), en la cosmovisión andina le niño vive integrado en Ayllu (familia extendida que incluye a los hombres, la naturaleza y deidades). Allí, realiza una actividad gozosa, en la que comparte con los componentes vivos de la Sallqa (naturaleza) considerados sus parientes, figuras y cooperantes de crianza (p.19).

En algunas comunidades, la consanguineidad, al ser anterior a las experiencias compartidas entre los parientes, no tiene el mismo peso que en nuestra sociedad. En otras palabras, el parentesco puede ser un proceso adquirido a través de la acción social, como el cuidado, la alimentación y el esfuerzo dirigido a atender a una persona.

Según Tarducci (2011), "el estudio de sociedades no occidentales nos indica que no existe una separación tajante entre naturaleza y cultura" (p. 30) en la constitución de relaciones de parentesco. De allí que las relaciones desarrolladas a través de la cultura, puedan tener la misma preeminencia que aquellas devenidas de la sangre, a las que la sociedad europea les asignó un valor superior.

En la sociedad argentina contemporánea, la familia nuclear, arraigada en el matrimonio heterosexual monógamo y orientada hacia la reproducción, con roles de género predefinidos, continúa siendo la forma familiar más extendida. Durante mucho tiempo, se mantuvo "un amplio consenso en considerar a la familia como una institución natural previa al pacto social, universal, sin conexión histórica y con una estructura jerárquica" (Nari, 2004, p. 63). Las percepciones acerca de su configuración, como un núcleo destinado a la procreación y al amparo de sus miembros, basado en relaciones afectivas, siguen siendo predominantes, a pesar de la emergencia de formas familiares diversas y complejas.

### **b. Patriarcado y adultocentrismo en las representaciones de infancia y familia**

A lo largo de la historia, tanto el patriarcado como el adultocentrismo han sido estructuras dominantes, que han moldeado las percepciones sociales sobre la infancia y la familia. Un elemento central que ha marcado la trayectoria histórica de la infancia, es la relación jerarquizada con los adultos. Términos como minoridad o menor, evidencian que esta etapa de la vida, ha sido denominada en función de su comparación y subordinación con el mundo adulto.

Este enfoque, ha dado lugar a la marginación y la percepción de la niñez, como un estado de inferioridad. Esta estructura verticalizada de relaciones, no se limita exclusivamente a la interacción entre niños y adultos, sino que constituye una manifestación de la cosmovisión arraigada en el pensamiento moderno.

Denise Najmanovich (2005) plantea que "la mentalidad moderna no es un sistema homogéneo. Por el contrario, es el nombre genérico de una red compleja de ideas, conceptos, modos de abordaje, perspectivas intelectuales, estilos cognitivos, modalidades de acción y aptitudes valorativas, sensibles y perceptivas que han caracterizado una época amplia" (p. 23). Dentro de esta amalgama, es posible identificar elementos comunes que definen cómo se concibe el mundo y las interacciones humanas, tanto entre sí, como con la naturaleza.

El sistema de pensamiento moderno, se distingue por ciertas características fundamentales, entre las que se incluye la creación de arquetipos puros y la concepción del sujeto como un modelo abstracto e idealizado, independiente del objeto, la naturaleza y de otros individuos. Este sujeto ideal, establece relaciones jerárquicas de pertenencia y dominación, tanto sobre otros seres humanos, como sobre los recursos que los rodean, considerándolos meramente en su valor utilitarios.

En resumen, la Modernidad se define por la jerarquización de las relaciones humanas, el fortalecimiento del concepto de individuo y el empleo del binarismo como método de pensamiento. Esta perspectiva del mundo y de los vínculos entre los seres humanos, promovió al varón, adulto, blanco y europeo como el modelo ideal de sujeto (Najmanovich, 2022). En ese orden de ideas, queda evidenciado que el patriarcado y el adultocentrismo, como sistemas de dominación, están intrínsecamente ligados a este paradigma.

Aquí se evidencia la íntima ligazón entre el modo de organización del sistema productivo y cómo es que los lazos de parentesco se van articulando e institucionalizando para producir, ciertos tipos de familia que la van consolidando como unidad básica del sistema productivo de clases antagónicas patriarcal y adultocéntrico. Así, les otorgan un cierto carácter a las relaciones que ahí se verifican, por ejemplo, la figura del padre es instaurada como eje de autoridad unilateral: *Padre*, viene del latín *pater* que significa patrono, defensor. No aparece en su etimología la noción de servicio, ni de apoyo mutuo, ni menos que el aporte pueda ser también en la dirección contraria, vale decir desde sus hijos e hijas para él. Con este tipo de lazos parentales, se refuerza la constitución de asimetrías adultocéntricas. (Duarte, 2015, p.330)

La construcción social de relaciones jerarquizadas por razones de género y etarias, fueron el sustento para un control impuesto por una minoría (adulta y masculina), sobre las esferas de

producción y reproducción de la sociedad. Estas representaciones se materializaron al asignar roles específicos a los individuos según su condición biológica, ya sea por el género o la edad. Para respaldar esta legitimación, se construyeron teorías, denominadas científicas, basada en aspectos biológicos, lo que facilitó asimilar este orden social, como un hecho determinado por la naturaleza.

También Foucault llegó a conceptualizar el paso de esa sociedad disciplinaria a una sociedad de control en donde los mecanismos y dispositivos de dominación se distribuyen y difunden más sutilmente en la sociedad, logrando que cada vez más los ciudadanos internalicen las pautas y códigos de integración y exclusión. El poder se entretiene con dispositivos muy fuertes que organizan la vida y el cerebro humano a través de las poderosas máquinas de comunicación social, las redes informáticas y una amplia gama de sistemas de control. La biopolítica se constituye entonces como biopoder. El punto aquí es el control de la subjetividad. (Bustelo, 2011, p.25)

El patriarcado, abordado extensamente por Lerner (1986), Segato (2020) y Federici (2018), se conceptualiza como un sistema de dominación por el que lo masculino ejerce control sobre lo femenino. Este sistema, tiene sus raíces, en formas particulares de organización adoptadas por las comunidades humanas. durante la conformación de las sociedades. La participación en las decisiones de carácter público se distribuyó de forma desigual y unilateral, así como del control sobre procesos productivos (economía) y reproductivos (relaciones de parentesco y sexualidades). Este control se llevó a cabo, a través de la sanción de normas y la creación de instituciones, que impactaron en todos los órdenes de la vida del ser humano.

En cuanto al concepto de adultocentrismo, aunque menos difundido que el patriarcado, visibiliza el hecho de que la edad ha sido utilizada como justificación de la dominación de las personas adultas sobre los niños. Claudio Duarte (2012) lo define como:

Un sistema de dominación que delimita accesos y clausura a ciertos bienes, a partir de una concepción de tareas de desarrollo que a cada clase de edad le correspondería, según la definición de sus posiciones en la estructura social, lo que incide en la calidad de sus despliegues como sujetos y sujetas. Es de dominación ya que se asientan las capacidades y posibilidades de decisión y control social, económico y político en quienes desempeñan roles que son definidos como inherentes a la adultez y, en el mismo movimiento, los de quienes desempeñan roles definidos como subordinados: niños, niñas, jóvenes, ancianos y ancianas. Este sistema se dinamiza si consideramos la condición de clase, ya que el acceso privilegiado a bienes refuerza para jóvenes de clase alta, la posibilidad de –en contextos adulto-céntricos– jugar roles de dominio respecto, por ejemplo, de adultos y adultas de sectores empobrecidos,

de forma similar respecto de la condición de género en que varones jóvenes puedan ejercer dominio por dicha atribución patriarcal sobre mujeres adultas. (p.111)

Kraupkopf (2020) establece una conexión entre el adultocentrismo y el patriarcado, como sistemas que aprovechan razones biológicas, para categorizar a los seres humanos y jerarquizar sus relaciones:

Es la categoría pre-moderna y moderna “que designa en nuestras sociedades una relación asimétrica y tensional de poder entre los adultos (+) y los jóvenes (-) [...] Esta visión del mundo está montada sobre un universo simbólico y un orden de valores propio de la concepción patriarcal (Arévalo, 1996: 44-46). En este orden, el criterio biológico subordina o excluye a las mujeres por razón de género y a los jóvenes por la edad. Se traduce en las prácticas sociales que sustentan la representación de los adultos como un modelo acabado al que se aspira para el cumplimiento de las tareas sociales y la productividad. (p.124)

El sistema adultocéntrico, justifica el control y disciplinamiento sobre los individuos hasta que alcancen la mayoría de edad, perpetuando la dependencia inherente a todo ser humano al nacer. Esta perspectiva, equipara las necesidades naturales de la primera infancia, con un sistema de dominación basado en la edad. De esta manera, el adultocentrismo asocia la dependencia vital, con la incapacidad para participar en las decisiones de orden personal, familiar y comunitario, hasta la edad que les adultos determinen como adecuada.

Un ejemplo de estos artificios está en la naturalización de las necesidades que al nacer se evidencian en seres humanos, ya que a diferencia de otras especies, se requiere de la ayuda de otras personas para sobrevivir. Esta necesidad biológica ha sido construida simbólicamente como debilidad intrínseca de niños y niñas y transformada en condición básica de su dependencia alimentaria, de protección, de abrigo, de afectos entre otros aspectos. Niñas y niños son construidos como débiles –menores- en el mismo movimiento imaginario en que las personas adultas se definen como mayores, fuertes e inteligentes. Lo que resulta de esta imposición a través de la historia de la humanidad es la consolidación de un conjunto de imaginarios que fortalecen la posición de dominio es estos últimos y la de subordinación en los primeros. La necesidad de ayuda señalada no ha implicado relaciones de colaboración sino relaciones de sometimiento. (Duarte, 2015, p. 332)

El patriarcado y el adultocentrismo, como sistemas hegemónicos, se insertan en la estructura jerárquica de las relaciones humanas. Ambos forman parte del pensamiento moderno y han obtenido legitimidad, a través del desarrollo de la estructura jurídica en los Estados Modernos. Ese respaldo legal, tuvo por efecto otorgar validez y naturalizar estas formas de dominación en la sociedad.

El instrumento de fundación del Estado y del derecho moderno fue el modelo del pacto social, entendido como experimento de la razón y no como un hecho histórico, es decir como un modelo racional para asegurar la realización de esas pulsiones, de esas necesidades. Realización imposible, supuestamente, en un estado de naturaleza, sin Estado y sin derecho positivo. Sin embargo, debemos reconocer que, tanto en el modelo como en la realización histórica, el contrato social fue bien distinto de su proyectado impacto universal, extendido a todos los sujetos humanos considerados como iguales en su ciudadanía potencial. Se trató más que nada de un *pactum ad excudendum*, de un pacto para excluir, de un pacto entre una minoría de iguales que excluyó de la ciudadanía a todos los que eran diferentes. Un pacto de propietarios, blancos, hombres y adultos para excluir y dominar a individuos pertenecientes a otras etnias, mujeres, pobres y, sobre todo, "niños". (Baratta, 2007, p.10)

El Derecho, en su configuración actual, ha sido una herramienta empleada para normar estos sistemas y regular las dinámicas de poder al interior de las estructuras familiares. Como menciona Carli (1994), la niñez y la infancia fueron históricamente objetos construidos política, social, cultural y educativamente, indicativos de procesos más amplios de construcción de la hegemonía.

Este proceso de generación de discursos en torno a la infancia, está estrechamente vinculado a la historia de las mujeres en Argentina, se subraya la importancia de las interrelaciones teóricas entre la categoría infancia y género (Carli, 2003). Diversas autoras, como Giberti (1994), Carli (2003) y González (2013), coinciden al afirmar que tanto las mujeres como los niños han sido sujetos de formas similares de opresión.

Ser "persona menor de edad" es estar inscrita en el "discurso del amo", dentro de cuyas representaciones se es objeto de los adultos/as y donde estos depositan sus fantasmas. O, dicho de otra manera, se les convierte en sujetos indefensos frente a la omnipotencia adulta, ubicándoles en una posición subalterna, que anula la conciencia respecto a su propio valor, desdibujando sus posibilidades de afirmación y autonomía. (Treguear y Carro, 1997, p.63)

Partiendo de la premisa de proteger a quienes se consideran intrínsecamente vulnerables, como los niños y mujeres, se desarrolló un sistema de control que limitaba su capacidad de participación en la esfera pública. Se los consideraba incapaces de hecho y se otorgaba a los varones adultos de la familia, la representación de sus esposas e hijos.

Del mismo modo que para la mujer, también la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en una larga serie de incapacidades "naturales", que el derecho de menores sólo se tomó el trabajo de "reconocer" y otorgar estatus "científico". Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco más, no sólo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja

reconocer por cualquiera en forma clara y explícita, no sucede lo mismo con su forma. La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección específica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc.). (García Méndez, 1999, p.38)

La lucha de las mujeres por visibilizar estas desigualdades y el reclamo por sus derechos, desafió los argumentos biologicistas que asociaron biología y debilidad. Argumentos que, a su vez, justificaron los institutos de la incapacidad jurídica y la representación legal. Según Carli (2003), fue necesario desvincular la infancia y la niñez de los conceptos biológicos y situarlos en el ámbito de la cultura para cuestionar este paradigma.

La identificación y posterior difusión del patriarcado como sistema hegemónico de dominación, posibilitó la revisión de la asignación de roles familiares en función del género y permitió que emergieran nuevas configuraciones familiares. Castilla (2011), señala que los cambios en los discursos sociales, han permeado las estructuras familiares. Han llevado a nuevos planteamientos en la crianza, la sexualidad, la afectividad y las relaciones entre géneros, aunque aún subsisten patrones familiares patriarcales. Estos cambios contribuyeron al desarrollo de un proceso social denominado, democratización de la familia.

En este sentido, los feminismos han desempeñado un papel fundamental. Desde diversos ámbitos, como el académico, comunitario y territorial, se han visibilizado las desigualdades hacia el interior de la familia y cuestionado los fundamentos naturalistas que las sostienen.

Sin embargo, las inequidades en razón de la edad, no han tenido hasta ahora la misma visibilización, que las provenientes de la raza o el género. No se han evidenciado suficientemente estas relaciones etarias, como estructurantes de un sistema de dominación. No se asume que el trato que ancestralmente se le ha dado a les niñes y personas consideradas jóvenes, responde a una constitución de carácter sistémico en nuestras sociedades. (Duarte, 2015). Por eso, aún en textos post-convencionales encontramos afirmaciones como las siguientes:

Sostiene Ciuro Caldani que el derecho de menores es un área jurídica signada por la especial *problemática* que generan los seres humanos que se hallan en las diversas etapas de la vida (infancia, adolescencia, juventud) denominadas con la expresión no del todo adecuada, pero consagrada, “minoridad”.

Agrega el autor citado que el menor es un ser especialmente débil, que en justicia requiere especial protección, y esta exigencia hace necesarias soluciones sociales y captaciones normativas de caracteres propios. (D’Antonio, 1994, p.5)

Desde esta perspectiva, el reconocimiento de los derechos aparece como una dación benefactora de la persona adulta para equiparar las diferencias de la naturaleza. La idea de debilidad infantil que sostiene el modelo adultocéntrico facilita “la negación de las posibilidades de colaboración en igualdad de condiciones para mayores y menores, y al mismo tiempo, la exclusión de la reciprocidad como posibilidad de sostenibilidad de la democracia y solidaridad de las relaciones entre generaciones” (Duarte, 2015, p.333).

Con ello, se logra ocultar todo tipo de contribución que las personas menores de edad realicen a la familia y a la comunidad. De allí que sea tan difícil aún, visibilizar que “i

Claudio Duarte (2015) señala que la dominación adulta sobre los niños, no se logró únicamente por tener en cuenta la condición biológica. Se produjeron procesos de apropiación de las capacidades propias de los niños – en lo económico y en lo sexual- para considerarlos como inferiores, con menor valor social, dependientes y subordinados a las personas adultas.

Por otra parte, este enfoque desde la debilidad natural de los menores, facilita el ocultamiento de situaciones de vulneración de derechos, provenientes del mismo sistema de dominación social. Así, la sociedad moderna ha naturalizado un sin número de formas de opresión sobre las infancias que no son evidentes como tales, porque emanan, justamente, de los mecanismos proyectados para la protección de las personas menores de edad<sup>6</sup>. Las violaciones a los derechos de los niños, provienen más de las conductas de los adultos sobre las

---

<sup>6</sup> Sin ir más lejos basta con adentrarse en la realidad actual de los hogares de niños gestionados por entidades religiosas o por el Estado, o analizar algunas prácticas de los profesionales que integran los Sistemas de Protección de Derechos. Allí acontece una infinidad de vulneraciones de derechos, originadas desde los mismos mecanismos destinados por el Estado. para la protección de esos derechos.



personas menores que de su propia condición biológica. No obstante, la asociación del binomio minoría de edad- vulnerabilidad natural sirve para encubrir este hecho.

Hasta ahora, se ha difundido el enfoque de una relación jerarquizada basada en la edad y la vulnerabilidad, ya sea para controlar a los niños o proteger sus derechos. Sin embargo, algunos autores como Duarte (2015), Bustelo (2011), y Valenzuela (2015) entienden que la vulnerabilidad de las infancias, deriva principalmente del carácter opresivo del sistema de relaciones sociales de dominación.

En otras palabras, la dependencia inherente a los seres humanos al nacer, no justifica el desarrollo de un "orden adultocrático" que genera relaciones generacionales desiguales y subordinadas (Valenzuela, 2015). Donde las capacidades propias de la infancia y la potencia de la juventud quedan eclipsadas bajo el asistencialismo adulto. Junto a estos autores, sostengo que no es la indefensión como característica de la infancia, lo que motiva la necesidad de una mayor protección legal. Sino que el propio sistema de dominación, habilita distintas formas de opresión de los adultos sobre los niños, que motivan la necesidad de una mayor protección para estos últimos.

La afirmación de que los niños, debido a su natural falta de madurez, están más expuestos a riesgos en la sociedad podría desviar la atención de otros peligros que emanan del mismo sistema de dominación. Desde otro punto de vista, la condición de vulnerabilidad podría estar más relacionada con las dificultades que la humanidad ha tenido para construir sociedades seguras para todos que con la naturaleza.

Al enfocarse en el argumento de una mayor protección debido a su inmadurez, se tiende a minimizar que la necesidad de protección, también proviene de los peligros que los adultos generan para la infancia. Esta mirada biologicista, promueve un examen de las agresiones hacia

les niños, como comportamientos aislados de algunas personas y no como consecuencias de sistemas opresivos, que estructuran un determinado orden social.

Para entender esto, es interesante tomar el desarrollo de Najmanovich (2021) sobre el concepto de vulnerabilidad. La autora cuestiona la utilización de este término sobre determinados grupos poblacionales. Afirma que la fragilidad es algo propio de la condición humana, una característica de la vida misma, todos los seres vivos somos vulnerables.

Señala la pensadora, que la denominación: sectores vulnerables, para designar a determinados grupos sociales, en vez del término sectores vulnerados, es un eufemismo consolidado con la Modernidad Neoliberal. Esta variación terminológica, encubre el hecho de que son las condiciones propias del sistema de acumulación de riqueza actual, las responsables de la vulneración de derechos y de la expulsión de los seres humanos hacia condiciones de vida indigna.

Este mismo pensamiento pueda aplicarse para afirmar, que las violaciones a los derechos que padecen los niños no se originan en su indefensión natural. Sino más bien en el sistema de dominación adultocéntrico, que habilita el dominio discrecional de los adultos.

### **c. Las construcciones sociales de infancia con mayor incidencia en el conflicto en estudio**

Los niños, hasta el momento no han participado de la propia definición de sí mismos, sino que los adultos tienen “la capacidad de gestar a la generación subsiguiente, de intervenir en sus formas de constitución, de construirla socialmente”. (Carli, 1994).

Esta atribución de los adultos para definir qué es la infancia se ramifica en diferentes expresiones. A su vez, ningún concepto abarca todas las representaciones sociales sobre los niños, por eso es importante tener en cuenta que:

Ninguna teoría, visión, ley y paradigma sobre infancia tiene un carácter universal y es cien por ciento de las relaciones que se dan entre los adultos y los niños. Esto resulta principalmente porque la infancia supera las propias imágenes, representaciones o “lugares

comunes” que el individuo posee, incluso las de los propios especialistas y gentes cercanas a la infancia como los padres de familia, los educadores, los jueces, los pediatras y todos aquellos lectores de la CDN que la estudian sin tener en cuenta las pistas históricas y las representaciones sociales sobre la infancia. (Bácares, 2012, p.40)

Bustelo (2011), también da cuenta de la existencia de diferentes miradas sobre la infancia y avanza afirmando que estas representaciones no son ingenuas, sino que se perpetúan a través de distintas expresiones, en el contexto del sistema de dominación adultocéntrico.

Como todo *campo*, el de la infancia está compuesto por enfoques, análisis, estudios y conceptos, por la práctica que incluye un conjunto de acciones, programas y políticas y, finalmente, por una amplia gama de actores participantes. También comprende la producción de discursos destinados a conformar las subjetividades intervinientes en él. Por ello, aun siendo un *campo* que se podría presumir definido, es propenso a ambigüedades que ocultan relaciones sociales de dominación, lo que conduce a imprecisiones que se podría afirmar que no son inocentes. Esta aseveración tiene aún más fuerza dadas la expansiva difusión mediática y la aparente preocupación pública que el tema de la infancia cubre en la industria cultural. (Bustelo, 2011, p.23)

A continuación, exploraré algunas representaciones de infancia que se encuentran más vinculadas a la relación de los niños con sus padres en el ámbito familiar. No desconozco que existen otras conceptualizaciones, además de las que expondré aquí, que se expresan con mayor incidencia en otros ámbitos por los que circulan los niños. Por ejemplo, las nociones de infancia que aparecen en la institución escolar o en los modelos de aprendizaje.

Además, es necesario mencionar, que también existe una infancia que no está representada o, mejor dicho, que permanece negada en su condición y en sus derechos. Es aquella infancia que comparte con su familia y comunidad otras formas de opresión, propias del sistema de producción económico actual. Me refiero a las infancias migrantes, las infancias indígenas, los niños que mueren en conflictos armados. Constituyen un universo de seres humanos menores de edad, sobre los que la comunidad internacional no reclama con el mismo énfasis la aplicación de la Convención Internacional de Derechos del Niño. Como señala Bustelo (2011): “Miles de niños mueren cotidianamente y se transforman en *niño sacer*: son eliminables o desechables y la característica básica es que su muerte no entraña ninguna consecuencia jurídica” (p.26).

Las representaciones de infancia que surgen a partir del lugar que ocupan los niños en la familia y de su relación con sus padres son las siguientes:

### **Le niño como ser humano en evolución, inacabado.**

En esta perspectiva, la vulnerabilidad se asocia a la falta de madurez, presuponiendo que quienes no han llegado a la plenitud del desarrollo, como se define a la edad adulta, son más susceptibles a la indefensión. Esta visión de la infancia como una etapa inacabada, considera que el pleno desarrollo psicofísico se logra en la adultez, sugiriendo que quienes no han alcanzado este estado, son más vulnerables que aquellos que lo han hecho.

Este enfoque sigue siendo relevante, ya que tanto el texto de la Convención de Derechos del Niño, como las normas que se basan en ella, se fundamentan en la noción de falta de madurez, para justificar la necesidad de una mayor protección. En el preámbulo se proclama: “Teniendo en cuenta que, según se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’” (Naciones Unidas [ONU], 1989).

La fragilidad de las personas al nacer y su total dependencia para sobrevivir, dentro de esta noción, se extiende prácticamente hasta la mayoría de edad, como una etapa de debilidad e indefensión que requiere protección y asistencia (Calcaro, 2006). Este concepto arraiga una relación vertical en la que los adultos retienen el poder al definir cómo y de qué manera proteger, a quienes perciben como indefensos por naturaleza.

En cuanto a la relación familiar, esta conceptualización se evidencia en el hecho de que la condición de los niños como sujetos inacabados, aumenta la representación de sus padres en diferentes aspectos. De esta manera, en un contexto cada vez más regulado por normativas que organizan la vida social, a la par que se reconocen discursivamente derechos a los niños, se les

priva de su ejercicio autónomo y se requiere cada vez más, que sean sus padres quienes les autoricen a este ejercicio, aun siendo ya jóvenes.

Existen prácticas institucionales que se basan en esta idea de incompletud de los niños; por ejemplo, al exigir a los adolescentes que vayan acompañados de un adulto a una consulta médica. Otro ejemplo, aparece en la educación secundaria adonde cada vez más actividades escolares de los adolescentes deben contar con la autorización de sus padres. A veces, se llega al extremo de que algunas instituciones, requieran autorización paterna para que los jóvenes puedan retirarse del establecimiento cuando ya son mayores de 18 años de edad.

### **Le niño como ser humano para el futuro, desde las expectativas de los adultos**

La representación anterior de la infancia como inacaba, da lugar a una variante que, desde la consideración evolutiva, ubica su protagonismo en el futuro y la suprime del presente. Al considerar la infancia como una transición hacia la adultez y vincularla a la idea del porvenir, el tiempo presente es un momento del que no participan activamente. Como señala de manera crítica Giberti (1997), “La palabra niñez convoca sensibilidades, decisiones políticas y esperanzas que se enhebran con una concepción tradicional de futuro; en ella navegan niños y niñas que, para nosotros son representantes del porvenir” (p.23).

Esta percepción, conlleva a que la comunidad prescinda de su participación activa, ya sea en la escuela, la familia o la sociedad, bajo la premisa de que nadie tiene derecho a intervenir en algo que no le pertenece, en este caso: el tiempo presente. La consideración de los niños, como sujetos destinados al futuro, les invisibiliza como sujetos participes activos en las relaciones presentes.

En contraste con lo anterior, se destaca que el siglo XX ha sido etiquetado como 'el siglo de los niños' (Key, 1906). Se resalta el profundo desarrollo teórico sobre la infancia en todas las disciplinas y la importancia que ha cobrado en los discursos de los adultos. En la actualidad,

se estudia, se interviene y se analiza la infancia, desde disciplinas como la psicología infantil, la psicopedagogía, la psicomotricidad, la terapia ocupacional, entre otras. Además, se han desarrollado dispositivos destinados a controlar y orientar la formación infantil desde temprana edad, como la escolarización a partir de los 3 años, la enseñanza de idiomas, artes, espacios recreativos y deportes. No obstante, esta tendencia puede asociarse, sobre todo, a las expectativas y deseos de los padres con respecto a sus hijos y no tanto a las necesidades o intereses intrínsecos de los niños.

Concuerdo con el punto crucial planteado por Sloterdijk: Una cosa es comenzar y otra bien distinta es “ser comenzado”. Esto último implica que hay varias maneras de comenzar y que incluso ese comienzo, cuando es verdadero, puede ser rápidamente erradicado. En la visión de la transmisión: la infancia tiene la responsabilidad de recibir y asegurar que el acontecer histórico proseguirá incluso a pesar de ella. La infancia sería una infancia “continuista”, en el sentido de que desciende y es heredera de algo que la antecede. (Bustelo, 2011, p.142)

Al contrastar esta idea con la relación paterno filial, podría destacarse que las expectativas de los padres sobre sus hijos, constituyen una manifestación de este “ser comenzado”. Los adultos depositan deseos y proyecciones en relación a cómo deben ser sus hijos: deportistas, artistas, políglotas, etc. En cierta forma, los niños nacen predestinados a la tarea de brindar felicidad a sus progenitores. Para esto, los adultos, dispondrán de los bienes y recursos necesarios, no sólo para el desarrollo de sus hijos sino también para cumplir con sus propios anhelos como padres y lo que ellos quieren de sus hijos.

El enfoque sincronizado del tiempo plantea la infancia como pura repetición. El niño sería un ser-que-precede-a-lo-mismo. Esto presupone que la única función de la infancia es la transmisión del pasado al presente asegurando su continuidad. Y, desde el punto de vista familiar, hace fantasear a los padres en los hijos como proyección narcisista de ellos mismos hacia el futuro. (Bustelo, 2011, p.145)

La relevancia de esta representación social, aparece con mayor énfasis en el ámbito familiar, debido a que los padres son quienes definen inicialmente al niño en su primer espacio de socialización, la familia.

### **Le niño como propiedad de la familia nuclear**

La estructura familiar nuclear, se consolidó con el modelo económico desarrollado en la Modernidad. Desde la perspectiva del pensamiento moderno, se estableció un sistema jerárquico que situaba al modelo universal de sujeto, el individuo dueño de todo lo que ingresaba a su dominio, en el centro de las relaciones.

Un ejemplo de este arquetipo es el modelo del jefe de familia, adonde los bienes y los miembros del grupo familiar son considerados propiedad del dueño de la casa. Esta noción de posesión con respecto a los hijos se manifiesta en diferentes aspectos en la actualidad. Un ejemplo de ello fue la campaña: “¡Con mis hijos, no te metas!” motorizada en contra de la educación sexual integral en las escuelas. Este movimiento “aborda a las infancias como posesiones sin voluntad y a las madres y padres como dueños que se imponen” (Cárdenas, 2018).

Esta representación social de la infancia se visibiliza principalmente en disputas judiciales en las que los padres compiten por el afecto de su hijo. En tales casos, los niños a menudo no son considerados como sujetos con deseos, opiniones o preferencias distintas a las de alguno de sus padres. Los adultos en esos casos no pueden siquiera concebir la posibilidad de que su hijo tenga una relación afectiva diferente con el otro progenitor, distinta a la que existió entre ellos como pareja. Esto coloca al niño en la posición de un objeto de posesión para los adultos, que limita el ejercicio autónomo de sus derechos.

### **Le niño como sujeto de consumo**

La noción de le niño como sujeto de consumo aparece en forma más reciente en la historia, asociada al modelo de producción económica que nace con la Modernidad.

La focalización hacia el asunto de la infancia desde el siglo XIX también les visibilizó como posibles consumidores. Desde entonces, se han perfeccionado los mecanismos para promover el consumo de bienes por parte de los niños y para que sean ellos, quienes reclamen

a sus padres un determinado estándar de consumo asociado a juegos, marcas, destinos vacacionales etc.

Han surgido una gran cantidad de dispositivos (estudios de marketing, redes sociales, medios de comunicación, empresas, etc.) para incorporar a los niños a la lógica del consumo. “Subliminalmente, se enfatizan valores prioritarios como el individualismo y se naturalizan en niños y niñas los conceptos de propiedad privada y capital (...) también la infancia es pensada como reproductora de la riqueza y la opresión” (Bustelo, 2011, p.68)

Esta representación de los niños como sujetos de consumo penetra en la vida familiar y entra en juego con otras dinámicas como, por ejemplo, la democratización de las decisiones hacia el interior del grupo. Quiero decir, padres y madres que intentan criar desde la búsqueda de consensos con el resto de los integrantes, se ven interpelados y exigidos por los niños que reclaman la obtención de bienes materiales. No siempre los adultos cuentan con los recursos para identificar que, a la base de esta tensión familiar, está el mercado organizando el consumo de las infancias. “Se presenta a los niños como si tuviesen el poder. Los adultos aparecen jugando el rol de instrumentos de consumo: ser buen padre/madre es darles a los niños el consumo que reclaman”. (Bustelo, 2011, p.76).

Gil Domínguez (2006), en esta misma línea de pensamiento señala que “La estructura económica actual de la sociedad posmoderna (...) exige una familia consumista dependiente de estructuras productivas que le son ajenas. La dependencia de la familia a necesidades creadas desde el exterior la torna vulnerable y, por ello, más inestable” (p.61).

Este sistema organizado en torno al consumo no sólo influye en la construcción de las subjetividades de cada individuo; sino que también reposiciona a la familia nuclear dentro del orden social no ya como productora, sino más bien como consumidora. Al grupo familiar se le exige el cumplimiento de este nuevo rol consumista en la sociedad moderna.



## **Le niño como sujeto de derechos y la infancia como categoría social y potencia creadora.**

La categoría de *sujeto de derechos*, ha significado un avance en el reconocimiento de los derechos humanos de los niños; ya que busca evitar la discrecionalidad en las intervenciones profesionales sobre las infancias. Esta terminología se difundió con la Convención y se caracteriza por ser opuesta a la idea de le niño como *objeto de necesidad* (concepto asociado al paradigma de la situación irregular).

También, es un concepto que lleva a pensar en la existencia de una relación directa entre los niños y el Estado sin intermediación de representantes. La educación sexual integral en las escuelas, para tomar el ejemplo ya desarrollado, es una forma de reconocimiento directo por parte del Estado de los derechos sexuales y reproductivos de los niños, sin intermediación familiar.

Sin embargo, esta conceptualización encuentra su limitación al no dar cuenta acabadamente de la fundamental importancia de las relaciones humanas y los contextos socio-históricos de las personas. La idea del sujeto como modelo abstracto con aspiraciones universalistas responde a una forma de representación del ser humano, propia del pensamiento moderno, que lo despoja de historicidad y singularidad.

Desde esta representación, podría tomarse a la infancia como una categoría a-social, carente de historicidad que se reduce al desarrollo de una subjetividad individual, el sujeto de derechos. Pero, como dicen Lenta y Zaldúa “la infancia como categoría social se constituye en las relaciones sociales que se ponen en juego con los adultos” (Lenta, Zaldúa, 2016, p.257).

Aun así, el concepto de *sujeto de derechos* es el que más se adecúa para la realización de este trabajo por su vinculación con la temática jurídica. Para salvar el obstáculo antes expuesto sumaré el desarrollo conceptual que realiza Eduardo Bustelo en su obra *El Recreo de la Infancia*.

El autor toma a la infancia como un tiempo diacrónico, no sincrónico. Un momento vital en el que los seres humanos tienen capacidades, potencialidades diferentes, pero no menores. La infancia podría ser vista en “su dimensión creadora” (Bustelo, 2011) en relación en las formas de ver el mundo. Por ello considerarles desde su potencia y no sólo desde su vulnerabilidad, se vuelve fundamental.

En síntesis, mi enfoque considerará la infancia como una categoría socio-histórica, en constante interacción y tensión con el mundo adulto y los sistemas de dominación prevalentes. Abordaré a los niños como sujetos de derechos inmersos en sus contextos familiares y comunitarios, reconociendo esta etapa vital como diferente, pero no inferior, a la adultez. Además, buscaré comprender su singular potencialidad, que de reconocerse permitiría establecer relaciones más recíprocas y menos jerarquizadas con el mundo adulto, adoptando una perspectiva heterárquica del ejercicio del poder (Najmanovich, 2021).

## **Capítulo 2: La infancia y la familia como conceptos jurídicos. Recorrido histórico**

En este capítulo, analizo de qué forma las representaciones sociales de infancia y familia, han tenido cabida en el ordenamiento jurídico a través del tiempo. Para ello, realizo un breve recorrido histórico sobre cómo se han modificado las normas desde la consolidación de la familia tradicional como modelo universal, hasta el reconocimiento actual de otros modelos de crianza.

Respecto de la niñez, parto de un análisis genealógico, para explorar la relación entre la infancia y el Derecho. A su vez, el examen de las distintas terminologías jurídicas empleadas para referirse a los niños: incapaces, menores, sujetos de derechos; permite indagar los significados que subyacen tras cada uno de estos conceptos.

Además, examino la transformación a través del tiempo de la relación entre los conflictos familiares vinculados a la ruptura de la pareja, la consecuente comunicación con los hijos en común y la intervención de la Justicia de Familia como entidad estatal. Concluyo esta sección, ofreciendo una descripción concisa de la organización actual del Fuero de Familia, en la provincia de Mendoza.

El recorrido histórico de los conceptos jurídicos de infancia y familia, posibilitará identificar, en función de los objetivos propuestos, las ideas y creencias que han quedado plasmadas en las normas legales a través del tiempo. La exploración de la relación entre las construcciones culturales de infancia y familia, la evolución de las normas legales y la Justicia, permitirá luego, analizar las entrevistas desde estas categorías teóricas.

### **a. Evolución histórica de la noción jurídica de infancia**

Para entender el desarrollo jurídico del concepto de niño, realizaré una breve genealogía, hasta llegar a nuestros días con la noción más difundida de sujeto de derechos.

En “El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen”, Ariès (1988), hace un análisis iconográfico de la sociedad europea occidental. Concluye que hasta el siglo XIV, aproximadamente, la infancia fue una época de transición a la que no se daba mayor importancia, “de la que se perdía enseguida el recuerdo” (Ariès, 1988). Los niños circulaban entre los adultos, hasta que adquirían madurez suficiente para realizar diferentes labores y participar de los espacios familiares y comunitarios, incorporándose así a la vida adulta, desde ese momento.

Los niños estaban junto con los adultos en la vida cotidiana, y cualquier agrupación de trabajo, de diversión o de juego reunía simultáneamente a niños y adultos; por otro lado, la gente se interesaba particularmente en la representación de la infancia por su aspecto gracioso o pintoresco (el gusto por lo pintoresco anecdótico se desarrolló durante los siglos XV y XVI y coincidió con el sentimiento de la infancia graciosa), y a todos les agradaba notar la presencia del niño en el grupo y entre la multitud. Dos ideas, una de las cuales nos parece arcaica: hoy en día tenemos tendencia (y se tenía hacia finales del siglo XIX) a separar el mundo de los niños del de los adultos; mientras que la otra idea anuncia el sentimiento moderno de la infancia. (Ariès, 1988, p.5)

En la Edad Media, a principios de la era moderna y durante mucho más tiempo en las clases populares, los niños vivían mezclados con los adultos, desde que se les consideraba capaces de desenvolverse sin ayuda de sus madres o nodrizas, pocos años después de un tardío destete, aproximadamente a partir de los siete años. Desde ese momento, los niños entraban de golpe en la gran comunidad de los hombres y compartían con sus amigos, jóvenes o viejos, los trabajos y los juegos cotidianos. El movimiento de la vida colectiva arrastraba en una misma oleada las edades y las condiciones, sin dejar a nadie un momento de soledad ni de intimidad. En esas existencias demasiado densas, demasiado colectivas, no quedaba espacio para un sector privado. La familia cumplía una función: la transmisión de la vida, de los bienes y de los apellidos, pero apenas penetraba en la sensibilidad. (Ariès, 1988, p.35)

Otros autores como Lloys deMause (1982), afirmaron que la historia de la infancia durante la edad Media, está plagada de crueldades que comienzan a disminuir recién en el siglo XVII. Existen diferencias en el análisis histórico que realizan estos autores. Pero aun así, todos coinciden en que un sentimiento<sup>7</sup> especial hacia la infancia, comenzó a desarrollarse recién en la Modernidad y perdura hasta nuestros días. Françoise Dolto, en *La causa de los niños*, sostiene: “Hay que esperar al siglo XIX para que aparezca él solo en traje de colegial con

---

<sup>7</sup> El “sentimiento por la infancia” es un término acuñado en la obra de Ariès y ampliamente difundido en los estudios de infancia que también ha recibido críticas debido a “su vaguedad, objetivación y universalización de algo que es esencialmente subjetivo como puede ser el sentimiento respecto a otras personas” (Giberti, 1997: 29)

actitudes de niño (...) El niño se ha vuelto un ser humano dotado de afectividad” (Dolto, 2006, p.19).

Durante el siglo XIX, surgieron diversas instituciones, como las escuelas, y especializaciones disciplinares, como la pediatría y la psicología infantil, dedicadas a intervenir sobre la infancia. Esta época, profundizó la distinción entre la niñez y la adultez. La sociedad comenzó a segmentar aún más, los espacios destinados a los niños de forma separada a los adultos.

La Revolución Industrial, por su parte, provocó cambios sociales significativos que impactaron las relaciones humanas, especialmente en los vínculos entre los niños y los adultos. La migración hacia centros urbanos, dio paso al surgimiento de la familia nuclear, desplazando la vida comunitaria como forma habitual de convivencia. Paralelamente, se fomentó la difusión de la escuela, como el espacio ideal para la formación de los niños.

Además, los Estados Modernos comenzaron a regular, a través de normativas jurídicas, aspectos de la vida familiar que antes se consideraban propios del ámbito privado. Por ejemplo, los nacimientos y matrimonios, que hasta entonces tenían un registro de orden sacramental, pasaron a tener un interés público gubernamental y el Estado organizó su registración.

En las sociedades occidentales, la regulación estatal organizó la vida familiar en torno al matrimonio y los vínculos filiatorios basados en la consanguinidad. Las normativas sancionadas, establecieron derechos y responsabilidades sobre los hijos, dependiendo de si nacían dentro o fuera del matrimonio. En el Código Civil de Vélez Sarsfield, se diferenciaba entre hijos legítimos e ilegítimos, según el estado civil de sus progenitores. Esta distinción determinaba el acceso a derechos alimentarios o sucesorios, reservados principalmente para los hijos legítimos. Esta categorización de la infancia a través del orden jurídico, legitimó un modelo específico de familia, por sobre otras configuraciones familiares.

En este mismo sentido, la codificación normativa de los Estados Modernos, sirvió para convalidar legalmente la construcción social de le niño como incapaz y la consiguiente necesidad de representación legal por parte de su padre.

“Se trata a los pequeños como si fueran minusválidos a los que ha que rehabilitar, programar, porque si no seguirán siendo minusválidos. Y me digo que estamos desacertados, porque cualquiera que sea la edad de un ser humano, el hecho de que se sienta minusválido se debe a la dominante del yo ideal-adulto que tenemos en nuestra época actual (...). Creemos que hay que remplazar lo que tiene, que hay que socorrerlo en lo que le falta, mientras que nada de esto es cierto ¡Hay que comunicarse con él, eso es todo! (Dolto, 2006, p.121)

La noción de minusvalía se vincula directamente con los institutos jurídicos de la incapacidad y la representación desarrollados en el ámbito del derecho. La justificación de que le niño no puede dirigir sus acciones por sí mismo, proviene de asociar dos conceptos que no necesariamente son lo mismo: cuidado e incapacidad. Desde ese momento, les niños necesitaron un representante legal, una persona adulta que hable y decida por ellos.

Esta idea de representación legal, podría vincularse con una de las características del pensamiento moderno que Denise Najmanovich (2005) denomina como *representacionalista*. Según la autora, en la Modernidad, la estética del conocimiento se basó en este enfoque, al instalar la certeza de que el ser humano puede re-presentar fielmente la realidad, a partir la razón y el conocimiento científico. En el mismo sentido, señala Najmanovich, que esta noción también fue expresada en el arte y la pintura renacentista europea, en aquel entonces.

El representacionalismo, puede compararse con en el instituto de la representación legal, adonde el representante suple completamente la voluntad de la persona incapaz. La representación legal, parte de la premisa de que quien tiene el poder, re-presentará fielmente, valga la redundancia, la voluntad de quien no puede. El representante tendría la función de proteger al incapaz de actos propios y ajenos que pudieran perjudicar asimismo o a terceros. Siguiendo este razonamiento, como la figura tiene la finalidad de la protección, el representante, no iría en contra de los intereses de la persona que debe proteger, por eso puede representar fielmente su voluntad.

Se argumentó que el propósito del instituto de la representación legal, era proteger a los más débiles (mujeres, menores, incapaces) ya que, debido a su naturaleza, podrían poner en peligro su persona o sus bienes. Así, se justificó que la ley les considerase incapaces y se les designase un representante. Es llamativo que la representación legal de los menores fue asignada a padres varones, por medio de la patria potestad. Y, la representación legal de las mujeres, se otorgó también a los varones adultos: sus maridos si estaban casadas o sus padres o hermanos si permanecían solteras.

Esta legislación, habilitó un sin número de atropellos por parte de los representantes quienes terminaban por apropiarse de la voluntad legal y de los bienes de sus representados. Así, el instituto legal de la representación, se utilizó en la práctica más para el control, que para la protección de las personas sindicadas legalmente como incapaces.

Por otra parte, las personas consideradas incapaces en razón de la edad, fueron denominadas en el Código Civil de 1869 como: menores<sup>8</sup>. Esta terminología ha recibido críticas de varios autores (Carli, 2003; Vergara del Solar, 2007) debido a que remite a una representación de la infancia jerarquizada, que la ubica en un lugar de inferioridad.

Definir algo o alguien como menor, implica una comparación con otro ente; el superior. El concepto se construye desde una lógica que define lo inferior, a partir de las cualidades de aquello que está por encima, el modelo es el adulto. Así, las características particulares de esa entidad designada como menor son suprimidas y ocultadas, detrás de las cualidades del modelo

---

<sup>8</sup> *Menores* eran todas las personas que no habían cumplido 22 años de edad. Se distinguió entre menores impúberes de 0 a 14 años y menores adultos a partir de esta edad. Las personas menores de 14 años tenían incapacidad absoluta para el ejercicio de sus derechos y debían hacerlo a través de sus representantes. Las personas de entre 14 y 22 años, únicamente podían realizar por sí y sin la representación de sus progenitores un muy limitado número de actos que la ley específicamente les autorizaba.

superior. La minoridad se construye no desde sí misma, sino en relación con lo que no es: persona adulta<sup>9</sup>.

La distinción entre minoría y mayoría de edad resulta relevante al momento de considerar el lugar social de los distintos sujetos, y la generación de experiencias vitales distintas. Los jóvenes en condición de minoridad – en rigor aquellos que se ubican en la adolescencia - se encuentran signados por una mayor asimetría y sujeción institucional a la familia, la escuela, y los sistemas proteccionales, que aquellos que han alcanzado la mayoría de edad. Se ubican en la franja de quienes experimentan, una negación más marcada de su sexualidad, de su producción económica y cultural y de todo aquello que los extraiga de las posiciones asignadas de hijo, alumno o menor, en el espacio dado a la reproducción cultural. Por ello, el término “menor” está lejos de ser, meramente, un tecnicismo legal, ya que expresa procesos particulares de diferenciación social y de subjetivación. Nos encontramos, entonces, con niños, también jóvenes delineados a partir de la noción socio-jurídica de minoría de edad y una concepción adultocéntrica de la ciudadanía y el individuo moderno. Fuertemente arraigada en el positivismo jurídico y en el positivismo médico-psicológico. (Vergara, 2009, p.23)

Además, el término *menor* ha sido objeto de críticas debido a que, con el devenir del tiempo fue vinculado exclusivamente con un tipo de infancia: la infancia pobre (García Méndez, 1999; Beloff, 2004; Bustelo, 2011; Cillero Bruñol, 2011). No todos los niños se consideraron menores, sino únicamente quienes fueron alcanzados por el Patronato de la Infancia. Este sistema estatal, construido a partir del desarrollo del paradigma de la Situación Irregular<sup>10</sup>,

---

<sup>9</sup> El concepto *infancia* también es criticado debido a su connotación negativa: desde la falta. *Infancia* viene del vocablo latino *infans*: “que no habla, incapaz de hablar”. Desde sus primeros usos designa una falta, imposibilidad o incapacidad. En griego clásico no hay un sustantivo abstracto equivalente. “Es curioso que los pensadores griegos, que inventaron tantas palabras, no hayan inventado “infancia”. Para referirse a niños, las palabras más usuales son *país*, que está etimológicamente relacionada con la alimentación, “el que recibe alimento”, y *néos*, relacionado con la novedad, “el nuevo” (Kohan, 2016)

<sup>10</sup> La relación entre Estado e infancia empobrecida en el siglo pasado evidencia en su máxima expresión el ejercicio de la autoridad adulta sobre los niños. Bajo la excusa de la protección se desarrolló todo un sistema de control social sobre las familias empobrecidas y su prole. La edad y el nivel socio-económico significaron dos factores de vulnerabilidad que se unificaron en un solo sujeto, y justificaron un modelo de intervención estatal discrecional y plagado de arbitrariedades.

“Comenzó a estructurarse una percepción dicotómica del universo de la infancia, cuya esencia puede sintetizarse en la antinomia ‘niños’ (contenidos en los marcos de la familia, la escuela y muchas veces del trabajo) vs. los ‘menores’ (niños y jóvenes ‘pobres’, ‘abandonados’, ‘delincuentes’, ‘huérfanos’ y/o ‘viciosos’)” (Zapiola, 2006, p.2).

Esta idea quedó jurídicamente plasmada en nuestro país con la sanción de la Ley 10.903 de Patronato de Menores redactada por el Dr. Luis Agote que la defendió fervientemente en el Congreso de la Nación. En el debate legislativo, “(q)uienes lo auxiliaron en sus fundamentaciones no se privaron de exponer la verdad respecto de la esencia de la ley 10903: “El Estado tiene el derecho de secuestrar a los menores cuya conducta sea manifiestamente antisocial, peligrosa, antes de que cometan delitos. No hay en ello restricción de libertad civil: el menor no la tiene y sólo se trata de sustituir la patria potestad por la tutela del Estado. El niño no tiene derechos, no tiene por sí representación, no es persona según la ley. Es menor” (Demaría, V., Figueroa, J. 2006)



generó, entre las instituciones estatales y los niños, un modo de relación diferente según la clase social de pertenencia.

Esta relación jerarquizada entre mayores y menores, que fue plasmada en las normas, tuvo su reflejo en otros ámbitos como la escuela<sup>11</sup> y la familia. En esta última, el reconocimiento legal del derecho de los padres de educar a sus hijos a través del castigo físico<sup>12</sup>, constituye un extremo de esa jerarquización.

La práctica naturalizada de golpear el cuerpo del niño para corregir, educar o poner límites es una muestra más del poder discrecional de los adultos sobre los niños. En la actualidad existen normas que lo prohíben expresamente, pero continúa siendo habitual ver aún en espacios públicos, padres que gritan, zamarrean o tiran el pelo.

Estas conductas normalizadas en la sociedad, evidencian la continuidad de un doble estándar vinculado a la representación social del hijo como propiedad de sus padres: El acto de golpear a una persona, no es juzgado socialmente de la misma manera cuando ocurre entre

---

<sup>11</sup> En el Museo Pedagógico José Pedro Varela en Montevideo, Uruguay existen pequeñas estatuillas que representan las diferentes formas de castigo que los docentes podían ejecutar sobre los menores frente a la desobediencia o la dificultad en el aprendizaje como modo de disciplinamiento. Algunos eran: pegarles con una palmeta de madera en las nalgas o en las manos, ponerles un gorro con orejas de burro, colocarles una mordaza en la boca, o una lengua de trapo a las niñas charlatanas.

<sup>12</sup> Art. 278 del Código Civil velezano (texto original): Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir moderadamente a sus hijos, y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. La autoridad local debe reprimir las correcciones excesivas de los padres.

El art. 278 (modificado, en el año 1985 con la sanción de la ley 23.264): Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación, y las sanciones pertinentes, si correspondieren.

“El encorsetamiento legal *al poder de corrección* esconde el temor por el castigo corporal *desmedido*” (Herrera, Spaventa, 2009) Los términos *moderadamente* y *correcciones excesivas* dan cuenta de la tolerancia legal a los castigos físicos como forma de corrección y crianza.

El artículo 647 del Código Civil y Comercial de la Nación en la actualidad establece la prohibición de malos tratos y del castigo corporal en cualquiera de sus formas.

En el mismo sentido, la Convención Internacional de Derechos del Niño limita el ejercicio de esta autoridad, al reconocer expresamente que los niños no pueden ser objeto de maltrato por parte de sus progenitores. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 9, art. 18, art. 19).

adultes, que cuando una persona mayor lo ejecuta sobre su hijo menor de edad. Dicho de otro modo, si una persona tira del pelo o empuja a su compañera de trabajo o a una niña desconocida, deberá responder por su conducta. Si esta misma persona, realiza el mismo acto en la vía pública sobre su hijo, no recibirá el mismo reproche social.

Las críticas respecto de los abusos hacia la infancia y las normas que los permitían durante el siglo XIX y XX, fueron receptadas en la redacción de la Convención Internacional de Derechos del Niño. En su texto legal se acuñó el concepto *sujeto de derechos* en contraposición al de *menor*.

El término *sujeto de derechos*, sobre el que me explayé en el capítulo anterior, busca contrarrestar la noción del menor como objeto de posesión y proyección de sus padres. Según Mizrahi (2015), "El hijo no es propiedad del Estado, como tampoco es propiedad de los que les dieron su ser, se pertenece a sí mismo" (p. 243).

El mismo tratado internacional reconoce que la familia, tiene la función primaria de protección de los niños. No obstante, cuando no cumple con esa responsabilidad, el Estado tiene la obligación de intervenir en forma directa, para salvaguardar los derechos de los niños ante posibles violaciones, provenientes de la propia familia.

Pero, la representación del niño como sujeto de derechos es eminentemente jurídica, es un logro ético y político surgido en la gobernabilidad global. Impera sin duda en el campo jurídico legislativo y administrativo de cada país firmante de la CDN. Su propósito es generar una nueva cultura de la infancia: un patrón de relacionamiento democrático y humano entre los adultos y los niños. Por tal razón es una propuesta de comprensión del niño en el marco de una norma. Sin embargo, esta representación jurídica coexiste con otras representaciones sociales que se han reproducido en la historia occidental y convertido con el tiempo en pulsiones y saberes lógicos en la gente por medio de la crianza familiar, la educación hetero-estructurante que señala que el niño es vacío y el profesor sapiente, etc. (Bácares, 2012, p. 42)

La consideración de que los niños son sujetos de derechos, ha sido entendida como un avance en el reconocimiento de sus derechos humanos. Esto ha permitido visibilizar su individualidad en el seno del grupo familiar y reconocer los derechos que el Estado debe

garantizar en forma directa, más allá de la voluntad de sus progenitores. Por ejemplo, el derecho a una vida libre de violencias, el derecho a la salud integral, a la educación, entre otros.

En conclusión, las regulaciones legales han servido, históricamente, para legitimar diferentes construcciones sociales sobre lo que es ser niño. También, la propia norma jurídica se ha utilizado en distintas épocas, como herramienta para normalizar atropellos y abusos sobre las personas menores de edad. En las dinámicas sociales, estas ideas no se despliegan de manera lineal, ni se reemplazan de un momento a otro, sino que conviven en un sistema de vasos comunicantes entre la sociedad y la normativa legal. Como señala Coloma (2006), “se puede apreciar diversas visiones de niño que coexisten y que muchas de ellas son incongruentes y contradictorias” (p.63).

#### **b. ¿Qué es la familia para el Derecho?**

La jerarquía entre los integrantes del grupo familiar, como característica de las relaciones jurídicas derivadas del matrimonio y la filiación, se originó en el derecho romano, del que deviene buena parte de nuestro derecho civil. En el Imperio Romano, el instituto de la patria potestad, término que tuvo vigencia legal en nuestro país hasta el año 2015, hacía referencia al poder ilimitado<sup>13</sup> del pater (varón, adulto, ciudadano romano y propietario) sobre los integrantes del grupo familiar.

---

<sup>13</sup> En los inicios de Roma existió el *jus vitae necisque* que era el derecho de pater familia de decidir sobre la continuidad de la vida o la muerte del hijo recién nacido en forma discrecional y según ese nacimiento fuera útil o no a la economía familiar. Es importante considerar estas normas desde los contextos sociales adonde cumplían otras funciones: El infanticidio era una alternativa válida y socialmente aceptada como forma de control de la natalidad para determinar la cantidad de hijos en relación a las posibilidades materiales de criarlos. A la vez hay investigaciones en las que se concluye que la cantidad de niños que fallecían en los primeros años de vida debido a las condiciones de higiene y salubridad desalentaban la vinculación afectivamente de los adultos con seres que tenían pocas expectativas de supervivencia. Traigo este derecho a colación por ser el extremo del poder devenido de la patria potestad al otorgarse legalmente la facultad de decidir entre la vida y la muerte de los hijos.

En nuestro país, la patria potestad quedó regulada en el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, en la segunda mitad del siglo XIX. El Código fue el reflejo normativo, de las ideas hegemónicas de la época, sobre la distribución de roles en función del género y la jerarquización de las relaciones familiares. El padre tuvo una función principal como autoridad del grupo familiar, representante de los menores, de su esposa y de las hijas mujeres solteras. La patria potestad, estuvo regulada en función de los intereses paternos, desconociendo o al menos siendo indiferentes a los intereses de los propios hijos, como se manifiesta en la letra del originario y derogado artículo 264 del Código Civil velezano (Zannoni, 2012).

Asimismo, otras terminologías utilizadas en el derecho de familia, dan cuenta del hecho de que los hijos fueron tomados como objetos de pertenencia de los adultos: Los términos *tenencia, guarda o depósito*, encierran conceptos propios de los derechos sobre las cosas, derechos reales. Sin embargo, se utilizaron en el ámbito de los derechos personales, únicamente para definir algunas relaciones entre las personas adultas y las personas menores de edad. “El uso de esta terminología evidencia cómo era pensado y regulado el vínculo que debía existir entre progenitores e hijos hacia adentro del ámbito familiar” (Mizrahi, 2015, p.364).

Por su parte, el nacimiento de la familia nuclear se originó, entre otras cosas, como consecuencia de los cambios en el modelo de producción que se inició con la Revolución Industrial. Entre otras modificaciones, empezó a distinguirse la casa (unidad familiar o de consumo) y el trabajo (unidad de producción).

Nació así la familia nuclear, cuya diferenciación respecto de la familia medieval radicaba no tanto en el número de sus integrantes sino más bien en un aspecto intersubjetivo caracterizado como un sentido especial de pertenencia que separa la unidad doméstica de la comunidad que la rodea. Sus miembros se sentían partícipes de un clima emocional que debía protegerse de la intrusión ajena, por medio de la privacidad y el asilamiento (...) la mutación de la familia desde una unidad de trabajo hacia una unidad asalariada donde la individuación de las tareas laborales y las aspiraciones personales frustraron los mecanismos de solidaridad y cooperación. (Herrera, 2006, p.59).

Picontó (1996) avanza en el análisis y sostiene que el surgimiento de la familia nuclear, no es un efecto casual del cambio del modelo de producción. Sino que su origen, está

intrínsecamente ligado al establecimiento del sistema económico, propio de la Revolución Industrial, que requirió para su consolidación, de este tipo específico de estructura familiar.

Una vez que estas personas se incorporen en fábricas e industrias: “Las vigilarémos de cerca”. Para ello es preciso dividir las en familias nucleares, rompiendo de esta forma su cohesión social y sus distintas culturas tribales, para que el producto sea un tipo “estándar” de familia, a la que va a seguir de cerca la acción conjunta de jueces, policías, médicos, psiquiatras, asistentes y sociedades filantrópicas. Los términos orientativos van a ser también dos: intervención directa en familias que descuidan a sus hijos y que no han interiorizado las reglas morales y económicas; reforzamiento de la autonomía de la familia receptiva a la normalización y moralización. Pero la familia no sólo va a ser objeto de intervención, sino que es ella misma la que va a actuar operando como un auténtico mecanismo, que funciona reproduciendo el orden social, basado en el desnivel existente entre la familia pobre y la familia burguesa. Entre la impotencia de la primera y el desarrollo de la segunda, se alienta la promoción de las características de la burguesa, significadas por su proyección sobre la vida familiar. De esta forma el control social se apoya también sobre el deseo de prosperar y de bienestar que tiene la familia popular. (p.44)

Esta nuclearización del grupo familiar, tuvo como efecto un debilitamiento de los vínculos de parentesco, que funcionaban como red para las tareas de cuidado y sostén comunitario. De este modo, la responsabilidad sobre la crianza de las personas menores de edad, que antes era compartida por la comunidad, quedó únicamente en cabeza de los progenitores, específicamente de las madres.

La idea de una familia restringida a las funciones mínimas se articulaba perfectamente con un discurso triunfalista del Estado, sustitutivo de la autoridad del padre, y que tornaba a su cargo las funciones de la familia preocupándose de la socialización de sus jóvenes ciudadanos mediante una política de educación y haciéndose cargo de los más ancianos a través de una política de pensiones. En el discurso de la sociedad moderna, el parentesco parece que no tiene, pues, ningún papel que desempeñar. Se le sustituye en sus funciones sociales y no tiene otro recurso que pertenecer al dominio de lo privado. Sus funciones sociales disminuyen al mismo tiempo que aumentan sus funciones de tipo personal. Respecto de lo público, tiene como máximo funciones subsidiarias y de apoyo en la reproducción social, identificándose la intimidad personal con la vida familiar. (Bestard, 1998, p.33)

La familia nuclear, mantuvo entre sus integrantes, el modelo patriarcal jerarquizado que ya existía en el derecho romano. El varón adulto retuvo su poderío como jefe de familia, ordenador de la conducta del resto, distribuidor de las tareas y los recursos, dueño. Sus órdenes debían ser acatadas sin cuestionamiento ni posibilidad de negociación o explicación alguna (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015).

Las primeras reglamentaciones civiles sobre la familia, legalizaron el poderío masculino sobre los demás miembros. Pero, con el correr del tiempo ese poder paterno se fue limitando, como resultado de un lento proceso de intervención social por parte del Estado. “La interferencia del Estado en el poder del padre en la vida familiar, fue un proceso gradual pero continuo, selectivo y conflictivo” (Nari, 2004, p.65).

El aumento de la interferencia estatal en la vida privada desde el siglo XIX en adelante, podría mirarse como una expresión más del pasaje de la familia-institución a la familia-función. Con el transcurso del tiempo, la familia se fue transformando para constituirse más bien en un mecanismo social cuya finalidad es el desarrollo individual de sus integrantes, hubo un pasaje de un gobierno de las familias a un gobierno a través de la familia (Donzelot, 2008). Es decir, la familia va relegando su carácter grupal –institucional-, para identificarse más como un medio destinado a la realización personal y también, al disciplinamiento social de cada individuo.

Entonces, ¿la familia es un agente de reproducción del orden establecido? La fórmula convendría para el Antiguo Régimen, donde la familia disponía de favores y obligaciones precisamente en función de su rango en la sociedad, y donde estaba marcada por su localización directa en los bloques de dependencia y las redes de solidaridad. La exclusión de la familia del campo sociopolítico y la posibilidad de anclar en ella los mecanismos de integración social no son producto de un encuentro fortuito entre el imperativo capitalista de mantenimiento de la propiedad privada y una estructura consagrada a la producción de sujeción por el complejo de Edipo, o lo que fuera, sino el resultado estratégico de una serie de intervenciones que *ponen en juego* la instancia familiar pero no se fundan en ella. En este sentido, la familia moderna no es tanto una institución como un mecanismo. Ese mecanismo funciona por la disparidad de las figuras familiares (bipolaridad popular y burguesa), por las desnivelaciones entre el interés individual y el interés familiar. La fuerza de ese mecanismo reside en una *arquitectónica social* cuyo principio consiste en acoplar siempre una intervención externa a conflictos o diferencias de potencial en el interior de la familia. (Donzelot, 2008, p.93)

De esta manera, la función que asumió la familia nuclear en Occidente, orientada al desarrollo de sus integrantes, constituye “una expresión más de la individuación de los sujetos, que privilegia la existencia de un ámbito restringido y privado para el goce más exclusivo de las relaciones interpersonales cercanas” (Wainerman, 1994, p.207). Esto despertó nuevas tensiones en las dinámicas interpersonales entre sus integrantes hacia el interior del grupo familiar, pues éste:

ya no constituye un objetivo para sus miembros a través de las estrategias de alianzas o la gestión de las filiaciones, sino un medio para cada uno de ellos en la perspectiva de su propio desarrollo, pues cada cual puede hacer valer el déficit de su desarrollo e imputárselo a la familia con la condición de que se apoye en un juez, en un trabajador social o en un terapeuta que lo ayude a identificar el origen de su malestar en las fallas de su familia pasada o presente, y a liberarse de él de una manera u otra. (Donzelot, 2008, p.10)

Grosman (1994), vincula los derechos de los niños en el ámbito familiar, con este pasaje de institución a función. A su vez, expresa la tensión que surge entre la pertenencia al grupo y la individuación de sus integrantes. Asocia esto último, a las características del modelo económico dominante en la sociedad actual.

No se puede hablar de los derechos del niño en la familia sin engarzarlos en la trayectoria de nuestro derecho de familia, que va desde el modelo autocrático fundado en la autoridad omnímoda del esposo y padre hasta el sistema actual que alumbra un funcionamiento democrático, aún no cristalizado. Es con esta nueva racionalidad que pueden leerse las normas que convierten al niño en un sujeto de su propio devenir (...) Del modelo de “matrimonio-institución” basado en la idea de preservación y transmisión del patrimonio y donde los intereses de los componentes de la familia se hallaban subordinados al interés social por las funciones instrumentales que cumplía la unidad familiar, se ha pasado a un orden privado fundado en la libre elección y en el amor, como factores de legitimación. Es el llamado “matrimonio-función” donde la aspiración de unidad se abraza con el ideal individualista, propio de una sociedad de mercado. La unidad de la familia es exaltada y, simultáneamente, se concede a sus integrantes la libertad para diferenciarse. La ley y la justicia se preocupan por resguardar a la familia como un todo, a través de la noción del “interés familiar” y al mismo tiempo es defendida la autonomía de sus componentes. La intención es conjugar un “nosotros”, que representa la pertenencia grupal, con el “yo”, que simboliza el desarrollo personal. (p.75)

No obstante, se sucedieron argumentos biologicistas que ubicaron a la familia nuclear como institución natural y fundamental en la sociedad. La Dra. Méndez Costa (2008) en su *Tratado de Derecho de Familia*, lleva a cabo un análisis exhaustivo de distintas definiciones de familia desarrolladas por expertos en la materia. En su obra, cita las conceptualizaciones de varios autores como Díaz de Guijarro, (1953); López del Carril, (1984), Mazzinghi, (1971), y Lafaille, (1930); todos se basaban en el orden natural de esta forma de agrupamiento social (p.22).

Esta representación social arraigada de la familia nuclear como una estructura natural, dificultó aún más el cuestionamiento de la estructura jerárquica inherente a la patria potestad y al papel subordinado que los niños han ocupado en el ámbito familiar, como he detallado hasta ahora.

Por otra parte, el instituto de la patria potestad, con un jefe con poder para dirigir y organizar a sus integrantes en función de los intereses del grupo, estuvo sostenido en la noción de la familia-institución. De allí se fue modificando hacia el concepto actual de responsabilidad familiar, más asociado a la familia-función.

Actualmente la responsabilidad parental se entiende como un vínculo jurídico que regula el deber de los padres de proteger, asistir y acompañar a los hijos hacia su desarrollo individual, respetando su autonomía personal.

El cambio terminológico de *patria potestad* a *responsabilidad parental*, receptado en el Código Civil y Comercial vigente a partir del año 2015, se vincula también con este traspaso de institución a función, y “ostenta un gran valor interpretativo y axiológico que la ley exprese nítidamente: la responsabilidad parental es un conjunto de deberes y derechos, y no un poder sobre los hijos comprensivo de deberes y derechos” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2019, p.17).

Todo este proceso de reconfiguración de las relaciones hacia el interior de la familia tradicional ha sido denominado como *democratización de la familia*. Es, a su vez, el resultado de una larga lucha por el reconocimiento de los derechos humanos de cada persona, en especial de las mujeres y los niños, en todos los ámbitos en que se desarrollen, incluido el familiar.

Estos procesos señalan, tal y como entiende Jelin (1994), la constante transformación y adaptación de la familia, a los cambios sociales y culturales. Lo que ha llevado a sostener la idea de la extinción de la familia como institución.

En los textos teóricos clásicos, las cosas estaban más claras. A partir de un sustrato biológico ligado a la sexualidad y la procreación, se concebía a la familia como una institución social que regula canaliza y confiere significado social y cultural a estas dos necesidades. Incluía también la convivencia cotidiana, expresada en la idea del hogar y del techo: una economía compartida, una domesticidad colectiva, un sustento cotidiano (...) vivimos en un mundo en que las tres dimensiones que conforman la definición clásica de familia (la sexualidad, la procreación y la convivencia) han sufrido enormes transformaciones y han evolucionado en forma divergente, con lo cual comenzamos a dudar acerca de qué estamos hablando cuando hablamos de familia. De ahí surge la imagen, convertida ya en un lugar común, de que la familia está en crisis (p.24).



Sin embargo, se observan actualmente dispositivos sociales que evidencian la importancia que aún hoy conserva esta forma de organización social. Por ejemplo, el avance científico en materia de procreación, el aumento de la regulación legal de las relaciones familiares y la protección jurídica hacia nuevas formas de ser familia, más allá del matrimonio heterosexual. Lejos de estar en vías de extinción, la familia está en constante cambio y adecuación.

La famosa crisis de la familia por su liberación ya no constituiría un fenómeno intrínsecamente contrario al orden social actual, sino más bien una condición de posibilidad de su emergencia. Ni destruida ni piadosamente conservada, la familia es una instancia cuya heterogeneidad respecto de las exigencias sociales puede ser reducida o funcionalizada por el establecimiento de un procedimiento de puesta en flotación de las normas sociales y de los valores familiares. (Donzelot, 2008, p.17)

La aceptación de nuevas configuraciones familiares, trajo aparejada la dificultad de hallar elementos comunes, que permitan unificar a las diferentes expresiones familiares, dentro de un único concepto.

Para esta investigación, en la que analizaré específicamente un tipo de conflicto familiar que acontece cuando los padres de hijos en común no conviven, tomaré el concepto de *familia de interacción* que, desarrolla Wainerman (1994): “grupo social relacionado por vínculos de parentesco y obligaciones recíprocas, que residen en viviendas diversas, y que incluye, por lo tanto, varias familias de residencia, hogares, o unidades o grupos domésticos” (p.185).

A partir de lo expuesto, considero que el reconocimiento legal de nuevas formas de familia evidencia que esta estructura social está lejos de extinguirse. No obstante, es claro que los cambios en las dinámicas familiares también acarrearán conflictos cada vez más complejos, que requieren atención por parte del Estado.

Las nuevas tensiones, se presentan frente a la responsabilidad compartida de la crianza de los hijos, la redistribución de las tareas de cuidado en función del género. También influye en la complejización de los conflictos familiares, la función familiar orientada al desarrollo individual de cada integrante, el reconocimiento de los derechos de los niños, entre otros. Todo

ello, conforma un conglomerado de elementos que da lugar a nuevos y diferentes problemas que llegan a la Justicia y para los que no existen respuestas unívocas.

### **c. La Justicia de familia**

La relación entre el poder judicial y la familia moderna no es reciente, sino que nació con la constitución misma de los Estados Modernos. A partir del siglo XIX la familia no es ajena a la instauración de un tipo de sociedad calificada como disciplinaria (Foucault, 1996) sino que, por el contrario, participa de la gran maquinaria de control, proyectando el poder de vigilancia y corrección desde el padre hacia cada uno del resto de los integrantes del grupo familiar (Picontó, 1996; Donzelot, 2008). De esta manera, la intervención estatal se dirigió inicialmente a colaborar con el jefe de familia para el disciplinamiento y la normalización de los integrantes que no se ajustaban a las órdenes del jefe de familia, el varón adulto, marido y padre.

Desde el siglo XIX podemos encontrar una fuerte tradición entre las elites letradas: la lectura de los “desórdenes” familiares de las clases populares como indicios de gérmenes de “desórdenes” más amplios, sociales y morales. Naturalizada una forma de familia específica, (nuclear y jerárquica sexualmente) las unidades domésticas más complejas y conflictivas generaron inquietudes y deseos de control social. Estas inquietudes habían encontrado eco entre las “cuestiones de Estado”. (Nari, 2004, p.62)

Sin embargo, esta colaboración inicial entre el Estado y el padre, para mantener el orden dentro del grupo familiar<sup>14</sup>, se fue trasladando hacia un sistema con mayor injerencia estatal que restringía el poder paterno. Especialmente en las familias que no se ajustaban a los estándares de normalidad y moralidad.

Las contradicciones que este tipo de Estado comporta se producen también con respecto del ámbito objeto de nuestro estudio, esto es, el de la familia y sus hijos. En esa esfera el Estado aparece, al mismo tiempo como garantizador y recortador de la libertad. Ya que paulatinamente ha ido aumentando las intervenciones restructuradoras en la vida familiar como contraprestación a la tutela de los derechos de sus hijos. Ello supone que el Estado ha tenido que legitimar históricamente su progresiva intervención y recorte de los derechos intangibles del pater familias con el escudo de la protección de sus hijos. (Picontó, 1996, p.77)

El Estado Moderno, como hemos visto hasta ahora, se introdujo en la vida familiar en varias direcciones: Formalizó la educación de los niños a través de la creación de escuelas; reguló la

---

<sup>14</sup> Una de las formas de colaboración fue en Francia, la utilización de las *lettres de cachet* (Foucault, 2002)

familia nuclear matrimonial como institución de la sociedad; e intervino en forma directa sobre las familias desde el Poder Judicial a partir de sus diferentes competencias, especialmente la competencia tutelar del Juez de Menores.

En términos educativos, como resultado de la intervención estatal, la institución escolar formó parte del desplazamiento desde el ámbito privado al ámbito público de determinadas acciones orientadas a la formación de los niños (Castilla, 2011).

En lo referente a la legislación, en Argentina, el Código Civil de Vélez Sarsfield otorgó legalidad a un único modelo de familia “caracterizado por un matrimonio monógamo, heterosexual, fundado en el amor romántico, con una disminución del número de hijos y una división de roles en el seno de la pareja que triunfó, como ideal, en el Occidente industrializado” (Daich, 2009, p.15).

La interacción entre el Poder Judicial y la familia, ha sido dispar y muy variada. La clase social y la posición económica de cada familia determinó el modo de esta intervención judicial. Para las familias pobres, se dispuso el andamiaje tutelar por el que las fuerzas estatales y la filantropía trabajaron de manera conjunta, limitando el poder derivado de la patria potestad y asumiendo supuestamente las funciones de protección de los menores.

El Poder Judicial se encargó principalmente de la vigilancia y el control sobre estas familias, apoyado por legislaciones que le otorgaron esa facultad<sup>15</sup>. Varios autores, como Picotó, (1996); Donzelot, (2008); Daich (2009) y Llobet, (2013) afirman que hubo una transferencia del poder patriarcal, ejercido por el jefe de la familia hacia el Estado Moderno, sobre todo a través de sus agencias tutelares.

Ya Donzelot había sugerido que la "liberalización" de la familia es paradójica puesto que mientras más son proclamados los derechos del niño y de las mujeres, más se estrecha alrededor

---

<sup>15</sup> La ley 10903 del Patronato de la Infancia otorgó al juez de menores facultades amplísimas y discrecionales que le habilitaban para decidir medidas de internación de menores por tiempo indeterminado y sin tener en cuenta las garantías constitucionales mínimas como el respeto al debido proceso, por ejemplo.

de las familias, en especial las pobres, el cerco de un poder tutelar, de forma tal que el patriarcado familiar es dejado de lado al precio de un patriarcado de Estado. La mayor tutela de los derechos de los individuos puede que haya tenido efectos contradictorios. (Daich, 2009, p.55)

La familia burguesa corrió otra suerte, los conflictos familiares se asumieron como temas del ámbito privado y su conocimiento público constituía una vergüenza, una deshonra. Por eso, las escasas situaciones que llegaban a la Justicia (por ejemplo, la separación personal de los cónyuges) recibieron el tratamiento general que se daba a los procesos civil, como un conflicto de intereses entre dos partes privadas que están en igualdad de condiciones para litigar, en un proceso con características propiamente pleitales. En este tipo de procesos, el rol del juez quedaba limitado a ser el decisor entre las peticiones de las dos partes.

En este escenario, recién a finales del siglo XX, apareció el derecho de familia como una rama especial dentro del derecho y el fuero judicial de familia con particularidades que lo diferencian de otros fueros.

Entre las modificaciones que han surgido en la regulación legal de la vida familiar se encuentran: la constitucionalización del derecho de familia, la mayor participación de otras disciplinas en estos conflictos judiciales, el rol de la Justicia de Familia como una justicia de acompañamiento, y el aumento de la juridización de las relaciones familiares.

La constitucionalización del derecho de familia, constituyó una nueva perspectiva que superó los ámbitos normativos cerrados del derecho público, por un lado, y el derecho privado por otro. Es decir, comenzó un diálogo entre las normas constitucionales, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las normas propias del derecho civil. Este desarrollo, tuvo un gran efecto en el ámbito de las relaciones familiares reguladas legalmente, donde los derechos humanos impactaron directamente (Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2006).

Otro de los aspectos a tener en cuenta en la Justicia de Familia, es la articulación entre el discurso jurídico y otras disciplinas, como la psicología, el trabajo social, la medicina, etc. Las

problemáticas que se presentan en los estrados judiciales responden, sobre todo, a cuestiones personales y privadas de la vida de cada ser humano. En el proceso que se genera con la judicialización de un conflicto familiar, se manifiestan aspectos personales e íntimos de cada integrante del grupo.

Las personas acuden a la Justicia atravesadas por emociones, moralidades, mandatos, inquietudes, cuestionamientos personales que son temas de estudio e intervención profesional de otras disciplinas, como por ejemplo la psicología. “Es posible que, en el campo de la administración de justicia para las familias, el derecho esté cambiando la forma en que ejercita su poder, volviéndose más parecido a las ciencias humanas, incorporando sus vocabularios y categorías y extendiendo su poder hasta incluir estas nuevas tecnologías.” (Daich, 2004, p.21).

Existen, a su vez, otros aspectos en este tipo de conflicto judicial, como el hecho de que los efectos de las resoluciones judiciales afectarán a todos los integrantes del grupo familiar y no únicamente a las partes del litigio; hijos en común, hijos de cada progenitor, xadres afines, etc.

A su vez, la resolución, a diferencia de otros procesos judiciales, no tendrá un único efecto como puede ser ordenar un pago en moneda de curso legal, sino que se prolongará en el tiempo, hasta la mayoría de edad de los hijos. Esto exigirá cierta continuidad en el tiempo de la comunicación entre las partes en conflicto. La sentencia judicial podrá contribuir o no en estos aspectos. Todas estas características influyen en el desarrollo de alternativas menos ortodoxas, más alejada de lo pleital y más cercanas a la conciliación como método de resolución.

El juez de familia debe, entonces, pensarse como director del proceso, no solo como tercero imparcial frente a las pretensiones de cada parte, sobre todo si tenemos en cuenta que, en las acciones de familia a menudo existe un desequilibrio entre los posicionamientos de las partes y corresponde a quien lleve el curso del juicio asegurar la completa igualdad entre ellas. (Raffo, 2014, p. 58)

Por último, la publicización del proceso de familia (kielmanovich, 1998), se puede vincular con el aumento de la juridización de las relaciones interpersonales y su impacto en las

relaciones familiares. Arcidiácono y Gamallo (2021) relacionan este fenómeno, con el proceso de constitucionalización del derecho privado que he mencionado en este punto.

La intervención del Poder Judicial se presenta como un resultado de la creciente “juridización” de las relaciones sociales (O’Donnell, 2008), es decir, de la formalización legal de cuestiones que se encontraban reguladas de manera autónoma o informal, producto entre otras cosas de reformas constitucionales que ampliaron el catálogo de derechos y las garantías de protección, y le otorgaron un rango constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos. (p. 6)

De esta manera el campo jurídico captura cuestiones que antes quedaban reservadas a otros ámbitos de la sociedad. Así, el Poder Judicial interviene cada vez más en conflictos personales, expande sus límites por sobre otras formas de abordaje. El Derecho aumenta su poder por sobre otras disciplinas, que se ven constantemente intervenidas en su labor por los efectos de la judicialización de los conflictos, en este caso, de los conflictos familiares.

Esto podría vincularse con lo señalado por Piconó (1996), en cuanto a que la protección de los derechos de la niñez por el Estado, justifica la intervención de éste en las relaciones familiares. Esa intromisión sobre espacios espontáneos de la sociedad, podría generar efectos contrarios a los que busca. En vez de lograr un aumento de la responsabilidad familiar, terminaría por generar una mayor dependencia institucional.

En consecuencia, la creciente juridización de las relaciones sociales se ve reflejada en un aumento de la judicialización de los conflictos familiares. Estos últimos, como he expresado hasta ahora, tienen una complejidad particular asociada a otros procesos sociales como la democratización de la vida familiar, la individuación de sus miembros y el surgimiento de nuevas configuraciones familiares.

Así pues, con cada vez más dimensiones de la vida social y familiar reguladas jurídicamente, son cada vez más las causas presentadas en los fueros judiciales. Casos que concentran diversas conflictividades y, a priori, sugieren prácticas familiares que se alejan del modelo de familia nuclear producido por el Occidente moderno. (Daich, 2009, p.16)

En resumen, el Fuero Judicial con competencia en Familia, se configura dentro de la amplia gama de instituciones, adoptando las características propias de las agencias públicas que

forman parte de la burocracia estatal (O'Donnell, 2008). Actúa primordialmente en la resolución de conflictos familiares, de manera oficiosa o a petición de las personas que acuden voluntariamente. Con todo lo antedicho, se puede concluir que los tribunales de familia en la actualidad, detentan facultades para organizar, orientar, acompañar, normalizar y controlar el comportamiento de los individuos en ese ámbito privado.

En Mendoza particularmente, este fuero nació con la sanción de la ley 6354 en el año 1995, que reestructuró la competencia de los antiguos Juzgados de Menores. Esta normativa creó los Juzgados de Familia por un lado y Juzgados Penales de Menores por otro, de acuerdo a los postulados de la Convención Internacional de Derechos del Niño. El Fuero de Familia mantuvo la competencia tutelar y absorbió todas las temáticas vinculadas a la vida familiar que, hasta ese momento, se dirimían en la Justicia Civil; por ejemplo, los divorcios.

Por último, cabe resaltar que en el año 1995 se crearon 5 Juzgados de Familia para la primera circunscripción judicial, actualmente existen 15 Juzgados de Familia para la misma circunscripción. En poco más de 20 años se ha triplicado la cantidad de jueces para la atención de esta materia.

En el proceso judicial que se inicia en estos casos, participan institucionalmente el Ministerio Público de la Defensa a través de los Asesores de Menores, y en algunos casos, el Cuerpo de Codefensores de Familia integrado por abogados que patrocinan a personas que no cuentan con abogado particular.

Además, en los procesos judiciales por cuidado personal también pueden intervenir, los siguientes organismos:

- Cuerpo de Mediadores, que atiende la etapa pre-judicial orientada a lograr que las partes arriben a un acuerdo y se evite el pleito judicial.

- Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, compuesto por profesionales de diversas disciplinas, que tienen la función de realizar las pericias que servirán como material probatorio.
- Equipo de Intervención Social, integrado por trabajadores sociales que acompañan los procesos de revinculación entre los niños y alguno de sus padres.
- Cámara de Familia: Es el Tribunal de alzada, integrado por tres jueces, revisa las resoluciones de primera instancia que son recurridas por alguna de las partes.

Como conclusión de este capítulo, considero que la infancia, la familia y la Justicia conforman una triada en constante tensión, en la que los nexos entre estos tres elementos se tornan cada vez más complejos y multifactoriales, debido a la multiplicidad de variables en juego.

El lugar del niño en el ámbito legal, la transición de la noción de familia como institución a la de familia como función y la individuación de los sujetos, son solo algunas de las transformaciones sociales que contribuyen a estas tensiones. A esto se suma, la democratización de la vida familiar, el reconocimiento de nuevas formas de configuración del grupo y la constitucionalización del derecho de familia, como fenómenos un poco más recientes en esta temática.

Por otra parte, la Justicia de Familia, como agencia estatal involucrada en la resolución de conflictos familiares, ha adquirido un rol cada vez más relevante, impulsada también por la creciente juridización de las relaciones sociales. Como afirma González (2018), “el derecho en un contexto social determinado, no solo es un sistema normativo, sino también un discurso social y un proceso que construye y reproduce significaciones sociales a través de actores sociales legitimados que forman opinión” (p.108). Por eso, la interferencia del Estado que ha aumentado su intensidad a lo largo de la historia, plantea nuevos desafíos en la materia.



### **Capítulo 3: Marco normativo**

El marco normativo, sobre el que se asienta la presente investigación, está conformado por las leyes de carácter internacional, nacional y provincial que se aplican a los conflictos familiares en estudio.

En el capítulo anterior, analicé de qué manera la regulación legal de algunos institutos del derecho de familia han contribuido, a través del tiempo, a normalizar una determinada forma de relación entre los niños y sus padres. De este modo, durante el siglo XX se naturalizó un único formato de familia y un modo jerarquizado de relación entre padres e hijos.

En el presente capítulo, avanzaré sobre las normas jurídicas vigentes que se aplican en la relación filiatoria en nuestros días, en especial el derecho del niño a ser oído consagrado en la Convención. Este análisis permitirá luego, en función del segundo objetivo específico, contrastar el derecho actual, con las prácticas y dispositivos que se ejecutan en la Justicia de Familia de Mendoza, en este tipo de conflicto.

Comenzaré la exploración desde las normas generales de carácter internacional para terminar, haciendo referencia a las normas provinciales que regulan el proceso judicial en el Fuero de Familia. Este recorrido no es casual, sino que está vinculado al desarrollo cronológico de las regulaciones y al impacto trascendental que ha tenido la Convención Internacional de Derechos del Niño, en nuestro derecho nacional. La legislación relacionada a la protección de la infancia<sup>16</sup> y al derecho de familia, se ha modificado lentamente desde la incorporación de este Tratado Internacional, como parte del plexo constitucional de derechos humanos.

#### **a. Convención Internacional de Derechos del Niño**

---

<sup>16</sup> Con la salvedad de la ley 22278 sobre Régimen Penal de la Minoridad firmada 1980 durante la Dictadura cívico-militar. Esta normativa permanece vigente y mantiene en su articulado resabios del viejo sistema tutelar.

La Convención Internacional de Derechos del Niño, constituye uno de los instrumentos jurídicos internacionales más importantes del siglo XX<sup>17</sup>. Se considera la máxima expresión del reconocimiento de los derechos de le niño como derechos humanos (Cillero Bruñol, 2007). García Méndez se refiere a ella como “la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos” (García Méndez, 1999, p.38).

En términos generales, los juristas especialistas en la materia, García Méndez (1999), Bustelo (2011), Beloff (2004), Morlachetti, (1998), incluso quienes la critican como se detallará en el siguiente punto, reconocen su valor y el impacto que ha tenido en la construcción de una ciudadanía de las infancias.

La Convención integra el corpus iuris de derechos humanos desarrollado desde la comunidad internacional, a través de la firma diferentes Tratados de Derechos Humanos<sup>18</sup> durante la segunda mitad del siglo XX. Estos instrumentos jurídicos son entonces, fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y también, de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adulte.

Así, los setenta fueron testigos de la puesta en marcha de un sin número de actividades e iniciativas enfocadas a movilizar opiniones y presionar políticamente a los Estados para que se comprometieran a hacer reales los derechos de ciudadanía en muchos sectores o grupos poblacionales. Para ello, la estrategia adoptada por Naciones Unidas consistió en evidenciar la carencia y la marginalidad política de millones de personas, pues con todo y la existencia de los derechos humanos como categoría ontológica, estos no lograban ser respetados y valorados por el racismo, la homofobia, el machismo, el adultocentrismo, etc. Por lo tanto, la internacionalización de los derechos humanos lo que vino a hacer fue repactar, reconsensar, o repensar la doctrina de las tres generaciones para aquellos que a pesar de su humanidad seguían siendo desvalorados y puestos obligatoriamente a existir en relaciones de dominación. (Bácares, 2011, p.64)

---

<sup>17</sup> Aunque no fue el único instrumento internacional de reconocimiento de derechos de les niños: En 1924 la Liga de las Naciones adoptó la Declaración de Génova de los Derechos del Niño y en 1959, Naciones Unidas firmó la Declaración de los Derechos del Niño. Esto da cuenta de que la preocupación por la infancia fue un tema que creció en varias esferas, incluida la del derecho internacional, durante todo el siglo XX.

<sup>18</sup> Otros tratados internacionales firmados al calor de estas ideas y ratificados por nuestro país son: La Convención Internacional sobre Todas las Formas de Discriminación Racial (1967), Convención para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (1981), Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (1984), entre otros.

Bustelo (2011), destaca la importancia que ha tenido el reconocimiento de los derechos humanos de las minorías que históricamente estuvieron subordinadas, contrastando esta situación con el statu quo previo en el que se encontraban los integrantes de esos grupos sociales. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos aparecen como resultado de un estado de cosas anterior en el que la discriminación hacia esos grupos es lo impuesto como normal, y se encuentra justificado en leyes, prácticas y acciones discriminatorias aún por parte del propio Estado.

Los niños gozan de todos los derechos por su condición de seres humanos y además de un conjunto de derechos particulares, de un plus de protección, por su singularidad en tanto personas menores de edad. El reconocimiento de sus derechos funciona como piso y horizonte simultáneamente. Como piso, en razón de que ninguna ley, política o acción puede estar por debajo, ni ser contraria a los derechos reconocidos en la Convención. Y como horizonte, debido a que los Tratados nacen con el objetivo de equiparar, desde ese momento y para el futuro, el ejercicio de los derechos allí donde hasta ese entonces, existían inequidades sociales y culturales normalizadas.

Para compensar adecuadamente esas inequidades que se encuentran naturalizadas a nivel simbólico, normativo, institucional y subjetivo (Scott, 1985), resulta necesario contar con un contenido común, que funcione como base jurídica compartida por la mayor cantidad posible de seres humanos.

Los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas necesidades que son potencialidades de desarrollo de los individuos, de los grupos, de los pueblos. El contenido normativo de los derechos humanos entendido en esta concepción histórico-social, por tanto, excede cada vez a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea el principio de la dignidad humana". (Baratta, 2007, p.17)

La Convención se inserta en este proceso internacional de búsqueda de consensos por todos los Estados sobre los derechos que deben reconocerse a todos los seres humanos más allá de

su nacionalidad. El principal impacto que tuvo en nuestro país la Convención fue, al menos en términos formales, el quiebre con el paradigma de la Situación Irregular, materializado a través del Patronato de la Infancia, mediante leyes e instituciones a cargo de su ejecución.

Si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad en la cultura y prácticas de la "protección" (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado. Esta objetivación (entendida como la tendencia opuesta a la discrecionalidad), que se expresa no sólo por un nuevo tipo de derecho, sino también por un nuevo tipo de institucionalidad, así como por novedosos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, transforma sustancialmente el sentido del trabajo de los especialistas "tradicionales"; desde los juristas hasta los pedagogos, para abarcar toda la variada gama de estos operadores sociales. (García Méndez, 1999, p.30)

Sin embargo, subsisten a nivel simbólico, normativo e institucional, como analicé en el capítulo 1, representaciones de infancia con características propias del paradigma anterior. De este modo, muchas prácticas que operan desde los sistemas de protección y que exceden el análisis de este trabajo, continúan ejecutándose desde una lógica vertical y jerarquizada sobre los niños, vulnerando los derechos reconocidos en la Convención.

El derecho es una forma de regulación de lo que es, en la realidad social, contingente, es decir de lo que puede ser o no, dependiendo no de la naturaleza sino de las acciones y de las actitudes de las personas. Pero a su vez las acciones y las actitudes de las personas dependen de los grupos a los cuales pertenecen, del lenguaje y la cultura que utilicen y, en último término, de la estructura de las relaciones de poder y de propiedad entre grupos y naciones en lo que concierne a la forma de producción y de distribución de los recursos, en una determinada sociedad y en el mundo. (Baratta, 2007, p.18)

Como sucede en otros ámbitos, el reconocimiento convencional de los derechos humanos es sólo una de las variables en juego para el logro de su efectivización. Además de ello, intervienen otros factores fundamentales, tales como los sistemas de producción económica, las políticas públicas, los medios de comunicación, la burocracia institucional, entre otros. A su vez, la reproducción de prácticas institucionalizadas, los recursos económicos y humanos con que se cuenta, los mandatos y valores de las personas que ejercen la función estatal, influyen en el cumplimiento de las garantías convencionales.

## **Mirada crítica sobre la Convención Internacional de Derechos del Niño**

La Convención nació como resultado de negociaciones entre diferentes actores políticos, sociales y gubernamentales, que bregaron por imponer sus intereses o ideas. Esas tensiones provocaron que su redacción se debatiera durante diez años, entre marchas y contramarchas.

El campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la lucha por el derecho, tanto en el sentido de la formulación de leyes como en el sentido de la efectivización del estatus de existencia de las ya formuladas es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar los nombres que ya se encuentran en uso y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas, las palabras de la ley. (Segato, 2010, p.1)

En forma mayoritaria los juristas han interpretado esta norma como un hito que simboliza el paso del paradigma de la situación irregular, hacia la protección integral de los derechos de los niños. Aún desde esta consideración podemos analizar críticamente algunos aspectos tales como: la mirada biologicista y evolucionista por sobre el análisis de los sistemas de dominación; la noción de sujeto de derechos como categoría ahistórica y descontextualizada de los procesos históricos de cada país y la nula participación de los niños y jóvenes en su redacción, entre otros.

El argumento biologicista, sobre el que me explayé en el capítulo 1, caracteriza la minoría de edad como un estado natural de indefensión y vulnerabilidad. Esta línea de pensamiento permite estructurar y justificar una forma de relación jerárquica y verticalizada, en la que los adultos son quienes protegen y los niños, sujetos pasivos de esa protección.

Desde el preámbulo, la Convención está inspirada en esta idea y mantiene una imagen evolutiva de los niños, similar a la desarrollada a partir del siglo XIX. Del texto se desprende que la relación entre niños y adultos se basa en la asistencia y protección que requieren los primeros, debido a su dependencia y desprotección natural.

Sólo algunos textos interpretativos de la Convención han avanzado, señalando de forma más explícita, el hecho de que la necesidad de mayor protección hacia la infancia deviene de

las condiciones materiales de desigualdad, provenientes de los sistemas sociales hegemónicos.

Por ejemplo, la Opinión Consultiva n° 17 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos refiere:

97. A este respecto, conviene recordar que la Corte señaló en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal cuando abordó esta materia desde una perspectiva general que, para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. *\*La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses\**. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)

Sin embargo, en el mismo texto legal, el Dr. García Ramírez en su voto concurrente y razonado, retoma el argumento de la necesidad de una mayor protección a sus derechos en razón de la condición de natural vulnerabilidad de la infancia:

8. Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia –irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito–, *\*vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación\**; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen –en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones– de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, ope legis, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo. (García Ramírez, voto concurrente, Opinión Consultiva n° 17, CIDH, 2002)

Este análisis da cuenta de que, aún en la actualidad, los textos legales posteriores a la Convención mantienen en su espíritu la idea de que, la mayor protección jurídica hacia la infancia se justifica en sus características biológicas. Liebel (2013) han cuestionado enfáticamente esa argumentación al señalar:

Pese a ese cambio de paradigma instalado por la Convención, este instrumento internacional ha sido cuestionado por fundamentarse en un concepto de niñez relacionado más bien con la época de la Ilustración y la sociedad burguesa europea lo que, según algunos, implicaría ver a

la infancia como una etapa separada del mundo adulto, y como una fase de la vida caracterizada por su especial vulnerabilidad y falta de madurez (p.55).

A este planteo podría responderse afirmando que el principio de autonomía progresiva reconocido en la Convención, establece una relación de mayor reciprocidad entre niños y adultos a medida que se alcanza un mayor grado de madurez. Sin embargo, algunos autores como Llobet (2013), Bustelo (2011), Caramelo (2015) cuestionan también esta noción de autonomía progresiva, que mantiene una visión evolucionista de la infancia y asocia adultez a completud e infancia a incompletud.

El niño, de acuerdo con su edad, desarrolla progresivamente la conciencia y, en la medida en que accede al lenguaje, conquista su plena autonomía. Pero es una autonomía sumisa puesto que el punto final de ese viaje sería un mundo en el cual el niño es visto como un continuo y no introduce ninguna fractura generacional: la niñez es un tiempo de preparación para la adultez, para repetir ese rasgo de los adultos. Es la idea de un adultocentrismo originado en un concepto de infancia como transmisión automática de la adultez: Los adultos, en este caso, representan claramente la heteronomía hegemónica del *statu quo* (Bustelo, 2011, p.147)

La mirada evolucionista preponderante en la Convención trae aparejadas dos consecuencias: En primer lugar, enmascarar la existencia de ciertas vulneraciones hacia los niños originadas por el mismo sistema de dominación adultocéntrico de la sociedad contemporánea, tal como mencioné anteriormente. Esta perspectiva a menudo no es explorada y se oculta tras la afirmación generalizada de que la vulnerabilidad de la infancia proviene, sobre todo, de su falta de madurez.

En segundo lugar, esa mirada más extendida fomenta una lógica asistencial unidireccional, presentando a un sujeto activo que asiste y a un sujeto pasivo, asistido. Desde este enfoque se oculta el hecho de que los niños, también contribuyen en su presente a la vida familiar y comunitaria. Al considerar a alguien como vulnerable debido a su menor edad, se asume que carece de la capacidad de realizar aportes significativos a la vida de quienes no son vulnerables, los adultos. La Convención se encuentra especialmente centrada en los deberes de los adultos para la protección y asistencia de los niños, pero no expresa con la misma intensidad la potencia de los niños, sus aportes reales a la vida familiar y comunitaria. Esta orientación, a su vez, ha

dejado poco espacio para otras concepciones de infancia, que se alejan de la categorización jerarquizada y reconocen a los niños desde su potencial político.

Otra de las tensiones del texto convencional, como me referí en el primer capítulo, es el concepto de *sujeto de derechos*. Este término presenta ciertas limitaciones al reproducir un modelo de niño con características propias del individualismo moderno neoliberal.

Para explicar este punto, es necesario situarse en el contexto internacional de ese momento; “la creación de CDN, marcada por las confrontaciones políticas de la vieja guerra fría y por la promoción de la idea de l(e) niñ(e) como futuro sujeto económico y político” (Bácares, 2012, p.73). Las posibilidades reales de participación de los distintos países en los debates sobre su redacción, fueron variadas debido a; las alianzas de política internacional, los costes económicos, los recursos humanos con que cada país contaba y las propias realidades nacionales. Por eso, la visión de los niños de los países occidentales del Hemisferio Norte impregnó el texto final” (Bácares, 2012). Los países denominados en aquel entonces como subdesarrollados, no participaron en igual medida de las instancias de debate, ni de su redacción.

Como señala Bácares (2012) en su obra *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*, la influencia de los países occidentales desarrollados es notable, su visión del niño es la que impregna a la Convención. Este bloque propuso un gran conjunto de derechos civiles y políticos. Luego las organizaciones de la sociedad civil hicieron un aporte muy interesante aportando informes técnicos que generaron la obligación a los Estados de tomar en cuenta aquellos temas cruciales e ignorados en razón de la idea extendida de que las necesidades básicas de la infancia son una cuestión ligada a la justicia conmutativa y no obligaciones del sector público.

Estas circunstancias generaron que algunas categorías generales muy difundidas en la actualidad como *sujeto de derechos* tuvieran “un sesgo eurocéntrico donde determinados niños



de determinados países que no son los occidentales, europeos, etc. sienten que verdaderamente no están recogidas sus particulares formas de ser, vivir, etc.” (Gaitán, 2014)

Existen otros enfoques culturales sobre la infancia no representados en la Convención. Por ejemplo, en las culturas aymara o quechua, “los niños son reconocidos como personas pequeñas o huchay runa, y las etapas de la vida no se clasifican en edad, sino más bien, por el estado físico y capacidad o habilidad para realizar tareas, en el marco de una validación familiar y comunitaria” (Curihuinca, 2020).

El último aspecto que quiero destacar en este punto, es el hecho de que la Convención fue íntegramente redactada por adultes, sin participación de las infancias y juventudes. Una vez más, fueron las personas mayores quienes enunciaron y definieron jurídicamente, qué es ser niño y qué lugar debía tener la infancia promediando el siglo XX e iniciando el siglo XXI.

De esta forma, les adultes expresaron, desde sus propios intereses y experiencias, quienes son o debían ser los niños desde su nacimiento hasta los 18 años de edad. Bácares (2012), considera que uno de los motivos en los que radica cierta ineficacia de la Convención, es el hecho de que los lentes culturales por los que les adultes miran a los niños, están atravesados por sus propios intereses, en demérito de los intereses relacionados con los niños (p.237).

Aun así, este tratado constituye un piso de reconocimiento de derechos para las infancias, a partir de allí surgen nuevos desafíos en cuanto a: su efectividad, el ejercicio directo de los derechos allí reconocidos, la participación de los niños en la redacción de sus propios derechos, el reconocimiento de otras formas de ser de la infancia en diferentes culturas y la valoración de la niñez como una categoría política.

Además, la comunidad internacional tiene una deuda con las juventudes y adolescencias, cuyos intereses, deseos, formas de expresarse se acercan más a la edad adulta que a la de una persona recién nacida. Esta diferencia motiva la necesidad de contar con un tratado

internacional de derechos humanos que reconozca específicamente los derechos de la juventud, de manera diferenciada a la infancia.

Algunos de los textos interpretativos de la Convención desarrollados por organismos internacionales de derechos humanos<sup>19</sup>, profundizan sobre el tema de la edad específicamente. Allí se sugiere no fijar categorías predeterminadas, que limiten el ejercicio de algún derecho por debajo de esa edad, en especial del derecho a ser oído. Se asume, que esas limitaciones generales, podrían impedir el pleno ejercicio de derechos a personas que frente a la misma edad, tienen un grado de madurez diferente.

No obstante, estos esfuerzos explicativos no han ido acompañados de expresiones claras respecto de la edad a partir de la que el Estado debe reconocer de manera obligatoria, el ejercicio de algún derecho en forma directa, sin la intermediación de representantes.

La categorización legal indiscriminada de los jóvenes dentro del colectivo denominado *niñas, niños y adolescentes*, termina por excluirlos de determinados espacios de participación social o política. Su participación activa en diversos ámbitos de la vida pública, se mantiene negada bajo la excusa de que aún pertenecen al colectivo de los niños, sujetos de protección.

Como cierre de este punto, cabe mencionar que la eficacia de una norma no depende únicamente de las condiciones que le dieron origen o del marco ideológico que la sostiene. La mejor de las leyes puede ser utilizada para las peores prácticas. Dicho de otro modo, aun cuando se modificase el texto convencional, si las cuestiones de orden simbólico, institucional y subjetivo mantienen su perfil adultocéntrico, nada habrá cambiado.

“en ello radica su tensión política, los sentidos que adoptan los derechos son producidos por actores, tanto individuales como colectivos, y es este carácter de sentido socialmente construido lo que les aporta su mudabilidad. Como señalara Foucault (1984), los derechos son efectivos en y a través de prácticas sociales, en contextos particulares y en marcos temporales y por ello no necesariamente siempre tienen el mismo significado, ni las consecuencias de los “usos”

---

<sup>19</sup> Opinión Consultiva n° 17/2002 del 28 de agosto de 2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Observación General n° 12/2009 emitida por el Comité de Seguimiento de la Convención de Derechos del Niño, Naciones Unidas; entre otros.

particulares de los derechos de los niños necesariamente coincidirán con sus objetivos iniciales.”. (Llobet, 2013, p.230)

En palabras de Alejandro Cussianovich (2011): “Más atrás de la Convención ¡no! Más allá, ¡sí! (p.62).

#### **b. Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes**

La sanción de la ley nacional que acercó los principios de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, se logró recién en el año 2005. Esta norma derogó la ley 10903 del patronato de la infancia, cancelando así “la primera cuota de la deuda con el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia” (Famá y Herrera, 2005, p.3).

Cillero Bruñol (2001), especificó los objetivos que se podrían lograr al contar con una norma dentro del sistema jurídico nacional que reglamentase las disposiciones convencionales.

Reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños -como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación-; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia. (p.52)

Durante el lapso de tiempo entre la ratificación de la Convención y la ley 26061, algunas provincias adecuaron sus legislaciones internas a la normativa convencional. Por ejemplo, la provincia de Mendoza, sancionó la ley 6354, Régimen Jurídico de Protección a la Minoridad.

La ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes significó un avance en el reconocimiento jurídico de los derechos de la niñez. Además, modificó las competencias y atribuciones entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, en el marco de la organización del Sistema Integral de Protección de Derechos. También estableció lineamientos para el ejercicio directo de algunos de derechos por parte de los niños, sin requerir para ello la representación legal de los adultos a cargo.

La norma tomó la noción de la niñez como sujeto de derechos, desarrollada por la Convención. También, realizó un aporte fundamental para la interpretación del principio del

interés superior de le niño en el art. 3<sup>20</sup>, indicó los parámetros que se deben tener en cuenta para considerar que una decisión se adecua a este principio.

Sin embargo, desde una mirada crítica, el artículo incorpora en su último párrafo la siguiente expresión: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Esta redacción encuadra al interés superior de le niño, dentro de la noción del sujeto de derechos neoliberal, consagrada en la Convención. Jerarquiza los intereses entre las personas y refuerza sus características individuales, por sobre el resto de los intereses colectivos y de otros seres humanos. La expresión mencionada licúa así, el interés comunitario y familiar como parte integrante del interés superior de les niños.

Por otra parte, un acierto fundamental del texto legal, fue la valoración de la coparentalidad y la utilización del término *responsabilidad parental* en el art. 7, frente al sistema previsto hasta ese momento por el Código Civil. Si bien la norma no modificó estructuralmente el instituto de la patria potestad regulado en la ley de fondo, abrió el camino para su futura transformación.

En el año 2005, el sistema vigente en el Código Civil mantenía las figuras de tenencia y régimen de visitas. En este contexto, una progenitore asumía un papel principal, encargándose de todas las cuestiones relacionadas con la crianza, mientras que le otre tenía un rol periférico, conservando únicamente el derecho al contacto con su hijo, denominado régimen de visitas.

---

<sup>20</sup> Art. 3°. INTERES SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Simultáneamente, persistía, en el artículo 206, la preferencia de la tenencia para la madre, en el caso de hijos menores de 5 años. “En virtud de esa presunción, se mantuvo largamente consolidada la casi automática asignación de la “tenencia” a las madres y su contracara, el “régimen de visitas” a los padres, profundizando un modelo de un progenitor “principal” (la madre) y otro “periférico” (el padre)” (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, p.470).

Gil Domínguez, Famá y Herrera (2012), en el comentario a la ley 20061, expresan que el reconocimiento de la tenencia compartida, se enfrenta al modelo tradicional de familia donde existe una distribución de roles a partir del género, que mantiene a las mujeres como principales responsables de las tareas de gestación y cuidado de los hijos.

En el mismo texto, los autores ponderan que la tenencia compartida permite una mirada más amplia sobre la paternidad y menos centrada en el rol exclusivo de proveedor.

En consonancia con ello, un régimen legal que apunte a la coparentalidad como regla, aun ante la ruptura de la convivencia de los padres, procura el reconocimiento por igual de ambos progenitores en su función paterna, al promover un sistema familiar democrático en el que cada uno de sus miembros ejerce su rol con independencia, igualdad y respeto recíproco. Además, promueve la efectiva satisfacción del interés del niño (art. 3, CDN) al asegurarle una relación estrecha y fluida con sus dos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal” (p. 159)

Por eso, la responsabilidad parental y el cuidado personal compartido mencionado en la ley 26061, significó un antecedente fundamental para las futuras modificaciones. Se visibilizó en el ordenamiento jurídico, el deber de compartir las tareas de cuidado entre los padres, sin distinción por género. El derecho de familia recibió un gran aporte con la ley 26061, que permitió un novedoso desarrollo jurisprudencial, que se apartó del sistema tradicional previsto en el Código Civil y fundó su apartamiento en los derechos reconocidos en esta ley.

### **Código Civil y Comercial de la Nación**

El Código Civil y Comercial sancionado en el año 2014, introdujo reformas sustanciales en la regulación de las relaciones familiares. Incorporó los principios de la Convención al derecho

sustantivo y reconoció una mayor participación de los niños en las decisiones atinentes a su propia vida.

Desde la sanción del Código Civil velezano hasta nuestros días, se sucedieron varias reformas en relación al reconocimiento legal de otras configuraciones familiares, sobre todo a partir del avenimiento de la democracia<sup>21</sup>. Por ejemplo, se consiguió en el año 1985, tras una larga lucha llevada adelante por el movimiento de mujeres, que la titularidad de la patria potestad fuese compartida y no quedara únicamente en cabeza del padre.

En la actualidad, el Código Civil y Comercial, entre los arts. 638 a 704, define qué es la responsabilidad parental, su finalidad, alcances y deberes para los progenitores. También regula la forma en que se ejercerá en caso de no convivencia entre los padres y distingue entre el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal:

La distinción que introduce este artículo —y la específica regulación que se efectúa en los siguientes— posibilita claramente diferenciar el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal. Como ya se señaló, el primero consiste en la efectivización de aquel conjunto de facultades y responsabilidades establecidas por el art. 639 CCyC, y su funcionalidad no depende de la convivencia material con el hijo. En cambio, el cuidado personal implica “los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo” (art. 648 CCyC) y requiere necesariamente de la convivencia. (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, t.2, p. 470)

---

<sup>21</sup> Algunas reformas legislativas respecto de la equiparación de derechos y obligaciones entre varón y mujer sobre sus hijos fueron:

- Año 1954 sanción de la ley 14367 que reconoció algunos derechos a los hijos nacidos fuera del matrimonio, aunque no los equiparó a los hijos matrimoniales.
- Año 1968 sanción de la ley 17711 que reconoció la capacidad jurídica de la mujer.
- Año 1985 sanción de la ley 23226 que reconoció el derecho de pensión del conviviente en aparente matrimonio
- Año 1985 sanción de la ley 23.264 que reguló la patria potestad compartida.
- Año 1987 sanción de la ley 23.515 de divorcio vincular
- Año 2010 sanción de la ley 26.618 regulación del matrimonio igualitario entre personas del mismo sexo

La patria potestad compartida, se había incorporado en la reforma constitucional del año 1949, que luego fue derogada por el gobierno dictatorial impuesto por el golpe de Estado de 1955 que derrocó al presidente Juan Domingo Perón. “En la reforma constitucional de 1949, con el marco de la justicia social se incluyeron derechos tales como la igualdad jurídica de los cónyuges y la patria potestad compartida, avanzando en el camino de la igualdad. Más adelante se sumaría la igualdad de los hijos, con la ley 14.367 en 1954 se ordenaba el cese de “las discriminaciones públicas y oficiales entre los hijos nacidos de personas unidas entre sí por matrimonio y de personas no unidas entre sí por matrimonio y las calificaciones que la legislación vigente establece respecto de estos últimos” (Bellota, 2019, p.206)

La nueva normativa, desarrolla un sistema que brinda diferentes alternativas para distintas dinámicas familiares, cuando los padres no conviven:

- Responsabilidad parental compartida con cuidado personal compartido indistinto;
- Responsabilidad parental compartida con cuidado personal compartido alternado;
- Responsabilidad parental compartida con cuidado personal unilateral;
- Responsabilidad parental unilateral con cuidado personal unilateral.

El término jurídico *cuidado personal*, receptado por el Código, es un avance en torno a la visibilización de las inequidades de género, históricamente naturalizadas en las dinámicas familiares. Este concepto se vincula con “la producción de los estudios feministas que abogaron —entre otras cosas— por visibilizar esferas de la actividad humanas relegadas por sesgos patriarcales, industrialistas y etnocentristas” (De Grande, 2021, p.100).

De Grande (2021), en consonancia con otros autores como Tronco y Gilligan, señala que este cuidado, que encierra la idea de preocupación o atención por el otro, ha sido preponderantemente asumido por las mujeres a través de la historia humana y configura una disposición ética y necesaria de ayuda al prójimo (p.101).

Por otra parte, la asunción de la noción de coparentalidad como regla, es consonante con el criterio fijado en el art. 9 de la Convención<sup>22</sup>. Allí se reconoce que el derecho del niño a la

---

<sup>22</sup> Art. 9: 1.- Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. 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. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la

vida familiar, se garantiza en tanto y en cuanto se respete el contacto con ambos progenitores, el cual, únicamente puede interrumpirse si existen causas graves que así lo justifiquen.

El cuidado personal compartido se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra parte, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de las responsabilidades parentales (...) la mejor realización de su beneficio exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la ruptura de la convivencia, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes para con los hijos. (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2019, p.105)

En el proyecto del Código Civil y Comercial presentado al Congreso de la Nación, la comisión redactora respaldó las normas propuestas con una serie de fundamentos. En estos, destacaron que el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental es la mejor manera de garantizar el derecho de los hijos a relacionarse equitativamente con sus padres. La nueva normativa, busca minimizar el impacto de la ruptura de la pareja en la relación de cada padre con sus hijos. (Poder Ejecutivo Nacional, 2012).

La garantía del contacto con ambos padres como derecho del niño, se afianza en el art. 653, que establece expresamente la prioridad para asignar el cuidado personal al progenitor que facilite el trato regular con el otro. Este es el criterio que debe seguir el juez en caso de disputa entre los progenitores.

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que el derecho a tener contacto con ambos padres, es parte integrante del derecho humano a la vida familiar. Y, que esta comunicación solo puede interrumpirse, cuando existen

---

presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Art. 18: 1. 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. 2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.



pruebas específicas que demuestren en concreto el impacto directo negativo de la conducta parental, en el bienestar y desarrollo de le niño. (Atala Riffo vs. Chile, 2012 y Fornerón y D´Alessio vs. Argentina, 2012).

El Código Civil fortalece en el art. 654 la figura de la responsabilidad parental compartida, al establecer el deber de información entre ambos progenitores, sobre cuestiones relacionadas a la educación, salud y otras relativas a la persona y bienes de le hije en común. Con esta regulación, se reconoce que el derecho a la vida familiar de le niño implica el contacto con sus dos xadres.

Sin embargo, cabe destacar que este derecho de le hije se activa cuando es une de sus xadres quien se ve privado de este contacto por otre adulte y entonces, lo reclama. No existen regulaciones legales, ni antecedentes judiciales de relevancia, que promuevan el reclamo de une hije para mantener el contacto hacia une progenitore que no desea comunicarse.

Lo interesante es que, así como las agrupaciones de padres insisten en mecanismos legales que los protejan frente a posibles "obstrucciones del vínculo parental" reivindicando los derechos de sus hijos y de ellos como padres, defendiendo la "parentalidad", no existen mecanismos jurídicos legales que garanticen el contacto entre padres e hijos cuando no hay un tercero que lo impida. Ni las madres ni los hijos pueden reclamar en la justicia que los padres no "visitan" a sus hijos. (Daich, 2009, p.38)

Esto, podría vincularse con el sistema adultocéntrico ya que, de un modo u otro, les adultes cuentan con dispositivos institucionales para reclamar la comunicación con les niños y también, cuentan con la posibilidad de decidir no tener contacto con ese hije. Esta posibilidad no corre la misma suerte en sentido inverso, les niños no cuentan con las mismas herramientas para reclamar por la comunicación con algune de sus xadres. Mientras tanto, les adultes mantienen dentro de su ámbito de autonomía, la facultad de decidir tener o no comunicación con su hije, conforme sea su deseo.

### **Algunas consideraciones procesales**

El Código Civil entre los arts. 705 y 711, establece ciertas reglas procesales, a fin de asegurar la efectividad de los derechos vinculados a la vida familiar. Ello debido a que, “en el ámbito familiar las pautas legales, tanto sustanciales como procesales, tienen otras particularidades ya que procuran dejar de lado el esquema adversarial clásico y ponen el acento en una diferente forma de litigio” (Kemelmajer, Herrera y Lloveras, 2019, p.426).

La regulación legal analizada, promueve entonces el consenso y la cooperación familiar, por sobre la disputa entre los xadres. Se intenta desalentar la idea de que en el proceso judicial existen vencedores y vencidos, “para consolidar los principios de participación, cooperación y solidaridad en el funcionamiento de estas familias”. (Notrica, 2014, p.133)

A su vez, a nivel provincial, en el año 2018 se sancionó en Mendoza la ley 9120, Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, que modificó sustancialmente los procesos judiciales en el Fuero de Familia, hasta entonces regidos por la ley 6354. A nivel provincial, también se establece la búsqueda de resolución consensuada de los conflictos familiares judicializados, como uno de los objetivos del proceso judicial de familia.

Es importante para poder superar la crisis por la que atraviesa la pareja y/o la familia, posibilitar otra mirada que abra nuevos horizontes que permitan sanar heridas y dejar atrás las diferencias y los enconos, evitando que su judicialización no los profundice o agrave aún más. La experiencia muestra que la instalación del conflicto en sede judicial funciona como espiral en aumento en la que, generalmente, las niñas, niños y adolescentes quedan atrapados, convirtiéndose en botín de guerra. (Ferrer y Ruggeri, 2019, p.49)

Por otra parte, uno de los cambios fundamentales, ha sido el paso de un proceso escrito a uno asentado principalmente en la oralidad, que prevé instancias presenciales entre los magistrados y los integrantes del grupo familiares, tanto los xadres como los hijos.

Los niños participan en estos procesos, principalmente mediante una audiencia en la que están presentes generalmente el juez y el asesor de niños, niñas y adolescentes. Esta audiencia puede realizarse al final o al inicio del juicio, dependiendo del tipo de proceso de que se trate:

En el proceso abreviado que se tramita por cuidado personal o régimen de comunicación, la audiencia se realiza al final cuando ya se ha producido toda la prueba (art. 13.2 inciso f) ley 9120).

En el proceso urgente que se inicia cuando se está obstruyendo el contacto con le niño en ese momento, la audiencia se toma al principio, luego de la presentación de la demanda (art. 13.3 inciso e) ley 9120).

El marco normativo vigente tiene coherencia en cuanto al reconocimiento del derecho de le niño a ser oído, en términos formales. A su vez, acompaña los cambios de la realidad familiar actual al permitir diferentes modalidades para el ejercicio del cuidado personal compartido, alejándose la noción tradicional que contemplaba el viejo Código Civil.

#### **Capítulo 4: Análisis de entrevistas. Participación de le niño en el proceso judicial**

Para alcanzar los objetivos planteados en esta investigación, inicialmente me propuse trabajar sobre dos fuentes de datos: Expedientes judiciales en soporte papel, en los que se encuentran transcritas las audiencias que se realizan a les niños y entrevistas a jueces y asesoras que estén actualmente en ejercicio de la función.

En el procedimiento escrito anterior, previsto en la ley 6354, las instancias de escucha hacia les niños, las realizaban principalmente las asesoras y quedaban registradas en actas escritas. Estas actas se agregaban al expediente judicial, para ser luego leídas y consideradas por le juez, al resolver.

A partir de la ley 9120, en el proceso oral les jueces escuchan en forma directa a las partes y a les niños. Esas audiencias ahora son filmadas y grabadas y quedan resguardadas en soportes digitales por un tiempo determinado. El sistema informático que utiliza el poder judicial para llevar a cabo este procedimiento, hizo muy dificultosa la tarea de trabajar sobre expedientes judiciales, que ahora se encuentran en su totalidad en soporte digital.

Por este motivo, decidí modificar el trabajo de campo y hacerlo directamente sobre entrevistas a les jueces y asesoras de menores. Ellos tienen la función de participar en las audiencias de escucha y, a través de sus dictámenes y sentencias emitir su opinión decisoria sobre el conflicto familiar.

De las entrevistas surgió la necesidad de incluir también en la investigación, la mirada de las psicólogas y trabajadoras sociales de los Equipo de Intervención Social. Estos equipos dependen del Fuero de Familia y se encargan específicamente de la revinculación entre niños y algune de sus xadres, con posterioridad a la resolución judicial.

El presente trabajo se desarrolla sobre la base de métodos y técnicas de investigación cualitativa, mediante la realización de entrevistas en profundidad a les magistrades de la Primera Circunscripción Judicial y a profesionales del Equipo de Intervención Social.

Se realizaron 22 entrevistas hasta la saturación teórica de la muestra. La mayoría de les entrevistades, ocupa el cargo desde hace más de 10 años y con anterioridad a esto han tenido otros puestos como funcionaries judiciales, en el Fuero de Familia.

Los juzgados tienen otras causas judiciales en las que no intervienen las asesoras; como cuestiones patrimoniales entre adultes, divorcios sin hijes, etc. Las asesoras, a su vez, desempeñan funciones en otros fueros. Por ejemplo, intervienen en procesos penales cuyas víctimas son niños. Se evidencia, en general, una buena comunicación entre juez y asesora y la existencia de acuerdos previos respecto de criterios y prácticas en la gestión de las audiencias con niños. Criterios que, a su vez, pueden ser diferentes a los de otra dupla de juez y asesora.

También tienen claridad sobre distribución de funciones, les jueces identifican su función en torno al deber de conducir el proceso, facilitar la conciliación, dirigir las audiencias y dictar sentencia.

Las asesoras dictaminan en los expedientes, sobre todo teniendo en cuenta lo que consideran como la mejor alternativa para ese niño, desde lo que ellas entienden por el interés superior<sup>23</sup> de esta persona. Y para ello, necesitan conocer las opiniones, deseos e intereses del niño y su realidad familiar. La audiencia de escucha<sup>24</sup> u otras instancias en las que le niño se

---

<sup>23</sup> El concepto del Interés Superior del Niño es objeto de un amplio debate teórico debido a su amplitud e indeterminación. Es un término problemático que, mirado críticamente, da lugar a la discrecionalidad. Una de las dificultades es su ambigüedad ya que habilita soluciones opuestas, frente a un mismo conflicto según lo que cada adulte considere como “lo mejor” para ese niño en el caso concreto. Esta noción se encuentra atravesada por una problematización no resuelta aún adonde puede terminar por primar la arbitrariedad adulta.

<sup>24</sup> Denominaré así a la instancia en la que concurren les niños, citades desde el Juzgado para ser entrevistades por le juez y la asesora. Desde la sanción de la ley 9120 esta instancia sucede casi al final del proceso cuando toda la prueba se ha producido y están presentes le juez y la asesora con les niños. Únicamente dos juzgados mantienen el sistema anterior de escucha en forma privada por la asesora y participación de le juez sólo en causas más complejas o frente a alguna particularidad que advierta la asesora en la audiencia privada y considere que es necesario que le juez escuche de manera personal de parte de le niño.

expresa con otros profesionales, son consideradas como fundamentales para cumplir la tarea que desempeñan.

Al analizar las entrevistas, emergieron dos líneas principales: Por un lado, en torno a la forma en que se concretiza la participación infantil, sobre todo a través de la denominada audiencia de escucha, qué criterios se tienen en cuenta, quienes están presentes, adonde, etc.

Por otro lado, sobre la relación entre la participación de los niños (el grado de involucramiento en el problema, el valor que adquiere su palabra), y las características de cada conflicto familiar, sobre todo respecto al mayor o menor grado de beligerancia entre los padres.

Estos temas pueden conectarse con los conceptos explorados en el marco teórico: las percepciones sociales sobre la niñez, la familia y la justicia familiar. Además, el derecho a ser oído y el derecho a la vida familiar, se encuentran en una tensión constante entre la normativa legal y su aplicación práctica. Para resolver estas tensiones, se han desarrollado diferentes normas y dispositivos institucionales, que también se mencionaron en el análisis de entrevistas.

Adentrándonos en las entrevistas, lo primero que surgía en todas ellas, cuando se preguntaba sobre qué es el derecho a ser oído; es que su ejercicio se percibe como crucial para lograr una decisión justa. Con el tiempo, este aspecto ha adquirido una importancia cada vez mayor y *“se ha robustecido”*. En la actualidad, los padres o sus abogados prácticamente no se resisten a que los niños comparezcan en el tribunal. Se tiene la impresión general de que debe existir al menos una instancia de escucha de los niños, antes de tomar la decisión judicial.

La mayoría de los entrevistados aclaró que este derecho implica también la posibilidad de que los niños elijan no ejercerlo. Se respeta su voluntad y no se les vuelve a citar por ese organismo cuando expresan, en el tribunal, que no desean regresar, especialmente cuando ya han participado en múltiples instancias de escucha. Se interpreta que una forma de hacer efectivo el derecho a ser oído, es respetar la voluntad manifiesta de no querer volver a concurrir.

Sin embargo, también refieren que a veces como son diferentes organismos los que intervienen frente a un conflicto familiar (juzgado de familia, cámara de familia en caso de apelación, organismos de protección de derechos, profesionales particulares, etc.), les niños se ven sometidos a hablar en cada una de estas instancias, al menos una vez. Esto, en vez de garantizar un derecho, termina por revictimizarles.

Por eso, en la práctica les magistrades tienen en cuenta ciertos y determinados criterios para realizar la audiencia a fin de “evitar que sea revictimizante”. Porque “También existe un derecho a no ser molestado”.

Si bien el Código Civil y Comercial y la ley provincial 9120 establecen el principio de inmediación, por el que le juez debe escuchar personalmente a los niños en todo proceso que les afecte. En la práctica les magistrades se rigen por ciertos y determinados criterios personales, que han construido a partir de su experiencia, para determinar si les citan o no.

Entre estos criterios, la mayoría considera que los niños deben acudir a la Justicia únicamente en aquellos conflictos que tienen un impacto directo en sus vidas. Por eso, en general no se les cita en procesos relacionados con la fijación de la cuota alimentaria, incluso si alguna de las partes lo solicita.

Bajo esta misma premisa, en los casos donde se realiza una pericia psicológica a le niño, si su deseo y voluntad son evidentes y quedan manifiestos en el informe psicológico, no se les convoca nuevamente. Se considera que el derecho a ser oído se ejerce cuando la voz de le niño ingresa al expediente judicial a través de una pericia, en una audiencia anterior con la asesora o si le niño ya se ha expresado en otro expediente judicial.

*“Me parece que tiene que ser cuidada la escucha. Incluso desde el interrogante de si es realmente beneficioso para el ejercicio de sus derechos que venga a este proceso”*

*“Algunos chicos entran como asustados, hay que pensar que tienen que hablar con personas que no conocen de temas emocionalmente difíciles, que hacen a su intimidad y que les pueden resultar dolorosos”.*

Además, existen otros criterios como la edad, el grado de madurez y la existencia o no de acuerdo entre los adultos involucrados, que también se tienen en cuenta para definir la concurrencia de los niños a la sede judicial. Entonces, el principio universal de escuchar a los niños en todo proceso judicial que les afecte se aplica, pero con ciertas restricciones que cada magistrado considera pertinentes.

Los magistrados determinan en estos procesos si es adecuado o no involucrar a los niños. Esto implica que la ejecución efectiva de este derecho depende de la interpretación individual que le otorgue cada funcionario judicial. Aun, cuando la Convención de Derechos del Niño establece, sin distinción, que todo niño tiene el “derecho a expresar su opinión en todos los asuntos que le conciernen, especialmente a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte” (Convención de Derechos del Niño, 1989, art. 7).

Entonces, partiendo de la base de que no todos los niños participan en el conflicto judicial por su cuidado personal, la primera inquietud que surge es: ¿Qué criterios se tienen en cuenta para determinar esa participación?

De las entrevistas surgió que, inicialmente, se considera la edad de los niños para definir si se realiza una audiencia con ellos o no.

#### **a.- Edad para participar de la audiencia**

Se distinguen tres grupos etarios: menores de 3 años; de 3 a 5 años y de 5 a 18 años. Todos los entrevistados citan a audiencia a partir de los 5 años, consideran que a esa edad los niños pueden expresarse con mayor claridad, además de haber desarrollado habilidades lingüísticas y sociales que facilitan su participación. Entra en juego como primer criterio, el principio de autonomía progresiva y el grado de madurez y discernimiento para hacer efectivo el derecho a ser oído.

*“Dependiendo de la edad. Como te digo, los adolescentes sí se expresan, preguntan. Algunos me han dicho: mirá, yo te quiero aclarar que decida lo que decida yo no lo voy a querer ver. Bueno, está bien,*



*perfecto, contame por qué. O: no lo voy a ver. Como diciéndome: decí lo quieras, no lo voy a ver o no la voy a ver. Yo con los adolescentes charlo re bien, en general. Porque ahí les decís: che, mirá; tal cosa, tal otra. A mí los adolescentes me han dicho cosas re importantes. A veces son más maduros que el padre.”*

En el caso de los adolescentes, sus opiniones se ponderan significativamente debido también a la complejidad de implementar una resolución que contradiga sus deseos e intereses. Por esta razón, los jueces prestan especial atención para no distanciarse demasiado en sus resoluciones, de lo manifestado por los adolescentes. Reconocen el alto costo emocional que podría acarrear el hecho de tener que cumplir con una orden judicial, en contra de sus sentimientos o deseos. Incluso, consideran que muchas veces los adolescentes optan por no cumplirla, convirtiendo la resolución judicial en ineficaz para los fines que pretende. Aunque tampoco siguen al pie de la letra las palabras de la niña, sobre todo si consideran que lo planteado por la adolescente, puede ir en contra del pleno ejercicio de todos sus derechos y de su desarrollo integral.

También, es común observar que en grupos de hermanos, usualmente el mayor asume un papel distinto, mientras que el resto tiende a estar atento a lo que diga o decida el hermano más grande. Esta dinámica a menudo facilita que los niños más pequeños, se sientan más tranquilos y puedan expresarse, ya que la comunicación está mediada por los mayores.

*“Hay una zona gris ahí, en la que... Menos de 4 es raro. Salvo que vengan con hermanos. Si tenés hermanos más grandes y un hermanito de 4... Y bueno, viene. Porque hay una traducción. Pero un nene de 4 años, es como... A veces te sorprendés”*

*“Sí me ha pasado de escuchar a alguno de 3, 4 que vienen entre varios hermanitos y entra el de 3. Vienen los hermanos con uno grande ahí lo escucho. Lo miro. A ver cómo se vincula. Pero es más lo que uno mira de la dinámica, que lo que uno escucha”*

En el rango intermedio entre 3 y 5 años, una minoría de magistrados llevan a cabo la audiencia y optan por conocer personalmente a cada niño y determinar, en función de su grado de madurez, si están en condiciones de participar en la audiencia judicial. De esta manera, se prescinde del principio de uniformidad y se evalúa sobre las particularidades individuales y el grado de madurez para determinar si pueden o no participar en este tipo de procedimientos. Por debajo de los 3 años, son muy pocos los juzgados que les citan.

*“No. No tengo límites etarios. Si vas a la Convención, la Convención no te pone límites etarios, ¿verdad? Y me ha pasado; que he escuchado niños de 2 años que a través de lo gestual... Estando en la misma audiencia con el padre o con la madre -hacemos una... tipo conciliación en donde está el niño- vos lo ves, gestualmente, interactuar con los progenitores. Y te das cuenta. Y podés sacar información sobre eso. Sin que haya una escucha verbalizada”.*

En este mismo sentido de la entrevista con una mediadora, cuya carrera de grado es la psicología, quien escucha a los niños en determinadas instancias y que serán analizadas en el capítulo siguiente, surgió que:

*“cuando son chiquitos y los traen porque no tienen donde dejarlos, observo el comportamiento parental. Es importante el lenguaje no gestual, no puedo dejar de observar qué hacen los chicos cuando los papás están hablando, si hay algo que no están tolerando, eso se expresa de forma evidente”.*

Al no existir reglas fijas sobre una edad mínima para citarles, el criterio de la gradualidad se impone para definir los encuentros entre la Justicia y los niños. En este mismo sentido, los instrumentos legales para la interpretación y aplicación de la Convención, son coincidentes con esta práctica: Se considera que todo niño debe ser oído, se desaconseja establecer criterios etarios rígidos y se valoran las formas no verbales de comunicación. Pero a la vez, se afirma la necesidad de tener en cuenta el grado de madurez y el principio de gradualidad para citar a los niños.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño subraya que “los Estados partes deben evitar establecer límites de edad, ya sea por ley o en la práctica, que restrinjan el derecho de los niños a ser escuchados” (Comité de los Derechos del Niño, 2009). Este documento resalta la importancia de reconocer y valorar las formas no verbales de comunicación como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo o la pintura, como medios legítimos para la expresión de los niños en procesos judiciales y administrativos.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 17, reconoce la diversidad en el desarrollo físico e intelectual dentro del universo de personas de 0 a 18 años. Subraya que la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva

Nº 17, 2002), y propone matizar razonablemente el alcance de la participación de le niño en estos procedimientos.

La extensión o alcance del derecho a la escucha fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN), sobre el derecho del niño a ser oído. Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc. (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, vol. 1, p.68)

Diferente será el impacto que tal escucha tendrá en la toma de decisión posterior viéndose esta mayormente condicionada por tal opinión en el caso en que el niño presente una edad y madurez que resulten vinculantes frente a la cuestión que se encuentra en juego. (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, vol. 1, p.68)

Además, el Código Civil y Comercial, en concordancia con la ley 26.061, pone especial énfasis en el principio de autonomía progresiva como criterio fundamental; que debe combinarse con los límites etarios establecidos legalmente, para la aplicación de cualquiera de sus normas.

El requisito normativo es mixto: la edad y la madurez suficiente. El calificativo "suficiente" guarda relación con el acto de que se trata: así, la suficiencia puede existir para ejercer un acto y tal vez estar ausente en relación a otros —por ejemplo, es diversa la aptitud que se exige para el ejercicio de actos personales y patrimoniales—. El sistema presenta entonces un tinte más subjetivo, requiriendo la evaluación del caso concreto para determinar la aptitud.

La referencia a la presencia de una cierta "edad y madurez suficiente" da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego.

Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto —esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil—

Por ello, todo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más maleable y permeable de "madurez suficiente", que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así, como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana. (Herrera, Caramelo y Picasso, 2015, p. 61)

De todos modos, aun teniendo en cuenta el criterio mixto entre edad y grado de madurez promovido por el ordenamiento legal, la práctica de que participen niños menores de 5 años, despierta algunos interrogantes.

Por un lado, la práctica de evaluar y luego tener en cuenta como es esa interacción con sus padres, entra en tensión con la formación profesional de los magistrados –abogados-. La formación profesional de la abogacía no contempla asignaturas para el conocimiento específico sobre cómo evaluar o interpretar el comportamiento de un niño de tan corta edad.

Los jueces y asesoras, realizan una interpretación del encuentro que está atravesada por sus propias creencias, valores y experiencias, pero cuyas conclusiones no pueden afirmarse en conceptos teóricos o técnicos que las fundamenten. Desde esta visión, la observación de la interacción del niño con sus padres, debería realizarse únicamente por profesionales especialistas en esa área del conocimiento.

No obstante, propongo mirar este acontecimiento de encuentro entre el magistrado y el niño desde otra perspectiva, como una oportunidad para habitar la *singularidad*, en el sentido que Najmanovich (2016) le otorga a este concepto.

La Justicia, como institución del Estado Moderno, se identifica con una forma de acceder al conocimiento que privilegia la razón, por sobre otras maneras de conectarse con los hechos. A su vez, aplica normas generales sobre sujetos abstractos, adoptando la visión de una “justicia ciega” y alejada de las particularidades de cada quien.

El modelo de conocimiento heredado en nuestra cultura occidental es un modelo que nos hace creernos disociados de la naturaleza, enfrentados a ella, disociados de nuestros semejantes. Dentro de ese modelo, el sujeto se construye en función de arquetipos puros que, en sus muchas presentaciones aparece como un modelo ideal, por lo tanto, abstracto, un sujeto pretendidamente universal (...) A esto se suma el hecho de que el pensamiento moderno sostuvo la ilusión de la razón pura como única forma de acceder al conocimiento, disociando al ser humano de su propio cuerpo y con él de los afectos, de las emociones, de las percepciones. (Najmanovich, 2022)

Sin embargo, siguiendo el pensamiento de Najmanovich, existen otras formas de conocer que trascienden la racionalidad y que surgen de la experiencia humana, al interactuar con otros. Esas maneras han sido silenciadas por el pensamiento racional de la Modernidad.

Al aplicar este argumento al tema en análisis, podría afirmarse que la observación directa y sensorial que realiza el magistral, del vínculo entre el niño y sus padres es también una manera de conocer la dinámica familiar, de acceder a esa intimidad. De este modo, el acontecimiento en el que están presentes el niño, sus padres y los magistrados puede tomarse como una *experiencia*, en el sentido que Agamben (2007) le atribuye a este término.

Esta dimensión de ese encuentro como una experiencia propia de lo humano, permitiría asignarle un valor en sí mismo, más allá de su utilidad o de la formación profesional de quienes están presentes.

*“no es lo mismo conocerlos que leerlos”;*

*“A partir de los tres añitos, aunque creo que tenemos siempre, por lo menos el deber de conocerlos”.*

Cabe agregar, que considerar la audiencia como un encuentro entre seres humanos no incrementa necesariamente la subjetividad en la resolución judicial. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el elemento subjetivo está siempre presente en el actuar de cualquier profesional. De hecho, en el ámbito del derecho de familia y de las infancias, existe una larga historia de resoluciones que se precian de objetividad y fundamentos racionales, pero están atravesadas por el conjunto de creencias y valores de quien que resuelve.

#### **b.- Participación-objetivo; participación-instrumental; participación-contribución**

Del punto anterior surge que mayoritariamente se escucha a los niños mayores de 5 años que ya han adquirido el lenguaje. Las razones que arguyen los entrevistados para escuchar desde esa edad fueron en dos direcciones: Primero, porque a partir de esa edad pueden expresar más claramente cuáles son sus intereses y sus deseos. Segundo, porque pueden brindar más

información sobre cómo es la realidad de esa familia y, otorgarle así a le magistrade mayores elementos para resolver. Tanto los intereses y deseos de le niñe, como la información sobre la dinámica familiar, constituyen datos que necesitan le juez y asesora para cumplir su labor.

Entonces, surge la inquietud respecto de ¿Para qué se les escucha?: Para garantizar un derecho en sí mismo; para que les magistrades cuenten con más elementos para resolver el conflicto judicial o para ambas cosas.

El derecho de le niñe a ser oíde en este proceso judicial, puede ser visto desde distintas perspectivas. Por un lado, como una forma de cumplir el mandato legal de escuchar o, mejor dicho, conocer a tode niñe afectade por la resolución. Por otro lado, como una manera de obtener información relevante para el juicio. Estos dos componentes del derecho a ser oíde se pueden vincular con los conceptos de: participación-objetivo y participación-instrumental, desarrollados por Liebel (2013).

Esta vaguedad del término participación permite que englobe un amplio abanico de significados e intereses diferentes y hasta contradictorios. Apoyándonos en el etnólogo francés Claude Lévi-Strauss, se podría decir que participación es una palabra “con significado flotante”. El término adquiere un significado más específico sólo si conocemos los objetivos a los que con él se apunta, siendo que en todo ello, ha de tomarse en cuenta siempre el contexto y las condiciones bajo las cuáles se establecen estos objetivos (...) Lo más adecuado es diferenciar entre un concepto instrumental o utilitarista de la participación (participación como medio) y un concepto basado en los derechos, transformador y emancipador (participación como objetivo).

Se habla de una comprensión instrumental o utilitarista de participación cuando se recurre a ella para hacer más efectiva alguna medida, involucrando a los afectados en la planificación para que así se identifiquen más con ésta. En este concepto de participación, lo que cuenta no es más que la utilidad. Por lo tanto, se la aplica solamente mientras genera utilidad. (Liebel, 2013, p.97)

Es fundamentalmente diferente el concepto de participación que la comprende como un derecho que tienen todas las personas, independientemente de si es útil para alguien o no. En ocasiones, esta visión es justificada con argumentos de la teoría democrática. Concibe a la participación como un elemento inherente al sujeto actor y que amplía su margen de acción y lo protege de ser degradado como un mero objeto. (Liebel, 2013, p.98)

La participación-objetivo aparece cuando el derecho a ser oíde es un fin en sí mismo: conocer a le niñe a quien va a afectar la resolución y que le niñe conozca también a la persona que resolverá. Entonces esta instancia no debería quedar supeditada al aporte de información

que pueda o no realizarle al niño el proceso judicial. No se tendría en cuenta su utilidad en relación al proceso; sino que tiene una finalidad en sí misma, que va más allá de lo que pueda o no verbalizarle el niño.

La participación como objetivo, acontece cuando los magistrados experimentan la convocatoria como una oportunidad para conectarse con la singularidad de cada niño. También cuando lo que se busca con el encuentro, es tomar decisiones que se acerquen lo más posible a los intereses y deseos de los niños, especialmente cuando son adolescentes.

La participación-instrumental ocurre cuando el derecho está supeditado a determinados criterios establecidos por los adultos. Condicionado a si los niños pueden o no brindar información familiar para resolver el conflicto adulto. En estos casos, el derecho del niño se transforma en un medio, que se utiliza en función del proceso judicial. Podría decirse que así, la participación adquiere un perfil adultocéntrico, en tanto este derecho se dispone en función de la necesidad de los adultos: padres y magistrados.

En el orden familiar también aparece la participación en su carácter utilitario, cuando los padres y abogados insisten reiteradamente en la escucha. Sobre todo, si se detecta que esa insistencia se debe a que las palabras de los niños serán totalmente coincidentes con las expectativas del adulto que persiste en el pedido. El derecho se transforma, en ciertas ocasiones, en un instrumento utilizado por los adultos para el logro de sus propios intereses.

En ocasiones, bajo la premisa del derecho a ser oído; los niños, a instancias de alguno de sus padres, terminan revictimizados. Esto se debe a la cantidad de organismos a los que se da intervención: juzgado de familia, juzgado penal, tratamiento psicológico, terapia vincular, abogados de parte, abogado del niño, agencias del sistema de protección, entre otros. Esta excesiva intervención provoca el efecto contrario al que se pretende promover, termina por invisibilizar al hijo. Se genera una suerte de absorción del hijo cuando los adultos fomentan

su participación de forma repetitiva, centrándose en sus problemas, sin considerar los efectos de la sobre-intervención en el psiquismo de la persona menor de edad.

Como menciona Cohen: “la infancia es un terreno propicio para todo tipo de vulneraciones” (2015), y las manifestaciones adultas sobre cómo se debe ejercer el derecho de le niño a ser escuchado, no siempre se traduce en una práctica eficaz para le niño.

Les magistrades refieren que, en algunas ocasiones, elles limitan esta conducta de les adultes y rechazan la petición de escuchar a le niño nuevamente.

*“También es un derecho de él tener una vida libre de judicializaciones constantes”*

*“Es más, hace poquito, en un dictamen lo puse a eso: todo el esfuerzo emocional se lo estamos demandando al chico ¿Y los padres? Que el niño vaya a la terapia, que el niño vaya a la psicóloga, que el niño quiera esto, que el niño quiera aquello ¿Y los padres? Ni con el cura van a hablar”.*

En su relato, todas las personas entrevistadas mencionaron casos en que les niños expresan frases como “no quiero que me traigan más”, “no quiero hablar más de esto”. Estos testimonios evidencian que existen situaciones, especialmente las más conflictivas, adonde les niños concurren varias veces al Poder Judicial, siendo una experiencia que no resulta placentera para ellos. En este sentido, les entrevistadas reconocen que una forma de respetar el derecho a ser escuchado, es acatar la voluntad de le niño de no asistir más a la sede judicial.

*“Si bien después hay algunos autores que te dicen: no, mire... la escucha la tiene que ser el juez y la tiene que hacer sí o sí. Me parece que es algo que se puede flexibilizar bajo ciertas circunstancias. No creo que lo tengas que flexibilizar como un modo de dejar de hacer, o dejar de cumplir con el derecho de los niños a ser oídos. Pero sí tenés que ponderar algunas circunstancias que rodean el caso. Por ejemplo, en casos en que son niñas o niños que han sido muchas veces escuchado, en el PPMI, en el ámbito penal, con la asesora, con el juez de primera instancia, con el juez de segunda instancia. Y otra vez te dicen: escuchen... Mirá: ¡ya está!”.*

De esta manera, aparece la paradoja de que el derecho a ser escuchado se manifiesta cuando les operadores judiciales no vuelven a citar a le niño ni a escucharle, incluso en contra del pedido de algune de sus xadres.

Podemos ver entonces, en el análisis de la relación entre el derecho a ser oído y el conflicto familiar judicializado, objetivo principal de esta tesis, que la participación infantil tiene un doble propósito: por un lado, constituye un fin en sí mismo; por otro, se convierte en un



instrumento para resolver los conflictos entre adultos. Dicho de otro modo, este derecho se manifiesta “como principio ineludible para el debido respeto a los derechos personalísimos del niño y como aporte para la buena marcha del proceso” (Krasnow, 2015, p.364).

Entonces, la participación de le niño en el proceso constituye un instrumento que puede servir para resolver el conflicto adulto. En vez de cuestionar este carácter podemos mirarlo desde otra perspectiva, valorarlo como aporte. Reconocer abiertamente que la participación de le niño sirve para resolver el problema de los adultos, permite avanzar en la visibilización de la palabra de le niño como contribución, frente a las limitaciones de los adultos para hallar una solución.

Al considerarse la participación de le niño como una contribución, se abre la puerta para analizar este derecho desde otra perspectiva. Los magistrados refieren que en muchas ocasiones los niños *“traen otra alternativa”, “lo miran de manera más sencilla”, “a veces tienen re claro lo que quieren, o te dicen no tengo problema sigamos así, o tal día me gusta con el papá por futbol”*. En el momento mismo de la audiencia, durante el encuentro entre le niño y le magistrado, surge esta otra dimensión en la que los niños ofrecen una salida a la encrucijada en la que se encuentran sus padres. Esto permite posicionarlos como poseedores de un saber que no había sido considerado como una opción para resolver el conflicto familiar.

*“Generalmente, el niño trae como esa... Siempre que tenés un conflicto familiar, tenés una posición y otra posición. Y como en el fuero de familia se trata de llegar a una posición superadora, de una o de otra, como que uno siempre está buscando una tercera solución. Y, muchas veces, esa tercera solución viene de la escucha del niño”*

*“Es como que el niño... Además, que cuenta realmente lo que pasa con sus palabras, pero es más claro en lo que pasa en el núcleo familiar, en lo que está fallando en el núcleo familiar. Aun sin entender él esto, uno puede ver a través del niño qué es lo que está pasando en la familia y cómo eso está afectando al niño. Así que es mucho más enriquecedora escuchar a esa tercera posición, para poder llegar a una solución superadora. Aunque coincida con una de esas dos posturas. Pero es superadora, porque uno no se queda con una visión parcial. Sino que, escuchando al niño, uno como que comprende cuál es el conflicto, realmente”.*

Sin embargo, este aporte de los niños, su contribución, permanece oculta detrás de la noción más extendida de que todo el proceso se orienta hacia la protección de la persona

vulnerable, le niño. Los adultos aseguran trabajar para resguardar los derechos de ese niño, su mejor interés y consideran que el conflicto radica en la falta de consenso adulto sobre lo que es mejor para el hijo. Esta mirada permanece fundada en una representación jerarquizada de la relación entre niños y adultos. Como analicé cuando desarrollé la mirada crítica de la Convención, la perspectiva más difundida aún hoy es que los niños siempre son sujetos pasivos de protección y los adultos sujetos activos, encargados de proteger.

Los individuos sobre los que se ejerce el poder pueden ser el lugar de donde se extrae el saber que ellos mismos forman, y que será retranscrito y acumulado según nuevas normas; o bien pueden ser a su vez objeto de un saber que permitirá nuevas formas de control.

La pedagogía se constituyó igualmente a partir de las adaptaciones mismas del niño a las tareas escolares, adaptaciones que, observadas y extraídas de su comportamiento, se convirtieron en leyes de funcionamiento de las instituciones y formas de poder ejercidas sobre él. (Foucault, 1996, p.127)

El relato sobre el reconocimiento del niño como sujeto de derechos que debe ser protegido encubre la jerarquización de esta relación, que permanece igualmente centrada en las necesidades adultas. A su vez, perpetúa una lógica asistencial-vertical y deja velada la incapacidad de los adultos para llegar a acuerdos sobre la nueva dinámica familiar.

Este enfoque adultocéntrico, como categoría simbólica de dominio, se manifiesta en la asociación entre la adultez y el conocimiento. Según Duarte (2015), “se inventa un tipo de saber que solo poseen las personas consideradas mayores y que excluye del mismo a los menores”. (p.331). Es un razonamiento que asocia saber-adultez e infancia-ignorancia y de ese modo, oculta la potencialidad infantil, la capacidad creadora (Bustelo, 2011) desde donde surge un aporte para la solución del problema familiar.

Detrás del deber de protección de los adultos, se invisibiliza el saber de los niños, su contribución en un problema familiar que afecta a todos los integrantes. En cierta forma se niega su propia potencia, su sabiduría singular, ya que se considera que el saber pertenece exclusivamente a los adultos. En la arena judicial y familiar subsiste la “negación de las posibilidades de colaboración en igualdad de condiciones para mayores y menores, y, al mismo

tiempo, la exclusión de la reciprocidad como posibilidad para la sostenibilidad democrática y solidaria de las relaciones entre generaciones” (Duarte, 2015, p.332).

*“Y nosotros -en la sentencia y en las resoluciones- le decimos todo el tiempo que, en la audiencia de ser oído, nos dio un ejemplo de madurez que no tienen estos progenitores ... A veces, ellos arman un plan. O nos dan parámetros para armar un plan. Que uno nos lleve y que otro nos traiga; que uno esto, que el otro esto; que el otro... Entonces, en función de todo esto, le decimos: ahora ustedes padres, armen la propuesta con esto. Hay gente que a veces hasta por vergüenza dice, bueno. Y arma la propuesta. Y hay gente que sigue insistiendo, pero de alguna manera acepta, y se resuelve”*

*“Y a veces tienen más habilidades que los propios padres. Me ha pasado. Situaciones donde vos ves padres que están totalmente desconectados, litigando por litigar. Y de repente te aparece la criatura con una sabiduría tremenda; Y ella tiene todo integrado. Y no tiene ninguna dificultad. Y es feliz”.*

Es interesante notar que, al identificar la mirada de les magistrades sobre la infancia y sus derechos surge claramente la idea de que escuchan a les niñes para ayudarles y proteger sus derechos. Esta representación mantiene una lógica jerarquizada y proteccional, por sobre la lógica de la reciprocidad que planteo en este punto.

No obstante, al describir cómo son esas interacciones con les niñes, les entrevistades reconocen que, en varias oportunidades, la opinión de le niñe contribuye a la solución del problema.

*“Cuando el conflicto está muy trabado, el niño a veces nos enseña a destrabar el conflicto. Porque mira el conflicto familiar, desde una realidad o desde un lugar, a veces -cuando no está influenciado- más simple. Sí, quiero ir a jugar a la casa de mi mamá o de mi papá; o no tengo ganas de estar mi abuelo ¿Por qué? Porque me aburro. Y eso había generado un montón de pericias y qué se yo”*

*“escuchar a los chicos muchas veces es un puente entre las dos posturas”*

Lo que sucede entonces, es que el aporte de la infancia hacia les adultes no ha adquirido aún el suficiente reconocimiento teórico, ni se encuentra incorporado en los discursos sobre lo que es la infancia. Esto puede deberse a que, visibilizar la contribución de les niñes hacia les adultes, reconocer esta potencia creadora, implicaría también admitir las limitaciones adultas para resolver sus problemas, asumir la incapacidad como una característica de la adultez.

En este sentido la teoría de la complejidad, desde el enfoque de redes dinámicas, posibilita reconocer la capacidad de cada integrante de la red, según la función que esté ocupando ese momento. Se abre a una circulación del poder heterárquica<sup>25</sup> y no jerárquica:

En la actualidad está en plena expansión un abordaje dinámico no lineal. Cada una de las perspectivas concibe de modo diferente la naturaleza de lo que ha de llamarse “sistema”, de lo que ha de concebirse como parte, y del vínculo que las relaciona (...) Al surgir la organización a partir de una dinámica de intercambio no hay jerarquías preestablecidas. Las redes son de naturaleza heterárquica y adhocrástica, puesto que toda configuración es un resultado ad hoc de los encuentros. En su análisis de la batalla de las islas Midway, que enfrentó a estadounidenses y japoneses, Heinz von Foerster nos legó un maravilloso ejemplo para diferenciar la concepción jerárquica, donde sólo gobierna el “jefe supremo” y la línea de mando va únicamente de arriba hacia abajo, del modelo heterárquico donde el poder circula, sin dirección fijada a priori, el barco insignia estadounidense fue hundido en los primeros minutos y su flota se vio obligada por las circunstancias a pasar de un modo de organización jerárquico a uno heterárquico. Lo que sucedió entonces fue que el encargado de cada barco grande o pequeño, tomaba el comando de toda la flota cuando se daba cuenta de que, dada su posición en ese momento, sabía mejor lo que convenía hacer. (Najmanovich, 2011, p.140)

Aplicar este ejemplo en el caso en análisis, conduciría a valorar, a darle entidad al aporte de le niño sin que ello implique modificar la responsabilidad en las tareas de crianza y cuidado. Sería solamente reconocer la potencia de los niños en este aspecto de la dinámica familiar y, admitir que los adultos son quienes necesitan de sus hijos en esta cuestión particular.

Cabe agregar que esta alternativa de poner en valor la voz de le niño como una contribución para los adultos, no significa transferir a le hijo la responsabilidad de la decisión de con quien vivir. Esta delegación es un hecho que se presenta en varias ocasiones en la actualidad y que

---

<sup>25</sup> El término “heterarquía” fue presentado por primera vez por Warren McCulloch en 1965, en un trabajo referido a las redes neuronales. La heterarquía se caracteriza por la distribución del poder en subsistemas de gobierno, a diferencia de la jerarquía que se concentra en el estrato superior, en lo alto de la estructura piramidal. Las relaciones heterárquicas constituyen una madeja de interdependencias debido a que los sistemas evidencian una multideterminación de naturaleza abierta en continua reorganización, multidimensional y contradictoria, que requieren de una mirada más amplia y compleja que la de los niveles exclusivamente jerárquicos (Perlo, Costa, López Romorini y De la Riestra, 2012).

mencionaron en las entrevistas. Les niños a veces sienten que deben decidir con quién quedarse, esto les genera mucha presión y un alto costo emocional.

*“los padres vienen te dicen que decida él, que decida él, muchos no quieren asumir ni siquiera la responsabilidad de decidir”*

*“y, te encontrás con gente que pide que se haga lo que el chico quiera, que se lo escuche y se resuelva sólo por lo que él dice. Y vos como que tenés que encuadrar, no señora, a ver, para que estamos nosotros sino, hay que mirar todo el contexto”*

También refirieron que, en esos casos, se les explica *“que eso es una decisión judicial; que no recae sobre sus hombros”* y que los niños se muestran aliviados cuando saben que no tienen que decidir, *“se liberan de la carga”*. Esto da cuenta de cierta claridad en los operadores judiciales de que valorar la voz de le niño, no implica linealmente asignarles la responsabilidad de decidir, ni resolver únicamente a partir de lo que decida le niño.

Resulta imprescindible escuchar y dar el espacio necesario para que los hijos/as se expresen. La valoración respecto de tales opiniones queda a criterio judicial, tarea para la cual podrá contar con apoyo multidisciplinario (art. 706, inc. b, CCyC). Asimismo, es de resaltar que la decisión corresponde a los adultos, y resulta insuficiente justificar la misma por mera referencia a la opinión del hijo, en tanto es imprescindible evitar los conflictos de intereses que se pudieran generar en los hijos (manifestar su preferencia por uno u otro progenitor). (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015, t. 2, p.488).

Si profundizamos en el análisis se puede concluir, que el hecho de que le adulte, les xadres, asignen un valor determinante a la voluntad de le niño, es una acción enmarcada en el sistema adultocéntrico jerarquizado. A decir verdad, en ese planteo, les adultes retienen el poder de disponer cuánto valor tiene la palabra de le niño. Dicho de otro modo, entronizar la voz de le niño no implica una limitación al poder de les adultes, si siguen siendo ellos quienes mantienen la autoridad para determinar cuánto peso tendrá la participación de le niño en este y otros contextos.

Existe un vínculo estrecho entre la organización del modo de producción y el establecimiento de relaciones de tipo adultocéntricas, bajo ciertas condiciones que las leyes y la ideología han venido sustentando. En una dimensión relacional, el adultocentrismo se sostiene sobre el carácter que a dichas relaciones se les ha otorgado históricamente. Así, el mayor y posteriormente la mayor, aparecen como quienes entregan y con ello regulan dicho carácter para que, quienes reciben, se sientan endeudados con ellos. Eso posibilita las condiciones para la obligatoriedad de dichos vínculos y su carácter, con lo que se transforman ya no en una relación voluntaria sino en una de tipo coercitiva. (Duarte, 2006, p. 329)

Como expresé anteriormente, la valoración de la palabra de le niño como una contribución no implica otorgarle el poder de decidir. Por el contrario, la perspectiva que propongo supone dejar atrás la estética vertical de comparar qué vale más, si lo que dice le niño o les adultes. Se trata de desplazar el foco del *quién* hacia el *cómo*.

No importa tanto si decide le adulte o le niño, el eje se corre hacia otras preguntas más de orden relacional: ¿Cómo se relaciona lo que dijo le niño con el conflicto que está atravesando la familia?

Este enfoque conlleva pasar de una lógica jerárquica-asistencial a una lógica heterárquica-recíproca, reconocer que le niño puede ser asistido en algunos aspectos de su vida y a la vez asistir a sus padres en esta instancia particular. También permite visibilizar la carencia, la incapacidad, la limitación como características de la adultez. Y, a la vez, reconocer que les niños pueden ocupar un lugar como colaboradores, contribuyendo a la pacificación de las relaciones intrafamiliares.

Hasta aquí, de las entrevistas surge que el derecho de le niño a participar de todo proceso judicial que le afecte, está estrechamente vinculado a la edad y el grado de madurez. Además, puede considerarse desde diferentes enfoques: como un objetivo en sí mismo o como un medio, un instrumento utilizado por les adultes para alcanzar un fin: la resolución judicial del conflicto. Y también podría valorarse como una contribución, un aporte frente a la impotencia adulta para solucionar este conflicto.

Todo ello ha sido analizado hasta ahora en términos generales, en el punto siguiente me adentraré específicamente a desglosar cómo se ejecuta en la práctica este derecho a participar. Profundizaré en la manifestación concreta del derecho a ser escuchados en las causas judiciales sobre cuidado personal.

### **c. Lugar y momento procesal para el ejercicio del derecho a ser oído.**

Este punto se estructura a partir de la siguiente secuencia: adonde se escucha; cuándo, en qué etapa del proceso judicial; y quiénes participan en este acto.

Les magistrades asocian principalmente el derecho a ser oído en el Poder Judicial, con lo que denominan como *audiencia de escucha*. Esta audiencia constituye un único momento en el que le magistrade y la asesora se encuentra con le niño en la sede del tribunal y cuya fecha para su realización es fijada por el Juzgado, en función del tipo del proceso (urgente o abreviado), de las instancias procesales y del cúmulo del trabajo de cada tribunal.

Actualmente, estas audiencias se llevan a cabo en salas equipadas con tecnología para filmación y grabación. Esto tiene el propósito de registrarlas para su posterior revisión por parte de abogados, progenitores y magistrades de instancias superiores, en caso de ser necesario. En este encuentro están presentes: le/s niño/s, asesora, juez, y une auxiliare responsable de la grabación.

Con anterioridad a la sanción de la ley 9120, en el proceso escrito, las audiencias de escucha se realizaban, por lo general, en el despacho de la Asesoría de Menores, sin la presencia de le juez. Estos despachos, comparativamente con la sala de audiencias, son entornos más íntimos que a menudo cuentan con fotos, plantas y ocasionalmente juguetes o materiales para dibujar, asemejándose a consultorios psicológicos o médicos, ambientes más familiares para les niños. En contraste, las salas de audiencias están equipadas con micrófonos, cámaras, una mesa grande, sillas, el escritorio y la computadora donde se ubica le auxiliare encargade de la grabación, entre otras cosas.

Las asesoras han notado que con este cambio se ha perdido intimidad; les niños se sienten más incómodos y la sala es un entorno ajeno a sus referencias cotidianas: “*Se distraen con los micrófonos*”, “*Miran para todos lados*”.

Algunos juzgados, mantienen la práctica anterior de realizar la audiencia en la asesoría y sin la presencia de le juez. Sin embargo, aún en esos tribunales, la asesora tras estudiar el expediente y previo a realizar la audiencia, si se trata de una causa compleja, solicita que en la audiencia esté presente le juez y que se realice en la sala de audiencias.

Además, surgieron opiniones diversas sobre llevar a cabo audiencias de manera virtual. Una minoría destacó su utilidad al permitir que les niñes se expresen desde su entorno habitual, con mayor comodidad y a través de dispositivos tecnológicos en los que confía, como lo es el celular para une adolescente. Sin embargo, la mayoría prefiere la presencialidad, debido a que les resulta más sencillo para conocer a le niñe y captar la información desde otros aspectos comunicacionales propios del lenguaje no verbal. También porque se evitan problemas de conectividad, que aún existen en las audiencias virtuales. Además, les preocupa que, con la virtualidad no puede resguardarse adecuadamente la privacidad, ya que podrían estar otras personas escuchando lo que les niñes expresan.

*“En la pandemia sirvió. Pero en algunos casos, cuando eran muy pequeños, era... Por supuesto, era entendible que iba a estar ahí el adulto. Cuando son adolescentes, de última podían manejar solas esas cosas. Pero hay que ser sumamente cuidadoso, porque uno trabaja con el niño, habla, le preguntás ciertas cosas. Cortás el teléfono, como operadora del derecho, pero ese niño se queda con ese adulto; que le va a pedir explicaciones, que le va a decir: ¿qué hablaste? Y lo dejás expuesto. El niño queda expuesto con todas esas respuestas que no se sabe si se escucharon, si no se escucharon. Además, con ese adulto que a lo mejor tiene su lealtad. No le puede ir muy bien. Entonces, lo dejás muy expuesto emocionalmente”.*

*“Los problemas son los mismos. Los desafíos son los mismos. Lo que cambian son las herramientas. Y la virtualidad y lo remoto agiliza. El pibe que tiene una audiencia y se la fijás en el horario de clase, ese día pierde la escuela. Nosotros le hacemos una audiencia y el chico está en la escuela y sabe que a las 11 de la mañana tenemos la audiencia. Le mandamos a la maestra, o la directora: organiza. Y el pibe 11 menos cuarto sale de la clase y a las 11 tenemos la audiencia. Y a las 11 y cuarto ya está en el aula de vuelta. O si es a la tarde, vuelve a la práctica deportiva, o a lo que haga. Entonces, eso es lo que cambió en estos años. Las herramientas. Y nosotros nos tenemos que adecuar a eso y tenemos que seguir proponiéndolas. El chico está en su casa, está en su pieza, o está en su escuela; con su celular. No hay nada que le dé más seguridad, a un adolescente, sobre todo, que su teléfono”.*

Cabe resaltar que varias personas entrevistadas señalaron como un problema la cuestión edilicia. Destacaron que las instalaciones de los juzgados desde su ingreso hasta su mobiliario no están adaptados ni diseñados para incluir a les niñes. Consideran que esto también condiciona la manera en que se ejerce el derecho a ser oíde.



*“El chico en la audiencia tiene un micrófono, tiene un escritorio, tiene una silla que no es suya. Siente ruidos, porque estas salas son... Hay un pasillo donde hay otras salas. Siente ruido y no sabe qué está pasando al lado. Es un chico que entró a este edificio y vio como de un móvil policial bajaron a dos adolescentes esposados, con policía. No sabe si él va a salir esposado. Ve gente llorando. Ve gente de traje. No entiende qué está pasando. Y todo eso le genera –les debe generar- algo en la cabeza ¿Qué está pasando acá?”.*

Sobre este aspecto se han expresado algunos organismos internacionales: El Comité de Ministros del Consejo de Europa ha establecido en sus pautas para una Justicia Amiga de los Niños: “Tanto como sea posible, las salas de interrogatorio y de espera deben ser organizadas con un ambiente amigo de los niños. Debe considerarse la posibilidad de tomar declaraciones de niños, como víctimas o como testigos, en dependencias especiales con un ambiente amigo de los niños” (Comité de Ministros, 2010, parr. 62).

En el mismo sentido, la Organización de Estados Americanos también se pronuncia en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad:

*'En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso: se deberán celebrar en una sala adecuada, se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo, y se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.'* (Organización de los Estados Americanos, 2008, regla n° 78).

Luego de analizar cómo se vincula el derecho de le niño a ser oído con el lugar en que se realiza la audiencia, profundizaré en el momento en el que se efectiviza esta audiencia, dentro del contexto del proceso judicial.

Tal y como se expresó en el análisis de los aspectos procesales en el capítulo 3, conforme nuestra legislación actual, la audiencia de escucha se lleva a cabo al inicio del juicio en los procesos urgentes, luego de la presentación de la demanda. Mientras que, en los procesos abreviados, la mayoría de los juzgados, no todos, la programa finalizando el juicio, una vez concluida la recolección de pruebas y justo antes de dictar sentencia.

La mayoría considera que es más beneficioso escuchar a le niño promediando el pleito, cerca de la resolución. Justifican esta opinión en los cambios en la dinámica familiar que pueden ocurrir desde el inicio del proceso, hasta su finalización. En este lapso de tiempo,

pueden aparecer nuevos acontecimientos que deben ser considerados antes de tomar una decisión final. Entienden que es importante, antes de resolver, tener presente cómo ha evolucionado el conflicto, que en ese tiempo puede haberse aliviado o agravado.

*“Hay un texto de la doctora Inés Raboit de Janson; que habla que a la justicia de familia se le encarga un problema vivo. Dice: que nace en el ayer, transmuta en el hoy y trasciende al mañana. Dice: diferente de un proceso civil, en donde es un hecho pasado, que vos lo reeditás con la prueba y listo. Vos tenés procesos en que el conflicto inicia con la demanda. Pero cuando vos estás para resolver, ya ese conflicto no es igual”.*

Esta apreciación parece contradecir la percepción de les mismas magistrades sobre el impacto del tiempo en los procesos de familia. Por un lado, tanto la literatura teórica como la experiencia de les magistrades, afirman que en este tipo de situaciones el transcurso del tiempo sin resolución judicial enquistá el conflicto y dificulta su resolución pacífica. El paso del tiempo constituiría un elemento desfavorable, que juega en contra de la efectividad de la posible sentencia judicial.

Lo que sucede es que, paradójicamente, una vez que el conflicto familiar entra en el ámbito judicial, los tiempos del proceso se anteponen a los tiempos de le niñe y su familia. Dicho de otro modo, la previsión legal de la audiencia de escucha prácticamente al finalizar la causa en los procesos abreviados, se adecúa al tipo de trámite y a las necesidades de le juez de contar con toda la prueba, antes de escuchar a le niñe. Sin embargo, el tiempo cronológico que por razones de orden procedimental e institucional transcurre entre el inicio del reclamo y el momento de la audiencia, no siempre se adecua al tiempo infantil.

La audiencia de escucha se inserta en una estructura judicial de base pleital que no ha sido esencialmente modificada para alojar a las infancias desde su propia singularidad.

Hasta aquí podemos afirmar que tanto el lugar dispuesto para la audiencia, como el momento en que se realiza, se organizan sobre todo en función del proceso judicial en curso. En adelante, analizaré quienes son las personas que reciben la palabra de les niñes.

En esta audiencia principalmente intervienen el juez y la asesora, y en algunas ocasiones, únicamente la asesora. Todas destacaron la imperativa necesidad de conocer el expediente judicial previo a cualquier audiencia. O sea que las personas que escuchan al niño, lo hacen teniendo en cuenta la información que se refleja en el expediente sobre el contexto familiar y personal de ese niño.

Un pequeño grupo destacó que sería importante contar con una capacitación específica para esta tarea. En la mayoría no se halla problematizado el hecho de que los magistrados no cuentan con formación universitaria orientada a cómo entrevistar a niños.

Para adquirir conocimientos sobre este aspecto, utilizan diferentes estrategias: buscan material de lectura de manera individual, realizan consultas informales a profesionales de otras disciplinas. También, sostienen que adquieren herramientas a través de la práctica directa y observando la interacción de los psicólogos en Cámara Gesell o toman pautas generales sobre cómo realizar una audiencia de capacitaciones sobre derecho procesal, por ejemplo.

En casos más desafiantes, donde los relatos de los niños parecen menos espontáneos, o involucran a niños de edades muy tempranas, una minoría solicita la intervención de psicólogos del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.)<sup>26</sup>.

*“creo que hay prácticas que no son muy buenas, y creo además que nosotros no estamos capacitados para hacer eso”.*

*“Todo autodidacta tomo mucho también de Cámara Gesell, de las técnicas de entrevista que utilizan los psicólogos”.*

*“Nosotros también trabajamos mucho, en la parte penal –con las entrevistas de las Cámaras Gesell y todo esto. Entonces, uno va aprendiendo. Como ves, con esas psicólogas que están preparadas en abordar a los niños con los temas sexuales y qué sé yo; que primero hay una entrevista preliminar. Hago algo, más o menos, parecido a eso”.*

*“Por ejemplo, algunas escuchas de casos muy complejos, o de niños muy chiquitos, que no me he sentido con las herramientas, le he pedido a alguna psicóloga del CAI que lo escuchemos juntas. Y vas aprendiendo. Vas aprendiendo. Por ejemplo, un tema con los niños chiquitos que hemos aprendido con la asesora -a veces lo escuchamos juntas- es que con los niños tenés que empezar con el juego.*

---

<sup>26</sup> El Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (CAI) es un órgano del poder judicial en Mendoza, conformado por psicólogos, médicos y trabajadores sociales. Su función principal se centra en la elaboración de informes periciales destinados a las causas que se llevan a cabo en el Fuero de Familia y Penal Juvenil.

*Imaginate. Para un abogado empezar con el juego... Para mí esa era una idea absolutamente... Entonces, por ahí he podido de-construir eso para asumir otro rol en la escucha del niño o niña. En la escucha tenés que asumir un rol distinto. Tenés que ser más psicólogo, más pedagogo, más lúdico. Tenés que generar un ámbito de comodidad”.*

En ese aspecto sucede algo similar con lo analizado hasta ahora sobre el lugar y la oportunidad de la audiencia: la determinación de quién escucha a una niñe, está definida por el papel que desempeña esa persona dentro del proceso judicial: juez o asesora. Sin que hasta el momento se hayan planteado grandes inquietudes sobre este aspecto.

En términos generales, no apareció en las entrevistas una interpelación respecto de por qué escuchan quienes escuchan. En otras palabras, no surgió, por parte de quienes tienen la tarea de escuchar, una inquietud sobre cómo puede impactar en el niño, teniendo en cuenta la edad, el género, el contexto social, que sean abogades de determinado género y edad quienes realizan la escucha.

Sólo un juez y la asesora de ese tribunal, refirieron que tienen en cuenta el género del magistrado y, especialmente en casos donde hay denuncias de abuso sexual, toman la precaución de consultar a la niñe si prefiere conversar únicamente con la asesora.

Como segundo objetivo específico, me propuse analizar las prácticas que se ejecutan en sede judicial para hacer efectivo este derecho. Aquí puedo afirmar que no se evidencian cambios significativos, entre una audiencia en la que participan niños o sólo personas adultas; en relación a los lugares, la oportunidad procesal y los operadores judiciales que la conducen.

La Opinión Consultiva número 17, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que:

Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. (CIDH, 2002, párr. 96)

En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones

especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. (CIDH, 2002, párr. 98)

Si bien en las entrevistas se menciona que cada caso tiene su particularidad y que existen muchas diferencias entre los niños, no se identificaron en los relatos prácticas diferenciadas para esas particularidades. No aparecieron ajustes significativos en relación al lugar, a la oportunidad o a las personas participantes que den cuenta de la existencia de prácticas de adecuación en función de las necesidades y singularidad de cada niño.

Por ejemplo, no se considera la posibilidad de escucharles en entornos alternativos, como consultorios o espacios al aire libre, también propicios para observar la interacción con los padres a temprana edad. Tampoco se contempla la reevaluación del momento procesal de la audiencia en función de la realidad específica de cada niño, ni aparece en gran medida la reflexión sobre el género o la formación de las personas que van a participar de la audiencia.

A partir de lo abordado en este punto, arribo a la conclusión de que, cuando el conflicto familiar transmuta a conflicto judicial, adquiere mayor centralidad el procedimiento legal que el propio conflicto entre los padres. Aunque existe una narrativa sobre la disposición de este proceso para salvaguardar los derechos de los niños, un análisis detallado revela que muchos componentes de la intervención judicial están orientados a preservar el proceso judicial en sí mismo, por sobre las particularidades propias de los niños y las características concretas de ese grupo familiar.

Ahora bien, una vez que aparece el niño en la arena judicial, vale preguntarse qué lugar ocupa en el proceso, a continuación, trabajaré sobre la tensión entre los elementos tradicionales del derecho procesal y la participación de los niños en ese proceso.

#### **d.- ¿Qué es el niño para el proceso judicial?**

El proceso judicial por cuidado personal o régimen de comunicación se rige por los estándares generales del procedimiento civil: dos partes con intereses contrapuestos recurren a la Justicia

para reclamar o defender su pretensión individual. Es un proceso pleital en el que cada parte busca, a través de diferentes pruebas, convencer a le juez de la validez de los argumentos que respaldan su solicitud.

En este esquema ingresa le niño que: será afectado directamente por la decisión judicial, su perspectiva: puede alinearse con algune de sus progenitores, adoptar una tercera posición o no tener una postura tomada. Además, puede querer participar activamente o no. También la edad, el grado de madurez, el contexto familiar y las vivencias anteriores al proceso inciden especialmente en la conformación de la opinión de le niño. Por último, a diferencia de otros juicios, en estos casos el paso del tiempo y el acontecer familiar durante el conflicto judicial influyen en la resolución y la efectividad posterior de la sentencia judicial.

Ante la pregunta sobre el rol de le niño en el proceso judicial y cómo definir su participación en la Justicia, surgió una amplia gama de respuestas desde diferentes perspectivas y nociones de infancia. Algunes se inclinaron a valorar la escucha en términos probatorios, mientras que otre consideran a le niño como parte en el proceso: como una tercera parte procesal, como una entidad diferente y novedosa, como una parte por sobre las demás.

Algunas respuestas incluyen: *“En cierta forma sus palabras tiene valor probatorio”*; *“no es un objeto de prueba de ninguna manera”*; *“es parte o puede serlo si tiene un interés diferente a sus padres”*; *“es la parte principal”*, *“es un tercero interesado”*; *“es el bien jurídico a proteger”*.

Respecto de la consideración de la audiencia de escucha como una instancia probatoria, no existen criterios unificados entre les magistrades. La mayoría de las personas entrevistadas afirmaron enfáticamente que la escucha no se puede considerar como una prueba. Una minoría manifestó que la audiencia de escucha sí constituye una prueba o una fuente de evidencia, de manera similar a los dichos de las partes.

*“Como una prueba. Sí. Más allá de que sea un derecho. Pero bueno, ahí ya vas a tener una mirada más subjetiva del chico. Entonces ahí, escuchándolo al chico de que por qué no quiere ir, ahí obtenés un elemento, una prueba más de convicción para decir”*

*“esta audiencia es parte de la prueba que se ha ofrecido...”*

*“Esto no es una prueba; porque esto tiene que ver con un derecho. De hecho, al finalizar la entrevista con los chicos, les pregunto: ustedes quieren que esto lo lea solamente la juez; o querés que también puedan tener acceso los abogados del papá y la mamá. Y algunos que te dicen: solo la juez. Entonces, eso se queda reservado. Y por eso, además, no es prueba. Porque nadie la puede controlar. Todos quieren ver, quieren ver, quieren ver. No. Porque no es una prueba que nosotros valoramos para la resolución del conflicto, sino que es lo que pide el niño”.*

Sin embargo, a pesar de esta respuesta mayoritaria sobre la negativa a considerarlo una prueba, todas las personas entrevistadas se refirieron a la cantidad y la calidad de la información que le niño aporta al proceso, respecto de su contexto familiar, sus padres, las vivencias anteriores, entre otros datos. Además, asumieron que la pericia psicológica es una forma directa de ejercer el derecho a ser oído, siendo que esta instancia constituye un elemento probatorio tradicional. En estos casos, el derecho se hace efectivo a través de una instancia probatoria.

En cierto sentido, para el juez o asesora que emite su resolución, la voz de le niño resulta útil para comprender más sobre los hechos presentados en la demanda y la contestación. Desde esta perspectiva, la participación de le niño en el proceso, tal y como se realiza hasta ahora, adquiere características que la asimilan a una prueba.

Otra de las circunstancias, que asemejan el derecho a ser oído a un elemento probatorio, sucede cuando el mismo sistema estatal exige que le niño hable en diferentes espacios y con distintas personas. En Mendoza, por ejemplo, si un padre denuncia penalmente a le otro por maltrato infantil; le niño, será entrevistado por el Programa Provincial de Maltrato Infantil (PPMI), por el Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI), deberá declarar en Cámara Gesell y en la entrevista denominada pre-cámara Gesell. Ese mismo niño participará también de la audiencia de escucha en el juzgado de familia, si existe una disputa por el cuidado personal. Es posible que, si alguno de los progenitores apela la resolución judicial, también deba concurrir para ser oído en la cámara de familia.

Para el sistema público es necesario, a los fines de cumplir con los procedimientos administrativos y judiciales, que le niño hable en reiteradas ocasiones. Estas prácticas, se asimilan a la conducta de los padres cuando, en función de sus propios intereses, requieren insistentemente que se escuche a su hijo. En ambos espacios, tanto público como privado, la escucha del niño quedaría absorbida por la necesidad adulta. Ya sea, de lograr sus propios intereses en el caso de los padres o de cumplir con las exigencias procedimentales, en el caso de los operadores del ámbito estatal.

La semejanza hallada permite vincular la práctica estatal mencionada, con el concepto de participación instrumental desarrollado en el segundo apartado de este capítulo. Cuando el derecho a ser oído se hace efectivo en función de los procesos (administrativos o judiciales), la participación quedaría atrapada en un sentido utilitario.

Por otro lado, como mencioné al inicio en este punto, también hubieron, varias reflexiones en torno al niño como parte en el proceso judicial, aunque cada entrevistado otorgó diferentes matices a esta consideración:

- es parte y está representada por uno de sus padres,
- es parte cuando posee intereses distintos de las otras partes y tiene derecho a designar su propio abogado, ofrecer prueba, etc.
- es la parte más importante, su interés superior prevalece sobre el de sus progenitores y el fin último del juicio no es hacer valer su interés sino proteger sus derechos, aún por sobre los intereses de sus padres.
- No es una parte procesal en idéntico sentido que sus progenitores, dado que no elige estar en el pleito, tiene derecho a no acudir al tribunal si así lo expresa, o podría no tener un interés opuesto al de sus padres.



*“Pero tenemos que verlo como una parte. O como LA parte. Porque en ese esquema que vos me decís, tenés una parte contra la otra. Y esta es la parte en cuyo interés estamos trabajando todos. Acá es donde ya no tenés “de un lado y del otro”, sino que hay que ponerse todos del mismo lado. Porque, en definitiva, si bien no es una prueba, sí es un elemento para decidir; que se incluye en el proceso decisional. Uno no lo decide solamente con pruebas, uno decide con orientaciones. Decide con la ley. Decide con los modelos. Decide con la experiencia. Con las nuevas experiencias. Porque nosotros lo tenemos en cuenta a nivel decisional. Este elemento se incorpora en el proceso decisional. Y hay algunos temas que tienen que ver más con lo personal, como los cuidados, algunas autorizaciones, en las cuestiones de distribución de funciones en casos de desacuerdo; que tienen mucho más peso en el proceso decisional del juez o la jueza”*

Además, aparecieron opiniones que lo categorizaron por fuera de los elementos tradicionales del proceso civil, algunas personas lo consideran como una figura decisiva, por encima de ser una prueba o una parte procesal. Para otros, representa un bien jurídico a proteger. También se vinculó la audiencia de escucha con una garantía procesal o como una herramienta para el juez en su búsqueda para adentrarse en la realidad familiar.

*“Es una decisión. No es una prueba. Entonces, lo citás. Para darle el rol de sujeto y que tome ciertas decisiones. O sea, es su vida, es su participación. El niño es el principal interesado de eso”*

*“Es el bien jurídico a proteger. No es un objeto de prueba. No. Y no es parte, tampoco. Es algo que está por encima de las partes”*

*“Es una garantía. Es como en los procesos penales. Es la garantía de inocencia hasta que se declare culpable el imputado. Es una garantía. Es algo que tiene que estar en el proceso”*

*“Es una herramienta de conocimiento del juez y es un derecho del niño y es una obligación”*

Las diversas conceptualizaciones, ya sea como prueba, parte procesal o bajo otros enfoques planteados, convergen en un punto crucial: reconocen que el niño es un afectado directo por el desarrollo del proceso judicial. Este impacto se deriva del hecho de que, como hijo, forma parte del núcleo familiar involucrado en el conflicto que los adultos llevan a la esfera judicial.

En este aspecto, entendemos equivocada la orientación que – animada de buenas intenciones- procura no incluir a los niños en el debate y mantenerlos afuera para no exponerlos a vivencias difíciles; orientación seguramente impulsada por una actitud protectora. Al criterio referido se le replico acertadamente que el mayor daño se ocasiona cuando se experimenta una situación de la que no se puede hablar y se intenta ocultar. Es que, en gran parte de las cuestiones familiares, si bien la controversia se plantea lineal e inicialmente entre los padres, los hijos son una parte sustancial en la controversia, pues constituyen los destinatarios de lo que se acuerde o decida en el juicio. (Krasnow, 2015, p.364)

Lourdes Gaitán (2014), amplía esta noción a otros aspectos de la vida social y comunitaria de los niños, afirmando que ellos participan de los hechos, están insertos en la vida de la sociedad, aunque generalmente los adultos consideren que para protegerles sea mejor no

involucrarles, lo que es materialmente imposible, porque el hecho de ser parte de la sociedad ya les involucra en los problemas que allí acontezcan.

A partir del análisis realizado hasta el momento, se puede concluir que las personas entrevistadas concuerdan en la creciente importancia del derecho a ser escuchado. Además, se reconoce que de la participación de los niños, en varias ocasiones, aparecen alternativas que propician la conciliación. Se enfatiza que, al ser parte del grupo familiar, el niño se ve afectado por el conflicto judicializado. Sin embargo, a pesar de estos consensos, se observó una notable diversidad de opiniones y perspectivas frente a la cuestión sobre el papel del niño en el proceso judicial.

Según Mizrahi (2015), es necesario distinguir entre el derecho del niño a ser escuchado y su actuación procesal en el juicio. Un niño puede ser escuchado en un caso judicial sin que esto implique su participación con representación propia en el proceso. Esta afirmación motiva a pensar que la dificultad en hallar una respuesta más generalizada sobre qué es el niño en el proceso se encuentra, justamente en el mismo proceso.

La complejidad para definir qué es el niño en el expediente judicial parece estar más asociada al ámbito del derecho procesal que al del derecho sustantivo. Especialmente en el contexto del derecho de familia, a lo largo de la historia, la relación entre estos dos tipos de derecho ha sido motivo de tensiones.

La estrecha vinculación existente entre las normas de contenido sustancial y aquellas destinadas a aplicarlas se muestra, en el Derecho de Familia, como una constante y como un fenómeno cada vez mayormente observable. Resulta así prácticamente imposible escindir la regulación procesal de muchas instituciones de las disposiciones de fondo a ellas referidas. Claro ejemplo de ello lo dan los alimentos, la adopción, la separación personal o el divorcio vincular. (Méndez Costa, 2008, p. 67)

La Dra. Kemelmajer (1993) avanza en el análisis de esta relación entre derecho sustantivo y derecho procesal, reconociendo el carácter instrumental de este último y su función como medio para hacer que se observe el derecho sustantivo.

Se ha prestado atención a la valoración del derecho procesal como herramienta, en el desarrollo del derecho de familia<sup>27</sup>, sin embargo, esto no ha generado una revisión exhaustiva y estructural del proceso judicial. En otras palabras, la relación entre el derecho procesal y el derecho a ser oído sigue una única dirección: se añade el segundo dentro de la estructura existente del primero.

No ha aparecido una nueva dimensión, que reconsidere el procedimiento judicial clásico, a la luz de las necesidades particulares de la participación infantil. No se observa un diálogo recíproco, que habilite al derecho de las infancias a interpelar las estructuras mismas del derecho procesal. De algún modo, el derecho procesal no se ha visto interpelado desde los derechos de la infancia. Las formas procesales mantienen la supremacía por sobre otras alternativas no exploradas de ejercicio de los derechos de los niños.

Para ilustrar este punto, recorro al planteo de Najmanovich (2016) sobre la visión moderna que enfatiza el producto y descuida el proceso. “La idea del *modo* es inexistente en la Modernidad, no vemos los modos, no vemos los intercambios, no vemos las transformaciones, no vemos lo difuso”.

De manera similar, la integración del derecho a ser escuchado en el derecho procesal ha respondido a esta lógica: Se ha agregado como un elemento a algo ya organizado, en función de los conflictos entre adultos. No se ha cuestionado suficientemente si el procedimiento pleital, tal y como lo conocemos, es adecuado para la participación de los niños.

Las inquietudes de los entrevistados se centraron, sobre todo, en cómo garantizar la participación de los niños dentro del actual proceso judicial. Surgieron en forma reiterada

---

<sup>27</sup> En el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Mendoza, ley 9120 se incorpora el derecho de los niños a ser oído y el Código Civil y Comercial de la Nación establece principios procesales aplicables al derecho de familia. Este punto se encuentra analizado en el capítulo tres del presente trabajo.

referencias al proceso judicial: *"al final del proceso"*, *"depende de cómo vaya el proceso"*, *"que participen en este proceso"*.

Sería un interesante desafío reflexionar de manera inversa. En vez de preguntar de qué forma incluir a la niñe en este tipo de procesos, preguntarse ¿Qué características debe tener un procedimiento judicial adecuado a las particularidades de les niñes?; ¿Cómo crear un proceso acorde a los tiempos, espacios y formas de comunicación propias de la infancia?

La naturaleza misma del litigio judicial, podría constituir otra dificultad para la inclusión de le niñe en el proceso. El derecho procesal estructura un conflicto adversarial, entre partes que buscan prevalecer una sobre la otra.

En este esquema, la figura de le niñe se desdibuja. En la lógica litigiosa de la que emana el derecho procesal, no hay un espacio previsto para quien no desea confrontar. El proceso judicial, por su esencia adversarial, prevé un camino para la competencia, en este caso entre les xadres, pero no dispone de las mismas herramientas para alojar a le niñe, afectade por esa disputa. En forma paradójal, les entrevistades refirieron claramente que lo que más desean les niñes, es que sus xadres no peleen.

Dicho de otro modo, se intenta integrar a les niñes en un esquema al que no pertenecen. Se les incluye en un contexto adulto y dispuesto para el pleito que ya existe, sin que les niñes puedan intervenir o modificar las formas de esa participación. Hasta el momento, la voz de le niñe puede influir en el contenido de una resolución, pero no ha influido en los mecanismos dispuestos para arribar a esa decisión.

El proceso sigue siendo aquello instituido que incorpora el derecho de les niñes, con cierta dificultad. Desde este enfoque, los dispositivos que se han generado, se orientan a hacer efectiva la participación infantil hacia el interior del andamiaje construido por les adultes.

Este aspecto incita a reflexionar sobre la figura de le abogade del niñe, una práctica cada vez más extendida en los últimos tiempos. El derecho a tener un patrocinio legal propio, diferente del de sus progenitores, está contemplado en la ley 26061 y se está implementado en varias provincias de diferentes maneras<sup>28</sup>.

Me pregunto si esta figura responde más a las formas adultas de atender el conflicto familiar judicializado, que a las particularidades de la infancia. Sobre todo, teniendo en cuenta que les magistrades reciben de les niñes este deseo de que sus xadres no peleen. Entonces, ¿Es la figura de une abogade patrocinante, la más adecuada para representar el interés infantil en el contexto del conflicto familiar judicializado?

Por último, para mirar la tensión sobre qué lugar ocupa le niñe en el proceso, propongo utilizar el análisis de Bustelo (2011) en relación a la educación formal: “El proceso educativo deviene central en la idea emancipadora. Se trata nada menos que de recolocar la posición de los hablantes afuera de una relación biopolítica de control. Eso requiere pensar nuevos dispositivos pedagógicos basados en una hermenéutica de la infancia” (p.186).

Esta noción podría extrapolarse en el ámbito judicial para generar nuevos dispositivos que, redefinan la participación judicial de les niñes en función de las particularidades de la infancia y no tanto en función del proceso existente.

La visión propuesta por el autor redirecciona la mirada sobre la niñez, en tanto potencia y novedad. “El recreo de la infancia es la metodología de lo “nuevo” como descubrimiento y,

---

<sup>28</sup> En Mendoza se creó un registro a cargo de la Suprema Corte de Justicia integrado por profesionales que luego son designados por disposición de le juez que interviene en la causa, sus honorarios son financiados por el Estado. También, les niñes pueden contar con un patrocinio particular financiado por alguna de las partes u otros familiares. Las experiencias han sido variadas y no del todo efectivas. Les magistrades señalaron, entre otras dificultades que, en los casos de patrocinio particular, la postura defendida por le abogade ha coincidido con el interés de quien financia sus honorarios.

por lo tanto, una dimensión del conocer. Implica una modalidad del conocer como comprensión del “otro” en una experiencia de encuentro. Es salir y habitar con la infancia” (p.186)

En una línea similar, Baratta (1998) expresa que “solo al configurar el derecho del niño a ser escuchado como un deber de los adultos de escucharlo y aprender de él, es que el principio contenido en el artículo 12 se convierte en el principio central de la CIDN” (p.54).

Un posible camino a recorrer puede ser explorar la opción de reformular, reconfigurar, formatear por completo el proceso judicial desde la mirada de les niñes, en lugar de añadir dispositivos que les incorporen en un sistema preexistente.

#### **e. Audiencia de escucha**

En este punto, me adentraré específicamente en el acontecimiento denominado *audiencia de escucha*, que constituye el principal momento de participación de les niñes. Como ya expresé en este capítulo, les entrevistades entienden que aquí se materializa el derecho a ser oído.

En la audiencia, les entrevistades comienzan explicando quiénes son y qué papel desempeñan en el proceso. También les preguntan a les niñes si entienden por qué están allí, les explican las razones de su citación, y les informan que tienen la opción de no participar. Al mismo tiempo subrayan la importancia de que le juez conozca sus deseos como hijes.

La información proporcionada varía según la edad; mientras más grandes son, más hincapié se hace en el consentimiento informado. Se les explica que pueden retirarse, que no es una obligación hablar y se les comunica que la audiencia se graba y filma. También se les da la opción de solicitar que no se grabe o que lo hablado se mantenga bajo reserva, sin que sus xadres y abogades tomen conocimiento en forma directa de lo que allí sucedió.

*“Al chico siempre —y yo siempre lo pido esto- se le pregunta si quiere ser grabado o no. Si quiere que la audiencia sea después puesta a disposición de las partes o no. Le damos la información, de que puede llegar a ser confidencial lo que diga. Porque muchas veces nos pasa que el niño se siente como botón de guerra, en el medio. Entonces, no quiere decir ni una cosa, ni la otra. Pero también tiene su momento... O sea, sabe que es su momento para expresar, ante el juez, lo que le está pasando. Entonces,*

*le damos la garantía; de decirle que podemos respetar su confidencialidad, para tener en cuenta su opinión al momento de resolver y que él no tenga problemas con los padres”.*

Les magistrades no refieren sentirse incómodos para entrevistar a niños, por el contrario, algunos manifestaron que es más difícil realizar audiencias con los adultos, quienes intentan mostrar o aparentar determinadas cuestiones para conseguir su propio interés. *“Los chicos son más espontáneos, te cuentan todo”, “Es que son tan frescos, no la caretean los niños”*

En cuanto al conocimiento que tienen los niños del conflicto, es importante diferenciar entre el conflicto en sí y el proceso judicial. En general, se menciona que los niños saben bastante de lo que sucede entre sus padres y perciben que hay un problema familiar relacionado con ellos. Sin embargo, no todos están al tanto del contenido proceso judicial: hay niños que saben exactamente adonde y a qué van, otros no tienen claridad, desconocen con quién hablarán o para qué están allí. Se destaca que los niños que más saben del juicio son quienes están inmersos en situaciones de mayor confrontación entre los padres.

La mayoría de los magistrades expresaron que, en muchas ocasiones, los niños piden que los padres no se enteren lo que hablaron, entonces la audiencia no se graba o se reserva el acta de asesoría para ser vista sólo por el juez. Es llamativo que los niños compartan experiencias personales con una persona que no conocen, sintiendo que no pueden compartir esto con sus padres.

*“Sufren un montón. Y le digo: ¿y a mí me lo contás, siendo que no me conocés? Le digo: gracias que me estás contando esto tan importante; no se lo has contado ni a tu mamá, ni a tu papá, que estás todos los días con él, o con ella, o con los dos; ¡pero mirá qué importante lo que me decís! Entonces: sí, no quiero que lo sepan; porque si lo digo mi papá se pone tremendo; mi mamá se pone a llorar; entonces, no quiero que ellos sufran, pero esto es lo que quiero; y no se lo contés a nadie. Listo; no se lo cuento a nadie; mirá, acá lo pongo. Y agarro un sobre, adelante de ellos: acá lo pongo; lo va a leer nada más que la jueza”.*

También los niños, a veces, piden o aceptan cuando se les ofrece, que sea la asesora o el juez quien transmita a sus dos padres o alguno de ellos, determinadas cuestiones que han manifestado sobre sus deseos o sobre comportamientos de sus padres que les incomodan.

*“¿Y vos no se lo has podido decir a esto?; ¿querés que yo se lo diga, así vos te quedás tranquilo? Porque tienen que... A la vez, el tema de los tiempos. Los niños no lo entienden. “Bueno, yo te digo esto; pero ¿y cuánto va a pasar para que...?” Entonces le ofrezco: ¿vos querés que yo se lo diga ahora?; ahora afuera está tu papá, tu mamá, tu abuela, ¿querés que lo hable o preferís después, que la jueza lo resuelva?... “No, bueno, decile ahora; si vos se lo podés decir mejor”.*

Resulta interesante reflexionar sobre la persistencia de patrones comunicacionales que restringen la participación plena de los niños hacia el interior del grupo familiar. De las entrevistas, surgió que muchos niños no sienten que puedan expresar libremente, dentro del ámbito familiar, sus deseos y opiniones sobre este conflicto. En este sentido, aparecerían características de una dinámica comunicacional adultocéntrica.

Se destaca que, en esos casos, cuando los niños piden a un adulto que transmita su opinión, los padres estén abiertos a recibir esa información por otros adultos: asesora o juez, siendo algo que previamente se encontraba en la intimidad del hogar. En cierta forma, hay adultos más receptivos a escuchar la opinión de sus hijos, cuando esa palabra es mediada por otra persona adulta.

Otro aspecto que perciben las entrevistadas es que, con sus particularidades, los niños llegan generalmente con cierto temor por lo desconocido. A veces les cuesta ingresar solos, sobre todo si tienen menos de 5 años. Los magistrados tienen diferentes estrategias, algunos buscan a los niños en la mesa de entradas, otros permiten que ingrese con quien le trajo, entre otras medidas. También refieren que los niños suelen irse de la audiencia más tranquilos y aliviados<sup>29</sup>. Las personas entrevistadas refieren esmerarse para que sea un momento amable,

---

<sup>29</sup> En la Recomendación n° 8 de la Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Nación, se establece la necesidad de que los niños puedan manifestar cómo se sintieron en el proceso de escucha a fin de tener información sistematizada para realizar ajustes razonables a esta práctica: “Es necesario que las propias niñas, niños y adolescentes puedan realizar evaluaciones de los espacios de participación y modalidades de trabajo, dar cuenta de cómo se sintieron, tanto para mejorar tales procesos como para hacer efectivo el impacto de sus opiniones y sentires. A su vez, deben considerarse formas de devolución de las conclusiones de los procesos de participación y los pasos a seguir, para que las niñas, niños y adolescentes puedan ir conociendo y evaluando la importancia y los efectos concretos de su participación en tales procesos. Tal evaluación debe ser incorporada al momento de realizar la sistematización”. (Recomendación n° 8: 23)



sin que pierda su rasgo formal, que se sientan cómodos, sobre todo teniendo en cuenta que hablarán de asuntos que pueden resultarles difíciles.

En relación a este intercambio comunicacional entre magistrades y niños cabe mencionar la forma en que toman conocimiento los niños de la resolución judicial: La práctica es que se notifique la sentencia a los abogados patrocinantes, quienes informarán a sus clientes. En los procesos orales los adultos pueden tomar conocimiento en la misma audiencia final, si llegan a una conciliación o si el juez resuelve allí.

Respecto de los niños no existe una regulación específica que establezca cómo deben enterarse, ni tampoco una práctica unificada. Por lo general se anuncian por sus padres o porque se ejecuta de hecho lo resuelto: *“y porque directamente empiezan a ver al papá si no lo veían, o se van a su casa”*.

Algunos dijeron que cuando se arriba a una conciliación hacen especial hincapié en que los padres informen expresamente a sus hijos que lograron ponerse de acuerdo. Una jueza expresó que, como la audiencia de escucha se realiza casi al finalizar en el proceso, a veces en esa misma audiencia les adelanta a los niños en qué sentido resolverá. Sólo una asesora les brinda el teléfono celular de la asesoría para que puedan llamar y explicarles ella directamente, el resultado de la sentencia, cuando son adolescentes.

Una minoría refirió que, cuando la resolución es contraria a la voluntad de los niños, les citan para explicárselos personalmente. Les parece importante decirles por qué se apartaron de lo que dijo el niño en la audiencia, sobre todo si es pre-adolescente o adolescente.

Cuando se preguntó si les parecía importante prever en el procedimiento cómo debe ser la comunicación de la resolución a los niños, las respuestas fueron diversas. Para algunos no es necesario *“hacer venir de nuevo a los chicos sólo para informarles”*, otros consideran que *“sí podría ser interesante, pero no hay manera de llevarlo a la práctica por el cúmulo de trabajo”*.

Señalaron, como obstáculos para informarles en forma personal, limitaciones de tipo institucional, escasez de recursos y falta de tiempo. Tampoco presentaron alternativas de comunicación con el niño por fuera de su presencia física en el tribunal.

Resulta sorprendente la disparidad entre, la importancia proporcionada al momento destinado a escuchar al niño, comparativamente con el valor que se da al momento destinado a que el niño escuche al Poder Judicial. Se percibe una marcada diferencia entre una y otra instancia comunicacional.

Esta diferencia plantea la tensión sobre la reciprocidad entre la información que el niño proporciona y la información que recibe. Lo más importante parece ser lo que ese niño puede entregar al proceso, su voz. Pero lo que él recibe, no tiene la misma importancia; de allí que sea una instancia menos atendida por los operadores. Este aspecto, podría vincularse con la reflexión del punto anterior, en cuanto a que la participación infantil se dispone en función del proceso judicial.

Por último, cabe destacar que lo que sucede en el momento de la audiencia es que un adulto recibe la palabra del niño y la incorpora al expediente. Traduce esa voz a un lenguaje propio de los adultos y particular de la Justicia. Asimismo, ese lenguaje adulto está plagado de tecnicismos jurídicos y la forma comunicacional de los niños, el discurso infantil, no encuentra espacio. En la relación entre la voz del niño y todo el proceso judicial, desde su inicio hasta su finalización, acontece una especie de captura de la palabra del niño por las personas adultas.

Por eso, concluyo sobre este aspecto que, dentro del proceso judicial, el derecho a ser oído se materializa en un universo construido por los adultos, con criterios de participación definidos por los adultos, modos, lugares y tiempos fijados por adultos.

Si se reconoce el valor de la participación infantil como una contribución al proceso judicial, podría pensarse este trámite desde otras perspectivas. En vez de una escucha unidireccional adonde le niño mantiene un rol pasivo, se escuchade; se podría habilitar una mayor reciprocidad en las formas que adquiere esa participación.

El recreo es fundamentalmente pensar un lenguaje con otra gramática, lo que implica redefinir la posición de los adultos hablantes. En vez de definir al niño y a la niña como “no- adultos” ahora los adultos se definen como “no-niños” (Bustelo, 2011, p. 185)

De esta manera, algunos de los interrogantes aquí planteados sobre los lugares, las formas, los momentos de escucha, podrían reconfigurarse habitando lugares, momentos y formas infantiles como un “descubrimiento de la infancia: desde la infancia como “no-adulto” a una infancia des-adultizada” (Bustelo, 2011, p. 186).

Replantear el derecho a ser oíde, no ya como una instancia formal propia del universo adulto sino como un diálogo entre seres humanos. Una conversación “en un estado igualitario de mínimas diferencias” (Bustelo, 2011, p.188) donde cada quien aporta sus maneras particulares.

El desafío no sería tan sólo cómo hacer que le niño participe de esa estructura adulta que es el proceso judicial. Sino, cómo hacer que este encuentro entre niños y adultos constituya una experiencia de diálogo. Un acontecimiento de interacción humana, en el que tanto le niño como le adulte, escuchan y comunican, proporcionan y reciben información.

## **Capítulo 5: Análisis de entrevistas. El conflicto familiar**

Frente a la necesidad de organizar el cuidado personal y la comunicación con los hijos, algunas familias pueden acordar las nuevas dinámicas y otras personas acuden a la instancia judicial para resolverlo. En este capítulo, analizo algunas características del conflicto familiar para entender por qué los adultos deciden abrirlo a la Justicia y cómo se relacionan estos elementos con la participación de los niños en la instancia judicial.

En la actualidad, se observa una mayor diversidad de configuraciones familiares, entre las que se encuentran progenitores con hijos en común que no conviven, pero comparten la crianza. Como expliqué en el capítulo 2, el paso de la familia-institución hacia la familia-función generan tensiones significativas entre las personas que buscan, en el ámbito familiar, su propio desarrollo individual. A su vez, los cambios producidos a partir de la denominada democratización de las relaciones familiares, conllevan nuevos y más complejos problemas.

Se trata de una serie de tensiones: tensión entre la lógica de grupo y la del individuo, tensión entre la división jerárquica de géneros y la división igualitaria en la relación conyugal y, en cuanto a los niños, tensión entre la idea de una educación moral rectificadora y la de una pedagogía de la negociación. Estas tensiones pueden estar organizando distintos arreglos familiares así como originando distintas conflictividades. (Daich, 2009, p.18)

La separación de una pareja marca un momento difícil, se conjugan mandatos, anhelos, frustraciones, miedos, incertidumbres, sentimientos superpuestos, emociones, expectativas. También aparecen en ese momento tensiones relacionadas a la organización de la vida cotidiana. Todo este conglomerado de cosas, dificulta el hallazgo de una forma ordenada, cuidadosa y afectuosa de recorrer el proceso. Se transita en un estado de caos.

La historia personal de cada individuo o grupo social hace de cada acontecimiento traumático un momento dialéctico del individuo, caracterizado por el choque u oposición entre tendencias contradictorias, el conflicto es sin duda una situación posible que afecta al individuo o grupo y que lo coloca en el centro de las tensiones, pero es también la condición de un cambio en la búsqueda de un nuevo equilibrio. (González, 2013, p.89)

En este punto, surge la pregunta sobre qué factores en juego llevan a algunas personas a recurrir a la Justicia, mientras que otras optan por resolverlo en el ámbito privado. Entre las razones que emergieron en las entrevistas se encuentran:

- la falta de diálogo entre los adultos,
- la intención no expresada de seguir vinculándose a través de disputas legales,
- la transferencia de la decisión al Estado,
- la preferencia de que le juez decida con tal de no ceder ante la expareja,
- la creencia de que le juez tiene un conocimiento superior que les xadres no poseen,
- la búsqueda de un espacio que facilite la comunicación,
- la necesidad de encontrar un dispositivo que ayude a organizar la dinámica familiar y
- la búsqueda de reconocimiento de los derechos de quien está en situación de desventaja (por ejemplo, quien no tiene contacto con le hije común).

Además, les entrevistades expresan que estos problemas, están atravesados por otras circunstancias como: dificultades económicas, experiencias relacionadas al vínculo de pareja, necesidad de reconocimiento personal, entre otras.

*“tienen el convencimiento de que el otro es peor padre de sus hijes así que mejor tenerlo lejos”, “me dicen, quiero ‘lo justo’ y yo les pregunto, que entiende cada uno por ‘lo justo’”, “quieren que su interés particular se imponga sobre el resto”.*

Encuentran que los motivos por los que la gente acude al Poder Judicial a resolver este conflicto son muy variados. “Estos problemas están atravesados por una historicidad familiar que excede el objeto concreto de la contienda y requiere de respuestas profundas y complejas que la administración de justicia no siempre puede dar” (González, 2013, p.90).

*“Por distintos motivos. Porque no pueden. Porque, aunque puedan, no saben cómo. Y algunos vienen a resolver conflictos, porque en realidad lo que quieren es mantener el conflicto. Se nota mucho en grupos familiares en los que se empieza a trabajar y cuando se va llegando a soluciones, o se va despejando un poco el camino lentamente, inmediatamente boicotean las soluciones. Y uno termina pesando que lo que quieren es mantener el conflicto”*

*“Me parece que hay una serie de factores que exceden a lo estrictamente judicial y que son más sociales, si se quiere. Hay problemáticas que las hemos notado todos. En determinados momentos de crisis sociopolítica, que las necesidades aumentan y creo que el conflicto familiar es tan sensible que, aunque se podrían haber sentado y decir: bueno, lo aumentamos en tal porcentaje. Pero se mezclan tantos sentimientos y tantas cuestiones en el medio del conflicto. Creo que el juez a veces, en ese sentido, tiene una función más de pacificación social; si se quiere”.*

La cuestión de género y nivel socio-económico surgieron como algunos de los factores que influyen en los conflictos familiares que se presentan a la Justicia y cuya incidencia analizaré a continuación.

### **a. La cuestión socio-económica y el conflicto familiar por el cuidado personal**

Las personas entrevistadas inicialmente mencionaron que en los tribunales aparecen todos los estratos sociales. Los conflictos familiares por cuidado personal no corresponden a una clase social específica: *“pelean igual”, “tiene que ver con lo emocional, todos se pelean”*. Sí señalaron diferencias en el grado de litigiosidad, identifican que, de todos los conflictos familiares judicializados, pertenecientes a diferentes sectores sociales, el grado de beligerancia tiende a ser más elevado en grupos familiares con mayores ingresos económicos.

En Mendoza, los Juzgados de Familia y Violencia Familiar tienen competencia amplia en la materia<sup>30</sup>. Esto implica que personas de diversos niveles de ingresos económicos concurren al mismo espacio estatal frente al conflicto familiar. Les magistrades de zonas con mayor poder adquisitivo perciben más cantidad de casos litigiosos y conflictivos, que los jueces

---

<sup>30</sup> En Mendoza los juzgados de familia y violencia familiar tiene competencia para entender en procesos civiles (divorcio, cuidado personal, alimentos, régimen de comunicación, filiación, etc.) y en procesos de protección contra la violencia intrafamiliar (medidas por violencia intrafamiliar, medidas excepcionales o conexas del sistema de protección de niños, niñas y adolescentes, etc.). En otras localidades como por ejemplo en La Plata, se crearon “Juzgados Protectorios”, especializados en violencia familiar, salud mental y niñez y por otro lado existen los juzgados que entienden en cuestiones civiles del derecho de familia (alimentos, divorcios, etc.). La experiencia ha demostrado que esta atomización de la competencia ha generado juzgados para ricos a los que acceden únicamente quienes tienen dinero para costear los honorarios profesionales y juzgados para pobres vinculados a las medidas de protección para las que no se requiere patrocinio letrado. Además de otras dificultades asociadas a la proliferación de organismos que abordan el mismo conflicto.

El Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires ha manifestado que “Este modelo de intervención que somete las cuestiones al tratamiento de distintos órganos judiciales produce una fragmentación del conflicto, somete a las mujeres a un circuito institucional complejo y provoca intervenciones contradictorias entre distintos órganos jurisdiccionales que deciden sus actuaciones desconociendo muchas veces la existencia de las otras causas anteriores o simultáneas y de la conflictividad que las sustentan”.

En este mismo sentido considero que en el momento de separación de la pareja aparece un conflicto familiar atravesado por varias dimensiones (el género, la economía familiar, la cuestión habitacional, el cuidado de los hijos, etc.). La creación de dispositivos institucionales diferentes para cada una de estas vertientes, no es adecuada al brindar una respuesta atomizada. El problema, a mi entender es que este tipo de distribución de competencia se planifica desde la necesidad institucional, y no desde la necesidad familiar de recibir contención y acompañamiento integral en ese momento.

cuyos tribunales se sitúan en zonas de menores ingresos. Este patrón también fue mencionado por quienes han trabajado en distintos juzgados, en diversas zonas.

En los Juzgados situados en áreas densamente pobladas como Guaymallén, Godoy Cruz y Capital se percibe que atienden personas con ingresos económicos básicos o insuficientes y que acuden al tribunal *“apenas tienen un desacuerdo”*. En contraste, en los Juzgados de Luján se mencionó un mayor grado de litigiosidad en general. Allí la mayoría de los casos involucran a familias de ingresos medio-altos y altos. Aquí, las familias que llevan sus problemas a la justicia tienen más dificultades para llegar a acuerdos, lo que expone una mayor beligerancia en el expediente judicial. También se destaca que existen más personas que concurren con patrocinio particular.

En los juzgados de Las Heras, la mayoría de las familias que acuden tienen ingresos económicos limitados. Allí, se observa que llegan al juzgado buscando orientación porque no tienen claridad sobre cómo abordar la situación y solicitando que le juez les indique cómo proceder:

*“más bien pidiendo ayuda porque no saben cómo hacer, o que el juez les diga qué tienen que hacer”*

*“Acá hay más pobreza, pelean, pero los problemas son distintos porque por ahí no hay para repartir, no hay de donde sacar, pero tienen más disposición para arreglar”*

*“Bueno, acá en Luján hay más poder adquisitivo. Entonces, tenemos siempre cuestiones de alimentos, o cosas que en otros lados no se ven. Entonces vienen, por ejemplo, y no se ponen de acuerdo en la escuela de verano”.*

Los factores que llevan a que personas con mayor nivel de ingresos atraviesen procesos judiciales de familia más litigiosos pueden ser muy variados. Mencionaré brevemente algunos de los expresados en las entrevistas:

Es posible que la relación entre el nivel de conflictividad y el poder adquisitivo de la familia se deba al mayor acceso privado a bienes y servicios. La amplia gama de opciones en relación a la escuela, el club, el terapeuta, los viajes al extranjero, entre otros, genera conflictos a la hora de acordar entre todas las alternativas disponibles.

*“Las personas que tienen más nivel económico, tienen más acceso a distintas situaciones donde los padres se tienen que poner de acuerdo. Por ejemplo, un niño que va a un colegio estatal, la administración le dice: vos tenés que ir a esa escuela porque es la que está cerca de tu casa. En cambio, en los chicos que sus papás pueden elegir distintos establecimientos escolares, genera más discusiones. Y puede ocurrir... Por ejemplo, ir a un club. El niño de bajo nivel socioeconómico va al polideportivo que le ofrece su barrio. Punto. En cambio, un chico que pertenece a otro nivel, puede elegir club de distintas categorías, de especialidad en el deporte que él decide. Entonces, tienen que coordinar traslados. O tienen torneos, campeonatos. Cada una de esas situaciones genera, a lo mejor, un pedido de cuota extraordinaria económica, un pedido de autorización para salir del país; que el niño del polideportivo no lo necesita. Todo ese desacuerdo no se genera. No se genera el desacuerdo, porque no está la posibilidad de acceder”.*

*“Han venido a reclamar por el uso de la cuchara marca Avent para comer, porque el papá usa otra cuchara y el nene está acostumbrado a la Avent o porque la papilla en la otra casa no es tricolor”.*

Otra razón que podría explicar la mayor conflictividad en estos casos es el hecho de que son familias que, para resolver sus diferencias, pueden recurrir a profesionales privados, como psicólogos o abogados que les orienten. Por lo tanto, de todo el universo de familias con ingresos económicos satisfechos, llegarían a los juzgados principalmente aquellas que no han logrado resolverlo, por fuera del ámbito judicial. Son grupos que también pueden acceder al pago de servicios profesionales para hallar una solución frente a este problema.

En contraste, las familias con recursos económicos limitados no tienen acceso a estos servicios privados y se ven obligadas a acudir directamente a los servicios públicos disponibles para este tipo de problemas, como son los juzgados de familia.

Otra de las observaciones que surgió de las entrevistas es que, por lo general, los niños más expuestos a los problemas entre sus padres, que más conocen del conflicto judicial y están más en el medio, pertenecen a sectores económicos de mayores ingresos.

*“En Luján, que como tenías más nivel socioeconómico alto -y la gente toma el dinero, a veces, como un factor de presión muy grande- ahí sí tenías... Inclusive acá (Juzgado de Las Heras) no llegan los chicos con la cabeza tan comida, como llegaban en Luján... Como que el chico queda más instrumentalizado a lograr el interés del adulto cuando hay mayores posibilidades económicas que cuando hay menos. Cuando no hay dinero vienen más como: bueno, ayúdenos a resolver este quilombo que tenemos como familia. Tal vez porque, en niveles socioeconómicos más altos, la violencia -no solamente hacia la mujer, sino la estructura familiar- es de otro tipo, es más velada, es esa la forma del padre de tener el control de los hijos; el control, obviamente, de lo que es la violencia típica, económica hacia la mujer. Eso sí, lo he visto mucho más allá. Cuando son más pobres es otro tipo de conflicto, que te obliga a ser creativo desde otro lugar. Es más: me explotó la bomba; no tengo plata para pagar los alimentos; los quiero comprar; no lo puedo hacer; etc., etc.”*

*“Cuando en el grupo familiar no tienen nivel adquisitivo. Lo veo como que, nada; vienen acá los chicos y charlan. Nada más. No tienen... No están. No tienen ni idea de cuál es el conflicto que existe entre*



*los padres. Hay conflictos, ¿no? Pero cuando... Sí me ha pasado que, cuando más dinero tiene la familia, el grupo familiar, los chicos están más interiorizados de cuál... Si es la casa, o si es tal cosa, o si es tal otra, o si es... O si es el club: porque mi papá no quiere que vaya a tal club; o porque tal club... Sí. Eso veo”.*

Por último, las trabajadoras sociales del Equipo de Intervención Social, expresaron en las entrevistas una percepción similar a la mencionada anteriormente. Además, al profundizar el análisis, mencionan que existe una relación entre el grado de instrucción de las madres y el mayor involucramiento de las niñas en el conflicto. No solo es el poder adquisitivo, sino que las niñas que están más inmersas en el conflicto, pertenecen a familias con mayores niveles educativos.

*“Cuando mayores son los niveles de instrucción tienen más capacidad para manipular al niño y a nosotras es como que una tiene que tener otras estrategias, cuando hay menos niveles de instrucción o menos recursos por ahí eso se hace más evidente en el discurso porque lo dejan pasar y lo dicen entonces uno puede empezar, cuando hay más nivel de instrucción hay una mayor manipulación de lo que se dice y eso cuesta más”.*

Para concluir, puede afirmarse, en relación al segundo objetivo de esta investigación, que existe una relación entre la participación de las niñas en los procedimientos judiciales, el nivel socioeconómico del grupo familiar y el grado de beligerancia presente en el proceso. Se observa con cierta regularidad, debido a varias razones, que las niñas están más involucradas y hay una mayor litigiosidad en estratos con mayores ingresos económicos.

## **b. Conflicto familiar y cuestión de géneros**

La distribución de roles de género dentro del seno familiar, es otra de las cuestiones que está presente entre las creencias y mandatos subyacentes que fundamentan y contribuyen a los conflictos familiares judicializados.

La tradicional asignación de roles familiares en función del género, ha sido interpelada en el último tiempo. La democratización de la vida familiar, la creciente participación de las mujeres al mercado laboral y la denuncia social frente a la inequidad distributiva en las tareas de cuidado, son algunas de las cuestiones que han promovido esta reflexión.

De las entrevistas surgió que *“La parentalidad es ejercida preponderante por la mamá. El papá sigue teniendo un rol periférico”*. La mayoría de las familias mantienen el modelo tradicional en este aspecto. No obstante, se observa una tendencia creciente hacia una mayor implicación de los progenitores varones en las tareas de cuidado.

*“Se está modificando bastante. Eso sí se está moviendo mucho. Eso sí. O acuerdos de parentalidad en la que se comparten realmente los cuidados. O varones más interesados en ejercer el rol de verdad. No ese rol de acompañamiento que nosotros veíamos antes”*.

Durante la entrevista, al preguntar sobre qué cambios han observado a lo largo de los años, surgió la tendencia hacia una mayor participación de los padres en las tareas de cuidado. Esta orientación parece estar en ascenso, especialmente considerando que en las parejas más jóvenes se observa una mayor equidad en la distribución de las tareas de cuidado.

*“Sí he visto, a lo mejor en parejas más jóvenes, una mayor proactividad por parte del papá en involucrarse en actividades de los chicos. En familias más jovencitas”*.

Además, durante las entrevistas, se señaló la modificación del Código Civil y Comercial en el año 2015 como un factor emergente que habría colaborado en esta dirección. La jurisprudencia, con anterioridad a la sanción del Código ya había hecho lugar a algunos pedidos sobre responsabilidad parental compartida, pero no tenía la masividad que tiene ahora.

Cabe agregar la influencia que ha tenido en esta transformación, la persistente lucha del movimiento feminista por una redistribución equitativas de las tareas de cuidado dentro del hogar<sup>31</sup>.

*“Desde el nuevo código los papás y las mamás entienden que son los dos los responsables cuando se separan. Antes comprendían que uno era el responsable y el otro ayudaba, colaboraba, visitaba, participaba. Era más periférico. En cambio, después del Código –esto se fue generando previamente con la jurisprudencia- entendieron que son los dos. Entonces, pueden venir los dos a pedir cosas. Por ejemplo, antes el tema colegio lo decidía uno y punto. Ahora entienden que los dos deciden. Hay*

---

<sup>31</sup> Desde los Estudios de Género, las aproximaciones a las familias se han enriquecido enormemente, como toda investigación en la materia lo reconoce. El impacto del feminismo y sus demandas politizó la vida cotidiana, mostrando el poder que se ejerce en el ámbito de lo íntimo, fuera del espacio público y poniendo en cuestión la dicotomía entre lo público y lo privado (...) Desde fines de la década del sesenta, las pensadoras feministas analizaron la relación entre trabajo doméstico y capitalismo, denunciando la explotación del trabajo reproductivo y doméstico de las mujeres, argumentando acerca de la doble explotación de la que eran objeto como reproductoras de la fuerza de trabajo dentro de la familia y como asalariadas en el mercado laboral. (Tarducci, 2008, p.10)

*desacuerdo. Y hay, desde... no sé, 4 años atrás, muchos más conflictos para decidir escuela, club, viajes: la modalidad, dónde ir. O sea, de esa situación tengo más casos”.*

Simultáneamente a estos cambios, hay algunas personas que no desean desvincularse de los roles históricamente asignados y compartirlos con el otro progenitor. Según Garay (2008), “Todo lo que no coincida con esta imagen idealizada es catalogado de anormal y hace sentir inadecuada y/o culpable a la mujer que experimente sentimientos contrarios a este ideal maternal” (p.33). No todas las mujeres experimentan la maternidad de la misma forma, pero, como señala Tarducci (2008), maternar sigue siendo visto como algo *natural* por aquellas que se adhieren a los patrones dominantes sobre lo que debe ser una madre.

Existen en la socialización diferencial de género, nociones como la de la maternidad intensiva (Hays, 2000) abnegada, sacrificada, de entrega, de amor incondicional y postergación que estructuran y son estructuradas por las tradiciones familiares. La maternidad, como experiencia individual y como normativa moral, a la vez que ha cedido parte de sus prácticas a la paternidad, siguen consolidándose en muchas mujeres como un espacio propio, un espacio irrenunciable de la propia identidad femenina. (Castilla, 2011, p.209)

El relato de una audiencia por una de las entrevistadas, refleja esta tensión:

*“Por ejemplo, tuvimos una audiencia donde debían organizar el cuidado personal y lograron ponerse de acuerdo. Cuando estábamos definiendo los días, la mujer dijo: 'Bueno, que sea del viernes al domingo'. Entonces, el padre le respondió: 'No, directamente que sea del viernes y yo los llevo a la escuela el lunes; así puedo estar con ellos también el domingo por la noche y los preparo...'; 'No, no', dijo ella. 'Yo quiero llevarlos el lunes a la escuela'. Entonces le preguntamos por qué, se angustió y respondió: 'Toda mi vida los he llevado yo'. Se puso mal, diciendo que no quería perder ese contacto. Le explicamos que tenía que generar el espacio y habilitar la presencia del padre, que se compromete y quiere cuidar, que quiere ser un papá activo y participar en la escuela; y que ella tendría el resto de los días para...”*

También la inserción al mercado laboral de las mujeres genera nuevas tensiones, por ejemplo, frente a la posibilidad de trasladar el centro de vida a otra ciudad, debido al trabajo de la progenitora.

*“Está marcada la tendencia, pero no tanto. Como que ya se van... Me parece que, con la diferenciación de roles y con roles que están un poquito más equiparados y no tan marcado por los estereotipos, de a poco... Es como una tendencia que se va modificando. En muchísimos casos, son mamás que rehacen su vida; no solamente sentimental, sino profesional, porque se van a vivir a otro lado y demás. Y que los chicos, tal vez me han tocado un par de casos acá, con edad y grado de madurez suficiente, dicen: miren, yo me quiero quedar acá, porque mi centro de vida está acá... Entonces, surgen algunas cosas. Y esa mamá no ve a los chicos por un régimen de comunicación. El otro día tomé una audiencia. En Italia está la madre. Para ver el régimen de comunicación virtual. Porque esa mamá, está trabajando en Italia. Se separó del papá. Y la mamá se fue a Italia ¿Qué pasa? ¡ohh, ¿cómo va a dejar a los hijos y se va a ir?! Entonces el papá restringe el régimen, porque ella es la mala que se fue. Si fuese el papá el que está en Italia, nadie diría nada. O sea, que la justicia también viene ahí como a equiparar”.*

En el juzgado de familia se reproducen las tensiones que interpelan los patrones sociales tradicionales: *“nos sigue pareciendo como algo raro que una mamá no pida el cuidado de sus hijos”*. Por eso, es interesante el planteo de Castilla (2011) para asumir que estas transformaciones se dan en forma simultánea con la continuidad de los modelos anteriores: *“Los nuevos sentidos que se tejen en torno a la familia y las relaciones inter/intra género, conviven con pautas familiares patriarcales y con la persistencia de un núcleo duro del horizonte ideacional de la “buena maternidad” y de la “buena paternidad” (p.263).*

También se observa que la mayor participación del varón en el cuidado de les hijes ha generado nuevos conflictos. Aparece la necesidad de tomar decisiones conjuntas sobre temas que antes recaían exclusivamente en las madres: la elección de la escuela, tratamientos médicos, entre otros. Según Felitti (2011), *“la creciente participación masculina en las dinámicas familiares y domésticas es una característica de esta época (...) aparecen entonces contradicciones, disputas y/o acuerdos en el proceso de incorporación del padre en las tareas de crianza” (p.19).*

En otras palabras, las decisiones que cada quien tomaba desde rol que cumplía por su género; ahora requieren de acuerdos. Hay un corrimiento desde los lugares predeterminados por el género, hacia una distribución de funciones por fuera de las asignaciones tradicionales. Esto, por un lado, posibilita el desarrollo individual de las personas. Por otro lado, coloca a las parejas en un terreno de negociación, frente a un abanico de cuestiones a decidir.

La Dra. Kemelmajer (2019), aludiendo a las ventajas de la custodia compartida señaló que *“reduce la litigiosidad entre los padres, dado que el otorgamiento de la custodia a uno solo de ellos en muchas ocasiones acrecienta los conflictos debido a la desigualdad que se genera en el ámbito de las relaciones con los hijos” (p.106).*

Sin embargo, desde la existencia de esta figura en el Código, no se ha observado una reducción en los litigios, por el contrario, se ha constatado una mayor complejización de estos. La necesidad de acordar sobre más puntos de la crianza, puede ser uno de los factores generadores de un aumento de la cantidad de litigios en el fuero de familia.

Además, se ha observado que no siempre esta figura se utiliza para los fines legalmente previstos. Les entrevistades, refieren que han visto muchos casos en que los varones solicitan el cuidado personal compartido alternado, como estrategia para evitar el pago de la cuota alimentaria a la madre. Dicho de otro modo, la regulación legal de la custodia compartida, ha incidido directamente en un aumento de peticiones judiciales por cuidado personal compartido alternado, para obtener como resultado la reducción o no de fijación de cuota alimentaria.

*“He tenido casos que han pedido una coparentalidad. Y otros casos en donde hay que ser muy cuidadosos para no atar esa situación a la cuota alimentaria, donde piden alternado para pasar menos. Que eso también en las audiencias lo digo: que esto no va de la mano, porque no es una relación automática de días horas y minutos y pesos”.*

*“Y se los explico. Se lo dejo también claro. No, no, no, mire; a ver, que usted pague cuota alimentaria no tiene nada que ver con el régimen de comunicación o el de cuidado. Y si tienen cuidado alternado... Porque esa es la gran duda. El cuidado alternado y el cuidado... No, si usted tiene cuidado alternado, lo mismo; salud, educación, alimento, vivienda, el niño tiene que tenerlo. Independientemente de que pase una semana con usted y una semana con...; y tiene que tener el mismo nivel con usted y con la mamá”.*

Todes les entrevistades, expresaron que el criterio judicial sostenido es que la fijación de la cuota no está directamente vinculada al tiempo que cada una pasa con sus hijos. Sino que se consideran muchos otros elementos como las posibilidades del alimentante, las necesidades materiales de cada niño, la salida al mercado laboral de la madre si antes no trabajó, entre otros.

Podemos concluir con Daich (2005) que “en nuestras sociedades, el derecho es un discurso social muy poderoso que, como construcción cultural, interviene en la construcción de la realidad social” (p.326). Por eso, el Código Civil receptó la demanda feminista de una distribución más equitativa de las tareas de cuidado y, entre otras figuras, reguló el cuidado personal compartido. A su vez, la regulación legal influyó en un aumento de personas que requieren el cuidado personal compartido ya sea de manera genuina o para no cumplir con la

responsabilidad alimentaria. Este hecho, no ha disminuido la cantidad de litigios, sino que ha traído aparejados pleitos más complejos y por otras razones diferentes.

### **c. Participación de otras disciplinas**

Otra de las características actuales del conflicto familiar judicializado que surgió con cierta regularidad en las entrevistas, es la incidencia de la psicología como una disciplina esencial e imprescindible en este tipo de situaciones.

Los psicólogos intervienen desde diferentes dispositivos: prueba pericial, participación en audiencia con el juez, terapia bajo mandato, terapia infantil, entre otros.

En la mayoría de los juzgados no se realizan pericias psicológicas a los niños, a menos que en la audiencia de escucha surjan indicios o alertas que motiven su necesidad. Una minoría de asesoras mencionó que, previo a la audiencia, si de la lectura del expediente por su complejidad, observan que es necesario, solicitan pericia previa.

Una sola asesora expresó que para ella es fundamental que siempre esté la pericia porque de ese modo cuenta con más elementos para saber las características de el niño que entrevistará.

Hay disparidad de criterios sobre este punto. Sin embargo, la mayoría considera que cuando se realiza la pericia psicológica con anterioridad a la audiencia, si del informe surge evidente la opinión de el niño, se toma como forma directa de ejercer el derecho a ser oído. Pues les “*niños participan en primera persona, ponen su cuerpo en esa instancia*”. En esos casos generalmente no se lleva a cabo la audiencia de escucha y tienen por incorporado el relato de el niño en la causa.

*“A veces, es la pericia. A veces, el informe de la psicóloga. Es más, si están esas otras posibilidades, le damos bastante importancia. También a los informes de psicólogos particulares. También creo que es importante que, si ya contás con la voz del niño en el expediente y ves que no es necesario -o que al final puede ser perjudicial para él, por las veces que ha sido citado y demás- está bueno no citarlo”.*

La pericia realizada por psicólogos del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario, tiene mayor peso que los informes de psicólogos particulares. Algunas personas entrevistadas observan

que los informes de profesionales particulares suelen reflejar la perspectiva de le progenitore que les contrata. A su vez, cuando le terapeuta indica algo opuesto a la voluntad de le xadre contratante, cambian de profesional para le niñe, hasta hallar una que coincida. Debido a esto, los informes de psicólogos particulares no se consideran significativos para incorporar la voz de le niñe en el proceso.

*“Creo que otra manera de escucharlos es viendo lo que les dijo la terapeuta. O lo que le dijo la trabajadora social. Son recursos. Para mí, son como brazos ejecutores nuestros ...Y nos aportan. Tengo que ser absolutamente respetuosa de que lo han hecho bien. Porque si no, no estarían donde están y cumpliendo las funciones que cumplen. Con los psicólogos particulares tengo más reparos. Y te digo por qué. Si yo tengo papás enfrentados lo más probable... No digo que siempre ocurra, pero lo más probable es que el papá que ejerce el cuidado personal elija un profesional de la salud mental que acompañe sus pretensiones y sus aspiraciones”.*

*“No los informes particulares de terapeutas. No me confío tanto en los informes particulares de terapeutas. Pero sí en los oficiales”.*

Por otra parte, los conflictos familiares son complejos y multicausales, la intervención judicial, en muchas ocasiones, es insuficiente para solucionar problemas que generalmente escapan a lo estrictamente jurídico (Hacker, 2019; Guahnon, 2007). De allí que algunos operadores de justicia busquen otras herramientas como, por ejemplo: ordenar la realización de tratamiento psicológico a les xadres y supervisar su cumplimiento.

La denominada terapia bajo mandato, ha sido ampliamente analizada en el ámbito del derecho de familia y ha recibido tanto críticas como elogios en cuanto a su efectividad. Sin embargo, como práctica concreta sigue siendo muy utilizada en los expedientes judiciales.

Me interesa explorar la incidencia de la psicología en los conflictos familiares judicializados, desde el análisis que realiza Donzelot (2008) en *La policía de las familias*. El autor estudia hasta qué punto la familia moderna, despojada de su poder en tanto institución, es ahora responsable del desarrollo individual de cada integrante. La familia se presenta “como el único modelo posible de socialización y a la vez como la fuente de todas las insatisfacciones” (p.210). En su obra, relaciona específicamente la difusión del psicoanálisis en el último siglo,

con el aumento de las expectativas sociales depositadas sobre la familia que, así mismo, asume una mayor responsabilidad en la adecuada socialización de sus integrantes.

En la actualidad, los padres, requieren cada vez de más especialistas para escuchar, contener, organizar, disciplinar, conducir, diagnosticar, medicar, socializar y revisar los comportamientos de sus hijos. La familia, se vuelve una ávida consumidora de cuanto pueda ayudarle para cumplir con los estándares de crianza adecuados para sus hijos. Donzelot (2008) destaca esta realidad al decir: "La sociedad dicta sus modelos, ellos procuran reproducirlos [...] ya no está permitido, como en un remoto pasado, que los niños salgan mal" (p. 206).

Continúa el autor expresando que, la familia se presenta como el único modelo posible de socialización, pero también como la única responsable de los fracasos individuales de sus integrantes. Desde el psicoanálisis, tanto el exceso como la carencia de afecto familiar explican la mayoría de las frustraciones de los individuos. Siempre hay un retorno a la experiencia familiar que, a la vez, refuerza la sensación de impotencia de los padres. "La normalización relacional, la operacionalización del psicoanálisis iría más bien en el sentido de una *impotencialización* funcional de la familia" (p.207). De esta forma, los progenitores sentirán el yugo de la supervisión simbólica y el riesgo de caer en falta en relación a las expectativas sociales que recaen sobre ellos.

De esta forma el psicoanálisis para el autor, se ha convertido en un medio útil para inocular determinadas exigencias hacia el interior de la familia. Se establece una teoría de cómo debe actuar y a la vez una sospecha en relación a cómo actúa en la práctica, esto refuerza la sensación de impotencia y fracaso de los padres que, a priori, esta disciplina intenta revertir.

La percepción de los padres de no poder cumplir con las exigencias sociales que recaen sobre ellos, puede vincularse con el aumento de la judicialización de los conflictos familiares analizado en el capítulo 2.c, sobre la Justicia de Familia. Las personas acuden a los espacios



que tienen a disposición en busca de consejo u orientación, frente a la sensación generalizada de que, ante la separación de la pareja, no sabrán qué es lo mejor para sus hijos.

A su vez, el Fuero de Familia refuerza la tendencia aquí analizada, de considerar a la psicología como el ámbito por excelencia para la resolución de conflictos familiares. Existe una fuerte interacción entre las disciplinas relacionadas a la salud mental y la Justicia de Familia en la intervención sobre las familias contemporáneas, como responsables del desarrollo individual y social de sus integrantes.

Si a inicios del siglo XX los promotores del bienestar infantil abogaron por una sentimentalización de la vida infantil que dio lugar a nuestro concepto moderno de infancia, a tal sentimentalización sucedió una psicologización de la representación del “niño”. El proceso de psicologización fue de la mano de una nueva inscripción del niño en su familia, en la que el abandono se desplazó de su connotación moral para ser tratado en clave científica a partir de las tesis psicoanalíticas sobre la constitución subjetiva. (Llobet, 2013, p.217)

Esta mayor participación de la psicología en el ámbito judicial, se vincula con lo expresado en el capítulo 2, sobre los cambios que han impactado en la Justicia de Familia en el último siglo, entre ellos, la mayor participación de otras disciplinas en el desarrollo del proceso judicial.

No obstante, la Justicia, al mantener su posición de autoridad, puede utilizar mecanismos disciplinarios para fortalecer su propio poder, ocultando así una práctica jurídica travestida en ciencias "psi" (Daich, 2004), que perpetúa la regulación disciplinaria de la población.

En este contexto, a la vez que la psicología ha profundizado su intervención en los conflictos familiares judicializados, el Derecho ha permeado en la psicología introduciendo la noción jurídica de infancia basada en la Convención, le niño como sujeto de derechos. Bustelo (2011) destaca que incluso en el campo de la infancia existen disputas y luchas por obtener poder simbólico y prestigio entre diferentes grupos de conocimiento.

En la actualidad los derechos de los niños están atrapados en esa lógica, se cree que una investigación y aplicación son competencia única del Derecho de la Infancia y Adolescencia. Aun así, la disciplina jurídica ha evidenciado sus limitaciones para comprender los derechos de los NNA. Un malestar compartido con otras disciplinas, tanto la Sociología, la Pedagogía,

la Antropología, o la Psicología, son incapaces por sí solas de leer amplia y profundamente los derechos de los NNA” (Bácares, 2012, p.32).

La hegemonía del Derecho, por sobre otras ciencias humanas en la narrativa acerca de la infancia, se refleja especialmente en el proceso judicial. Allí, incluso la psicología y el resto de las disciplinas se sitúan en un rol auxiliar a la Justicia. Su presencia y participación están determinadas en función de este proceso y definidas por quien lo dirige. La intervención o no de otras disciplinas y el valor que se le asigna a esta participación, se debate y define entre abogados (patrocinantes, jueces y asesores) y conforme a las reglas jurídicas establecidas.

#### **d. Entre la lógica de la pertenencia y la competencia**

El análisis de la relación entre la participación de los niños en la justicia y este tipo de conflicto familiar judicializado, se plantea como segundo objetivo de este trabajo. Al profundizar sobre las características de este conflicto, además del nivel socio-económico y la cuestión de género, en las entrevistas se mencionaron otras razones que impulsan a las personas hacia el Fuero de Familia en esos casos. Los motivos que se expresaron, guardan una estrecha relación con la forma en que se comunican los padres luego de la ruptura de la pareja.

Una de las causas fundamentales para acudir a la Justicia, tras la separación, es la interrupción de una adecuada comunicación entre los padres. Esto plantea el interrogante, desarrollado como último objetivo específico, sobre las ideas, creencias y mandatos que podrían encontrarse a la base de estos conflictos familiares y, cuya incidencia modificaría estructuralmente las formas de comunicación entre los padres.

Por un lado, aparece, por parte de los magistrados, la consideración de la familia nuclear convivencial, basada en la pareja, como modelo universal. Aunque con una distribución más equitativa de las tareas de cuidado que otrora. Según su representación, la ruptura de esta estructura conlleva, por sí misma, mayores conflictos para la co-crianza. En otras palabras, la separación se percibe como una discordia que, por sí misma, genera problemas que no existían

durante la convivencia. No se visualiza este momento como una posible oportunidad para pacificar la vida familiar, al dejar atrás las diferencias inherentes a la vida en pareja.

*“Les explico que, tanto la mamá como el papá, tienen deberes comunes en el cuidado. Y que mientras viven juntos es más fácil. Porque les digo yo, mientras yo preparo la comida, mi marido le seca el pelo a la nena; mientras baño al más chiquitito, mi marido va armando las mochilas; yo los llevo a la escuela, él los va a buscar; o sea, nos repartimos las tareas. El problema es cuando se separan, les digo. Primero, que si separan es porque no se llevan bien. Se empiezan a reír. Les digo: y es más difícil comunicarse, ponerse de acuerdo; entonces, tienen que empezar a repartirse: ¿cómo hacemos ahora para cuidarlos juntos, aunque no estamos juntos?; ¿y si no se ponen de acuerdo? ¿La mamá y el papá se ponen de acuerdo?, le digo. Fantástico ¿Y si no se ponen de acuerdo? Ahí está la juez”*

*“Entonces, a partir de un hecho se arma toda una historia; que yo siempre les digo, si ustedes estuvieran viviendo juntos esta historia es: che, dale un... arreglá al niño; cambiale los pañales, no sé qué... algo. Pasa algo que en la vida cotidiana es común, pero cuando estás separado se magnifica. Y genera un expediente. Y genera otro. Y otro. Y otro”.*

En la representación de los adultos, tanto magistrados como padres, “se mantiene la vivencia del conflicto como algo negativo y se pone acento en la lucha más que en la posibilidad de un cambio superador” (Grosman, 1994). Esto se debe a que “las unidades domésticas generadas en torno a la pareja de padres, siguen siendo aceptadas como lo “normal”, lo natural y lo deseable” (Nari, 2004, p.63). Entonces la ruptura de este tipo de agrupamiento social, se percibe como el problema central del que devienen el resto de los conflictos entre los padres.

Daich (2009) reafirma la centralidad de la familia nuclear como modelo universal de familia en la sociedad actual, aun cuando se reconocen otros tipos de familias, ésta conserva su lugar de “normalidad”:

Con todo, la familia nuclear, más que un "objeto de nostalgia" en la posmodernidad (Bestard, 1998)- o quizás por eso mismo- se presenta, en nuestras sociedades, como el modelo ideal. No es que no se reconozcan otros tipos de familias, sino que éstas son evaluadas en relación a aquélla; la familia nuclear aparece como modelo óptimo o incluso como la familia "normal". Funciona en el imaginario cultural y social, en la disciplina jurídica y en la política, y aparece, también, con sus defensores y detractores, en la tramitación judicial de los conflictos familiares, en la renegociación —a través de la arena judicial- de los vínculos. Sugiere Pitch (2003) que, a pesar de la multiplicación de los tipos familiares, el actual énfasis, en los países occidentales, sobre los derechos de los niños y los derechos de los padres -normativamente equivalentes a las madres- ha dado lugar a una re-proposición ideológica y simbólica del modelo de familia nuclear como el óptimo. Más aún, según la autora, el núcleo fuerte en este ideal de la familia conyugal - dos padres de sexo diverso y sus hijos- se basa en la relación sexual entre dos adultos, relación que cada vez más, dice, se entiende como un contrato entre iguales. (Daich, 2009, p.18)

Sin embargo, los estudios sobre violencia intrafamiliar señalan que la convivencia no siempre garantiza la ausencia de conflictos familiares. De hecho, la creciente intervención estatal en la vida familiar se ha justificado, en parte, por la necesidad de proteger los derechos de sus integrantes dentro del hogar. Existe un amplio desarrollo teórico sobre cómo la familia convivencial, también puede ser un espacio donde circulan distintas formas de violencias e inequidades.

Desde otro punto de vista; “que los progenitores interrumpen su convivencia es una contingencia posible, que puede ser dañina o no, no por sí misma, sino de acuerdo a cuáles sean las actitudes que los progenitores asuman con posterioridad tal separación (Herrera, Caramelo, y Picasso, 2015, t. 2, p.488).

La ruptura de la pareja puede ser, a veces, un punto de inflexión para facilitar una distribución más organizada y equitativa de la crianza. La separación puede funcionar como condición de posibilidad (Donzelot, 2008), en el marco la de crisis familiar. Dicho de otro modo, la interrupción de la convivencia y la consiguiente disociación entre pareja y crianza, podría dar lugar a nuevas formas de co-parentalidad, mejor organizadas y alejadas de los conflictos sexo-afectivos que atraviesan las parejas.

Pero, como expresé en el inicio de este punto, a nivel simbólico (Scott, 1985) la familia nuclear sigue operando como modelo de referencia y simboliza un refugio frente a los peligros que presenta la sociedad en general. Se mantiene como el espacio principal para la confianza y el afecto.

En las familias se produce una fuerza instituyente que produce los “afectos obligados y las obligaciones afectivas” que nos sacan de nuestra disposición a actuar como individuos separados, incorporando en nosotros una disposición a actuar para el grupo, a través del mantenimiento del sentimiento familiar: el mandato de amor conyugal, amor filial, amor maternal, amor fraternal. (González, 2013, p.88)

Vasallo (2021) expresa que, en el imaginario colectivo de nuestra sociedad, la pareja continúa cumpliendo una función de soporte necesario, jerarquizado y privilegiado por sobre otras relaciones afectivas.

La pareja heterosexual deviene una promesa de pertenencia, de igualdad, de protección, en la que las diferencias internas pasan a obviarse en favor de un bien común (...) el nosotros que se construye de esta manera es un nosotros monógamo, aglutinado, sobre la base del amor romántico grupal. Un nosotros con una mística de la pertenencia (ancestros comunes o cualquier otro aglutinante identitario pretérito) a la que hay que adscribirse incluso en contra de las evidencias porque no hay posibilidad alguna de pertenecer sin adscribir a esa mística. Ese nosotros es, además, total y totalizante, No puede haber fracturas en la pertenencia. (Vasallo, 2021, p.230)

Desde este lugar hegemónico que ocupa la pareja, cuando una relación llega a su fin, no solo se quiebra el lazo entre los adultos, sino que también se desarma la pertenencia a una misma unidad familiar. Las personas ya no comparten ese vínculo, y pasan a relacionarse, únicamente, a través de los lazos individuales que cada uno sostiene con los hijos en común<sup>32</sup>.

En la sociedad contemporánea, esta nueva relación entre los padres tras el fin de la pareja, no encuentra una forma propia. Entonces, el vínculo adquiere, por lo general, las características de las relaciones entre personas que no son familiares ni amigos. Para explicar esto, recorro a algunos conceptos de Najmanovich (2021) respecto las relaciones sociales en la modernidad actual.

La pensadora expresa que nuestra identidad como individuos se ha moldeado a partir del legado patriarcal, una estructura que, como señala Segato (2018), se construye sobre la base de una *pedagogía de la crueldad*. En ese modelo, la Modernidad nace a partir de la destrucción de los lazos comunitarios anteriores. Una de las características inherentes a esta estructura, es el miedo a la alteridad, al 'otro'. Todo aquello que es diferente al individuo se percibe como

---

<sup>32</sup> Una muestra de esto es el hecho de que, en nuestra lengua, carecemos de palabras que definan el nuevo lazo entre padres que comparten la crianza de sus hijos y ya no son pareja. Todavía no exista un término específico para describir esa relación. A menudo se alude a ella en función de lo que fueron en el pasado: ex-pareja; o en referencia a otro vínculo: "el padre de mi hijo/a" "la madre de mi hijo/a". Pareciera que el idioma castellano no se ha hecho eco aún, de la posibilidad de que los adultos mantengan vínculos de afecto, protección y cuidado entre sí, aún después de ser pareja.

una amenaza para lo que se considera como propio: sus posesiones, su familia, entre otros. Bajo esta perspectiva, la familia se concibe como un refugio protector frente a una sociedad percibida como peligrosa y extraña.

El individualismo extremo es el triunfo último del capitalismo emocional, la última parada que se inició con la imposición de un modelo único de sexo-afectividad productiva y reproductiva que ha llevado a reducirnos al dúo complementario y encerrado en los pisos de la arquitectura urbana desarrollista, bajo puertas blindadas e infinitamente desconectadas del exterior. Esta pareja que también es el refugio último frente a las inclemencias de un mundo obscuramente desgarrador, la última posibilidad de rescate del naufragio colectivo, esa promesa de salvación. Romper ese vínculo sexo-afectivo (único exclusivo y jerárquico) sin abrir otras perspectivas comunitarias también es aventurarse a una soledad que es real en un mundo igualmente real, en ese territorio de desamparo que habitamos, de indiferencia generalizada hacia la suerte de tus congéneres, de tu entorno. (Vasallo, 2021, p.123)

Cuando la pareja se rompe, esa persona que hasta el momento integraba el grupo familiar, cruza el umbral, abandonando la pertenencia al núcleo familiar. Las nuevas formas de comunicación con la ex-pareja pueden tomar dos caminos: persistir en un marco de diálogo y consenso o adoptar el modelo de relación dominante entre personas que ya no pertenecen al grupo primario: la competencia. La lógica de la pertenencia, propia de la familiaridad, daría paso en esta relación a la lógica de la competencia, característica de la Modernidad.

Por fuera de la familia, del grupo de pertenencia, el nuevo sujeto que algunos llaman pos-moderno, de una subjetividad en licuación, subjetividad neoliberal, tomando otros autores podría llamar a este sujeto, “empresario de sí” porque la característica central del cambio entre la modernidad sólida y la modernidad en licuación, es precisamente la de entender la existencia ya no como un contrato con un privilegio del ciudadano sino como una competencia generalizada entre individuos (...) conforma un individuo que se concibe asimismo en competencia con todos, es el sujeto de una cultura del sálvese quien pueda. (Najmanovich, 2021)

Siguiendo este análisis, si alguno de los padres, luego de la ruptura, experimenta a los otros como una alteridad amenazante por fuera del núcleo familiar, adoptará como forma de comunicación, la lógica de competencia.

Desde esta lógica comunicacional basada en competir; la Justicia podría presentarse, como el espacio propicio por antonomasia, para resolver las disputas entre padres. Entonces, en la sociedad actual, la Justicia de Familia operaría como el campo de juego por excelencia para dirimir conflictos familiares, fuera del ámbito privado.

A pesar de la hegemonía de la lógica de la competencia por sobre la pertenencia, les magistrades intentan apartarse de ello y trabajar en la búsqueda de soluciones consensuadas entre los padres. De hecho, valoran como positiva su labor cuando mencionan la cantidad de causas judiciales que terminan con una conciliación entre las partes.

Esta característica del proceso de familia permite que se la denomine como justicia de acompañamiento o proximidad, trocando del modelo adversarial al modelo de autocomposición basado en la comunicación y la escucha activa, con la ayuda de un tercero (juez, mediador, consejero, etc.) comprometido con el problema existencial que atraviesa la familia, ofreciéndole una recomposición razonable y justa. (Ferrer y Ruggeri, 2019, p.50)

Así, el Fuero de Familia, se diferencia de otros fueros más orientados al enfrentamiento. El conflicto familiar tiene características que requieren un abordaje distinto al resto de las cuestiones que se ventilan en los tribunales. En lugar de resolver estableciendo ganadores y perdedores, busca orientar a la familia para encontrar un nuevo equilibrio en su estructura (Kemelmajer, 1993).

*“la justicia de familia tiene esa mixtura entre lo civil, lo penal. Y por eso se mezclan tanto los principios. En algunos casos los principios expositivos, el principio inquisitivo. Pero sí, tienen mucho que ver con la posibilidad de conciliar, de mediar, de recomponer, o de empezar a andar un camino de una forma distinta a como se venía llevando a cabo -frente a la ruptura”*

En resumen, las familias que recurren al sistema judicial reflejan, por lo general, el discurso social predominante que establece la competencia como forma principal de comunicación entre exparejas. Aun así, les magistrades consideran que la conciliación entre ellos, es un objetivo al que arribar, dentro de la instancia judicial.

En este contexto, si se desglosa el universo de familias que acude a la Justicia por estos temas, se pueden distinguir diferentes grupos: Quienes acuerdan en etapa prejudicial y sólo necesitan la homologación judicial del convenio, quienes llegan a un acuerdo durante el proceso judicial con la intervención de le juez. Y, por último, un grupo menos numeroso, pero más complejo, adonde el conflicto es más agudo.

A continuación, analizaré estos tres grandes grupos profundizando en cómo se relaciona cada uno de estos segmentos, que van de un menor a un mayor grado de litigiosidad, con la participación de los niños en el proceso judicial.

#### **e. Participación judicial de los niños según el grado de conflictividad familiar**

##### **Homologación de convenio y participación de los niños**

Del universo de parejas no convivientes con hijos en común, existe una gran cantidad que acuerdan entre ellos sobre el cuidado personal, sin llegar a la Justicia. Otro grupo, logra un acuerdo con la asistencia de abogados particulares o en la instancia prejudicial de mediación<sup>33</sup>, que luego se homologa judicialmente. Todos los niños que integran estos grupos familiares, no son entrevistados en la Justicia ni en otros organismos públicos respecto de qué opinan sobre la dinámica del cuidado personal definida por sus padres.

Entonces, el derecho de los niños a ser oídos en todo proceso que los afecte, queda limitado, como pauta general, al grupo de familias que judicializa el conflicto. Se restringe al universo de situaciones en que, por diferentes razones, no pudo arribar a un acuerdo en instancias extrajudiciales.

Muy pocos entrevistados manifestaron que en sus juzgados citen a los niños en el marco de un proceso de homologación de convenio por cuidado personal. Una minoría expresó que revisa el contenido de los acuerdos y excepcionalmente, “*cuando aparece algo que hace ruido*”, fijan audiencia con los niños en forma previa al dictado de sentencia homologatoria.

---

<sup>33</sup> En Mendoza existe el Cuerpo de Mediadores (art. 23 a 25 ley 9120) que intervienen en forma previa a la acción judicial, en tanto y cuanto se cumplan ciertos requisitos como el consentimiento mutuo y la ausencia de medidas de protección por violencia intrafamiliar entre las partes involucradas. Durante este proceso, los padres, con o sin abogados, se reúnen con un mediador con el fin de alcanzar un acuerdo en asuntos relacionados a la responsabilidad parental; cuota alimentaria, régimen de comunicación, cuidado personal, autorización para salir del país, entre otros. Si se logra el acuerdo, se homologa judicialmente, otorgándole así fuerza de sentencia judicial, sujeta a ejecución en caso de incumplimiento.



El criterio generalizado de no escuchar a los niños en las causas por homologación, deviene del respeto al derecho a la privacidad familiar y el principio de intervención subsidiaria del Estado. Se parte de la premisa de que: si los padres pudieron acordar fuera del ámbito judicial, es porque ellos saben mejor que nadie cuál es la dinámica vincular más adecuada para sus hijos. Se considera a la familia como un espacio autónomo de protección de sus integrantes. Este criterio, entraría en tensión en cierta forma, con el principio general establecido en la Convención, de escuchar a los niños en todo proceso que les afecte.

*“Ese es otro tema. Cuando en un divorcio, si hay acuerdo -y las homologaciones también- y está referido a cuestiones solo entre mayores y cuestiones patrimoniales, la oficiosidad, la intervención del Estado –que es el ojo del juez- para mí se corre. Y hay más espacio de autonomía personal, porque tiene que ver con la filosofía del nuevo código. Correlativamente, cuando acordamos o acuerdan cosas relacionadas con los niños, avanza un poco el control de méritos –como se le llama- por parte del Estado. Pero, siempre y cuando aparezca algo burdo, podemos hacer una escucha del niño o podemos objetar un convenio. Pero yo –es también una cuestión conceptual- no tengo porque no confiar en la autonomía y en el criterio de los padres para arreglar las cuestiones de los hijos. Entonces, no los convoco por que sí. Convoco cuando hay un conflicto serio o espiralado”.*

Al mismo tiempo, la propia Convención y la ley 26.061 reconoce que la intervención estatal en la vida familiar debe ser subsidiaria. La familia se ubica como la principal responsable del cuidado de los niños. Entonces, la injerencia de los organismos públicos en la vida familiar debería quedar relegada únicamente para aquellas situaciones en las que la familia no puede cumplir con las funciones socialmente asignadas.

A pesar que la CDN se refiere a los NNA, en algunos pasajes de sus artículos nombra a la familia y le otorga un papel sobresaliente en el acompañamiento y efectividad de los derechos consagrados para la infancia. En esa medida, la CDN deja al Estado como tarea apoyar también a la familia, pues en algunos casos a través de ella se pueden cumplir cabalmente los propios derechos de los NNA. (Bárcas, 2012, p.98)

Como mencioné en el capítulo 2, aquí también se presenta la tensión entre el derecho a la privacidad familiar y los derechos individuales de sus integrantes. Por un lado, en el derecho actual, aumenta el reconocimiento del derecho a la autonomía familiar. Por ejemplo, con la protección legal hacia distintas configuraciones familiares. Por el otro, se incrementa el control estatal hacia el interior de las familias en resguardo de los derechos individuales de cada integrante; sobre todo niños, personas con discapacidad y adultas mayores.

Ello nos coloca frente a lo que podríamos considerar una de las paradojas más importantes que soporta el derecho de familia en nuestros días, por un lado, la creciente privatización de la familia, que consiste en el hecho de que la sociedad contemporánea tiende a representar y a legitimar a la familia esencialmente como ámbito de las relaciones expresivo-comunicativas libre de cualquier tipo de responsabilidad pública. Por el otro, la publicización de la familia, es decir, el creciente interés del Estado en resguardar los derechos de los individuos y las relaciones en la familia de modo cada vez más detallado, sustancial e interno, en lugar de hacerlo según las modalidades generales, formales y exteriores. (Gil Domínguez, 2006, p.523)

Cecilia Grosman (1994), al referirse a esta tensión, menciona diferentes niveles de intervención estatal: Un primer nivel relacionado con las leyes que regulan la organización de la familia y establecen derechos, deberes y consecuencias ante el incumplimiento. Un segundo nivel de políticas públicas que el Estado debe implementar para brindar a los padres la asistencia adecuada para el desempeño de sus funciones<sup>34</sup> y un tercer nivel referido al ejercicio de las funciones parentales, donde prevalece el principio de subsidiaridad del Estado en la vida familiar.

La responsabilidad parental, tal y como está regulada, otorga a los adultos la facultad de acordar la dinámica de comunicación intra-familiar, sin injerencia estatal. En consecuencia, cuando los padres acuerdan, el Estado no tendrá conocimiento de los deseos e intereses de los niños, absteniéndose de interferir en ese ámbito familiar. Se aplicaría el principio de subsidiaridad estatal, al escuchar la opinión de los niños, únicamente cuando se abre la instancia judicial por demanda de uno de sus padres.

En otras palabras, el principio de uniformidad por el que todos los niños deben ser oídos en los asuntos que les afecten, cede frente al principio de subsidiaridad. La participación infantil en sede judicial, quedará condicionada a la imposibilidad de los adultos de acordar extrajudicialmente y al grado de litigiosidad que aparezca en esa discrepancia.

*“Creo que es importante la decisión del chico en un proceso cuando hay intereses controvertidos. Porque también creo que es importante su rol de hijo. Entonces, si los adultos pudieron acordar lo que es mejor para sus hijos, el Estado no tiene injerencia”.*

---

<sup>34</sup> Arts. 18, 24, 27, 28 de la Convención de Derechos del Niño; arts. 4, 5, 7 de la ley 26061 y concordantes.

Cabe aclarar que esta pauta no es unánime: Una persona respondió que, para dar cumplimiento al mandato convencional, les niños deberían ser oídos aun en homologaciones de convenio. Y que, en la actualidad, es imposible aplicar este criterio debido a la escasez de recursos institucionales y el cúmulo de trabajo.

Por último, actualmente existe una experiencia particular donde las mediadoras convocan y escuchan a los niños durante la etapa de mediación. Se entrevistó a quienes llevan a cabo esta práctica. Expusieron que no entrevistan a los niños en todos los casos, sino en situaciones muy específicas: cuando el acuerdo modifica significativamente el entorno vital de le niño, cuando con anterioridad al acuerdo le niño no ha conocido o no tiene contacto fluido con le progenitore no conviviente o; cuando del acuerdo resulta la separación convivencial de grupos de hermanes.

*“tenés que hacer un diagnóstico respecto de en qué casos vas a escuchar a los chicos y que generalmente depende del análisis que hiciste de ese caso y las inquietudes que te quedaron, me inquieta cuando hay cambios abruptos en relación al cuidado, por ejemplo, pasaron de estar con la mamá a vivir en el domicilio paterno de golpe, entonces me pregunto qué pasó, como están, que puedo aportar, esa es una de mis líneas de alarma o que siento que hay que intervenir o escucharlo”*

*“A los adolescentes generalmente los escucho, aparte un régimen de comunicación con adolescentes es raro, es difícil imponerles algo porque si tienen amigos donde vive la madre no se quieren ir, es como mantener sus intereses. También me preocupan las hermandades, cuando separan hermanos. Pasó mucho en pandemia porque no había recursos y ahora posiblemente empecemos a verlo de nuevo”.*

*“Y en las revinculaciones siempre los escucho, y les doy un tiempo para pensar, como quieren que sea, que vayan pensándolo. Cosa que es difícil porque el sistema no está pensado para procesos, te piden números”.*

En la práctica, luego del primer encuentro con los progenitores se evalúa la necesidad de escuchar a le niño, y en caso afirmativo, se lleva a cabo la entrevista. Posteriormente, se realiza una devolución a les padres y se construyen los ajustes necesarios al acuerdo inicial.

La persona entrevistada refirió que, aunque el sistema no lo promueva, su enfoque laboral le exige, desde una perspectiva ética, avanzar en la escucha a los niños, especialmente cuando el acuerdo de mediación va a tener un impacto significativo en sus vidas.

*“Yo siento que escuchar a los chicos, si bien por ley es obligación, es una paradoja porque después lo que se quieren son números, no calidad. Yo me siento éticamente tranquila de saber qué pasa con ese niño y que él también sepa”*

Según lo relevado en la entrevista, la labor realizada desde este espacio se extiende más allá de las funciones previstas para la mediación. Se asimila a un dispositivo de acompañamiento familiar que ofrece cierta flexibilidad y respeta la visión de proceso, de recorrido temporal que acontece en este tipo de conflictos. Permite hacer lugar a movimientos diferentes, conforme vayan sucediendo los hechos y según como se vayan adaptando los integrantes de la familia.

*“Las personas lo identifican como un espacio al que pueden volver, más como un proceso, no es solo para ratificar el acuerdo. Hay familias que vienen todos los años a volver a acordar y nuevamente revisamos por las circunstancias económicas. También hacemos acuerdos breves y vamos viendo yo les sugiero que anoten las recomendaciones y lo vemos en el encuentro siguiente. Como para que no se peleen entre ellos. Hago una intervención también con el tiempo, porque el tiempo es una intervención en sí, es un encuadre de trabajo porque no es lineal. Entonces les explico, es posible que el niño un día no quiera ir y eso no significa que fracasó todo. También para acompañar a los padres que están estresados con la separación y cualquier cambio se asustan, hay que despatologizar la crisis familiar.”*

*“Tenés que ayudar con herramientas para que ellos puedan empezar a confiar, es tranquilizarlos, darle margen al error, saber que puede llegar media hora tarde, digamos que el acuerdo no es algo que te garantiza la felicidad, sino que es un mínimo ordenamiento. Después del acuerdo van a surgir mil cosas más que ustedes tienen que resolver, transmitir eso que es un espacio para tranquilizarse para pensar, para decir lo que uno puede, lo que no puede.”*

La experiencia indicaría que, cuando hay voluntad de los progenitores para resolver el conflicto, aún con diferencias, se pueden acompañar procesos para el reacomodamiento de la dinámica familiar. De esta forma, se podría evitar la confrontación judicial que, generalmente, limita el diálogo y profundiza la contienda. Para ello sería necesario contar con dispositivos pre-judiciales más amplios y flexibles que una única audiencia de mediación.

### **Acuerdo conciliatorio durante el proceso judicial**

En este segundo grupo de familias que analizaré, las motivaciones que presentan para acudir a la Justicia son variadas. Desde buscar un espacio que facilite la comunicación hasta trasladar la responsabilidad de la decisión parental a un tercero, le juez, les abogades o le niño: *“lo que*

*el niño quiera*”, “*que lo decida el juez*”, “*que el juez se haga responsable*”, son algunas de las expresiones de los magistrados sobre este aspecto.

En este punto intermedio, adonde los padres no pudieron acordar en la instancia anterior, pero tampoco tienen una intención rigidizada en ganar a cualquier costo, la conducta de los operadores judiciales es central. Ellos pueden influir favoreciendo la conciliación o profundizando la contienda.

Sobre este aspecto, las normativas que regulan el funcionamiento de la Justicia de Familia establecen como uno de sus objetivos, la búsqueda de arreglos conciliatorios<sup>35</sup>. Los juristas también sostienen que el mejor juez de familia es aquel que logra atenuar la enemistad y componer las diferencias (Mizrahi, 2012, Bossert, 1993). A su vez, de acuerdo con las entrevistas realizadas, desde la implementación del proceso oral, se registra que arriban a más acuerdos y finalizan los procesos de manera conciliatoria en la audiencia final, frente al juez.

Todas las personas entrevistadas, se expresaron en forma unánime respecto a los beneficios inherentes a la oralidad en el proceso judicial.

Además, observan que cuanto más tiempo transcurre desde la presentación de la demanda hasta la audiencia con el juez, más aumenta la dificultad para llegar a un consenso, “*el conflicto se enquist*”. De hecho, manifestaron que “*en los procesos urgentes, como la audiencia es al inicio es un poco más sencillo llegar a un acuerdo*”. Puede concluirse que el transcurso del tiempo, es un factor que influye de manera desfavorable, frente a la posibilidad de llegar a un acuerdo.

---

<sup>35</sup> Art. 18 inciso b): Incentivar la resolución consensuada del conflicto. (Ley 9120, 2018)

Art. 706 inciso a): Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. (Código Civil y Comercial, 2014)

Incluso existe un juzgado que mantiene la práctica de realizar una audiencia preliminar, con anterioridad a la producción de la prueba, también en los procesos abreviados. Tanto la jueza como la asesora, mencionaron que logran muchos acuerdos conciliatorios en esta fase inicial.

Otra característica observada es que, en estos grupos familiares en los que les xadres finalmente llegan a un acuerdo, les niños, en la audiencia de escucha, parecen estar menos involucrados en el problema: *“te dicen que decidan ellos”, “a mí me da lo mismo”, “no es mi problema, ahora me quiero ir a estudiar porque tengo una prueba en la escuela”*.

Según las personas entrevistadas, los factores que facilitan la conciliación serían:

- La disposición del tribunal para trabajar en pos de la conciliación.
- La inminente posibilidad de perder el juicio para una de las partes que, frente a las pruebas presentadas y las declaraciones de los niños, termina por ceder y concilia.
- La presencia de le juez como autoridad.
- La opinión de los niños que es transmitida por una figura adulta (juez o asesora) a los xadres.
- En menor medida, el transcurso del tiempo entre el inicio del juicio y la audiencia final. En algunos casos esto permite reflexionar y distanciarse de las emociones que atraviesan el momento inicial de la separación (enojos, rencores, etc.)

De todos estos elementos, el que más se mencionó fue la figura de le juez como autoridad para resolver el conflicto:

*“Pero, tal vez, creo que la palabra del juez, con el peso que la gente siente que tiene, pueda ayudar a cerrar la solución de ese conflicto”.*

*“La gente quiere que la escuches. Y muchas veces, esto que uno antes minimizaba... Porque, bueno, llevaba mucho tiempo... Y vos decías, ¿pero para qué llegar al juez, si podemos sentarnos a hablar? Bueno. Pero es que pareciera que si no está el juez no tengo el espacio para hablar”*

*“Van como a decir: confiamos en que el juez –en base a algunas pruebas- va a tener en cuenta lo que es lo mejor para nuestro hijo; y de ahí, nosotros no vamos a tener problemas en acatar esta decisión”*

*“Más bien te ponen las cargas a vos, como magistrado. Algunos están muy posicionados. Y otros te dicen: bueno, lo que usted decida. ¿Viste esos progenitores que adoptan esa postura de delegar en el hijo, en la jueza, en quién sea, en el Estado?”*

Esta percepción sugiere que el Poder Judicial, aparece socialmente como una entidad superior y ordenadora, frente a la ruptura de los canales tradicionales de comunicación familiar. La autoridad para decidir respecto de los niños, que hasta ese momento estuvo en cabeza de los progenitores, se traslada al juez. Algunos se sorprenden de que los padres prefieran que decida otra persona, que transfieran la facultad decisiva a un tercero.

Sin embargo, no surgió una problematización acerca de que ese tercero sea la autoridad judicial. No refirieron incomodidad para aceptar el rol que los padres les asignan. La jerarquía social del Poder Judicial como poseedor de un saber superior y por sobre lo que saben los padres de su propia familia, no es cuestionada. Por el contrario, entienden como adecuado que sea la Justicia quien asuma esa función, que las asesoras escuchen a los niños y el juez decida.

Otro componente que puede facilitar u obstaculizar la conciliación es el comportamiento de los abogados. Algunos tienen estrategias más beligerantes, mientras que otros son más conciliadores. La sensación generalizada es que, los defensores de familia<sup>36</sup> trabajan más en favor de la conciliación, que los abogados particulares.

La conducta que asume el letrado patrocinante, tiene incidencia no sólo en el desarrollo de la causa, sino también en cuánto afectará este proceso a la comunicación familiar. En este sentido en la investigación desarrollada por Daich (2009) se afirma que:

Es decir, la forma en que se resuelva el caso también tiene implicaciones concretas en las identidades morales de las personas. De aquí que las formas en que se administren los casos puedan ser, en ocasiones, un agravante del insulto moral, ya sea porque no pueden atender a esa dimensión del conflicto o porque pueden recrearlo y reactualizarlo a través de sus rutinas burocráticas de actuación (p. 226).

---

<sup>36</sup> En Mendoza existe el Cuerpo de Defensores de Familia dependiente del Ministerio Público de la Defensa que tiene la función de patrocinar en forma gratuita a las personas que no cuentan con recursos económicos para solventar el costo de un abogado particular.

En las entrevistas con el Equipo de Intervención Social se confirmó esta percepción, algunos abogados particulares tienden a judicializar en exceso. Esto por lo general, tiene un alto costo emocional para los niños.

*“los abogados particulares ponen más palos en la rueda, judicializan la vida entera. Y cuando el abogado no lo hace, la persona cambia de abogado”*

También mencionaron que las personas buscan abogados cuyo enfoque coincida con sus expectativas. O sea, quienes van a la Justicia para ganar a toda costa, buscan profesionales que orientan su labor en ese sentido, aunque sea en perjuicio de los niños. Mientras que aquellos más abiertos al arreglo, contratan abogados más colaborativos y propensos a la conciliación.

Consideran que, cuando los abogados priorizan el interés individual de su cliente, *“a cualquier costo”* por encima de una solución consensuada, se daña aún más la vida familiar y la integridad emocional de los niños.

Además, perciben que los abogados especialistas en derecho de familia, en general, tienen una actitud más proactiva y orientada a la conciliación que otros profesionales con menos experiencia en este fuero: *“se nota cuando hacen derecho de familia y cuando no”*.

*“No solo no colaboran, sino que obstruyen...creo que sería muy bueno que la formación profesional de las universidades que formara más en familia, con una dinámica más humanizada. Porque acá no se trata de procesos de ganar o perder”*.

En resumen, el arribo a una conciliación como cierre del litigio se considera un logro muy apreciado por los magistrados. Entienden que así, la Justicia colabora en pacificar las relaciones familiares. A su vez, existe un mayor índice en el cumplimiento por las partes de sentencias conciliatorias.

Además, evitan vías recursivas lo que reduce la exposición de los niños a más instancias judiciales. Por último, sostienen que la experiencia de las personas de acordar sobre este punto, les permite valorar esa alternativa para futuras desavenencias, y esto repercute en un beneficio para los niños.



*“Lo que sí les digo siempre a los papás cuando logran un acuerdo... dígame ¿viste que bueno que con la mamá nos pusimos de acuerdo?; Como que se lo digan ellos. Porque los chicos tienen una mochila sabiendo que la mamá y el papá por algo discuten.”*

*“Siempre les decimos... Por ejemplo, si es una conciliación -un caso que termine en conciliación- les pedimos, les imploramos a los padres que lo primero que hagan -cuando ven a su hijo- le cuenten que hoy día su papá y su mamá se pusieron de acuerdo en este tema; Es fundamental. Entonces le decimos: por favor, ¿les pueden decir que ustedes se pusieron hoy de acuerdo en este tema?; lo bien que le va a hacer al niño; se va a sacar un conflicto de encima; se va a quedar contento que, entre el papá y la mamá, que son las personas más importantes de su vida, se pusieron de acuerdo en esto”.*

En este punto he analizado los casos en que les niños son escuchados en sede judicial y luego, se logra un acuerdo conciliatorio en la audiencia con los padres. En relación al análisis sobre qué valor se asigna a la opinión de los niños; en este tipo de causas adquiere mayor relevancia su palabra.

Tras la audiencia de escucha y la devolución de lo que dijo el niño proporcionada por los magistrados a los padres, se observa un cambio en algunas posturas y una disposición a ceder para alcanzar acuerdos. Este cambio se debe, en varias ocasiones, a que los progenitores toman allí conocimiento, de los deseos de sus hijos.

En esta dinámica, los padres no anteponen sus propios intereses por sobre los hijos, habría una mirada de los niños, por parte de sus progenitores, más cercana a la noción de sujeto de derechos. Esto facilita que se escuche, aunque de manera indirecta, la opinión de los niños a través del juez y la asesora. La consideración del niño y de su palabra posibilita en cierta forma la conciliación entre los padres.

### **Conflicto familiar más agudo**

En este último punto, analizaré el conjunto de situaciones en que los padres tampoco logran arribar a un acuerdo durante el proceso judicial. Estas situaciones se caracterizan por tener un gran número de expedientes judiciales: alimentos, régimen de comunicación, medidas de restricción de acercamiento, medidas cautelares, cuidado personal, entre otros.

En estos casos, los entrevistados identifican que los niños están más involucrados debido a la mayor presencia judicial en la vida familiar. Mientras que a su vez son causas que tienen

mayor presencia en la tarea diaria del juzgado: *“son las menos, pero será que son tan potentes, tan omnipresentes en la dinámica del juzgado, que te atormenta un poco. Porque vos decís: ¿qué es verdad y que es mentira?”*

Aquí les niños asisten más frecuentemente a la sede judicial, se someten a más pericias, instancias recursivas y a menudo también acuden a tratamiento psicológico. Además, a veces se comunican con los abogados de sus padres e incluso pueden contar con su propio patrocinante.

Esto conlleva a que estén más involucrados en el problema: *“están más expuestos. A la vez se evidencia su malestar en algunas causas: “niños que están agobiados”, “piden no ser citados de nuevo”, “no quieren saber más nada con el tema”.*

Otro detalle a tener en cuenta es que, en las entrevistas, al mencionar este tipo de causas, aparecieron términos vinculados a un modo de comunicación propio de la lógica de la competencia, que desarrollé en el punto anterior: *“no quieren perder”, “es como una guerra”, “es tal el encono”, “tienen tanto enojo a veces por otras cosas”, “no les importa nada con tal de ganar”.*

Al profundizar el análisis, de todas las causas con mayor grado de litigiosidad agrupadas en este punto, aparece una minoría más pequeña, pero aún más compleja. Me refiero al conjunto de situaciones en las que los niños se oponen con vehemencia a comunicarse con el progenitor no conviviente, sin que aparezcan razones claras que justifiquen tal negativa.

Los magistrados sostienen que, en estos casos, en las audiencias de escucha, se evidencia con claridad que la negativa a comunicarse no está justificada: *“es evidente”, “te das cuenta” “te dicen no porque no”.* Esto se debe a que los niños no acompañan su relato con recuerdos, vivencias o anécdotas que justifiquen su distancia afectiva con el progenitor demandante del contacto, a veces ni siquiera lo conocen:

*“Te das cuenta porque te dicen no, no, no, e intentan convencerte y a veces casi ni lo conocen”,*

*“Te cuentan cosas que es imposible que se acuerden, te dicen mi mamá me tiró de la cama cuando tenía un año, y vos decís...”*

*“Además, en otros casos, cuando han vivido situaciones de violencia o mucho dolor y por eso no lo quieren ver, te lo cuentan”*

*“En algunos niños es evidente en el relato que hay contenido adulto, en otros te queda la duda”*

Sólo tres personas expresaron que, en algunas entrevistas con los niños la situación no está tan clara. Cuando tienen una sospecha sobre este punto, solicitan la intervención de otros profesionales para despejar esa duda, generalmente ordenan pericias psicológicas a los niños y sus padres.

Los términos que utilizaron los entrevistados para describir cómo perciben el relato de los niños en esas audiencias de escucha fueron elocuentes: *“relato implantado”, “no genuino”, “colonizado”, “no se puede despegar el interés del adulto de la persona de su hijo”, “no alcanzás a escuchar al niño. Escuchás a un adulto enojado. Y es un niño”*

La percepción que manifiestan, es que opera una especie de absorción de la voluntad de los niños, que se subsume en el interés del progenitor conviviente. El hijo queda invisibilizado como un sujeto diferente a su padre o madre, entonces la voz particular de los niños se silencia, queda opacada en el relato que un adulto introdujo en su hijo.

Esto puede vincularse con las representaciones de infancia desarrolladas en el capítulo 1, ya que es una forma de materializar la noción de los niños como propiedad de uno de sus padres. Quien se siente con autoridad para definir lo mejor para su hijo y convencerlo de ello.

En estos casos, también se manifiesta claramente el paradigma adultocéntrico, el derecho a ser oído queda instrumentalizado por los adultos. Los hijos son instados a participar en la escena judicial, en tanto y cuanto expresen linealmente el interés de los progenitores convivientes. Dicho de otro modo, este carácter utilitario del derecho a ser oído se expresa en tanto que, quien ha conseguido que los niños sean consecuentes con su deseo adulto, solicita una

y otra vez que sea escuchado. A la vez, le adulte exige que la Justicia resuelva únicamente, a partir de los dichos de su hijo, sin tener en cuenta el resto de las pruebas.

*“Y hay algunos papás que, en la batalla cruzada, se olvidan de los derechos de los hijos. Entonces, piden que sea escuchado de nuevo, que sea escuchado de nuevo. Entonces bueno, por ahí en las charlas con ellos les hago ver que son los propios hijos los que están agobiados ya”.*

En este orden de ideas, ya Cecilia Grosman en el año 1994 se refería a esta problemática:

Todos sabemos cuántas veces los niños son usados como instrumentos de lucha en la disputa conyugal, sin que se tomen en cuenta qué es lo que piensan o cuáles son sus necesidades, sus inclinaciones o deseos. Los padres, naturalmente, no actúan de esta manera con la intención de dañarlo, sino, y este es el problema esencial, porque no pueden deslindar la relación conyugal de la relación parental. Este olvido de la persona del niño se manifiesta en los conflictos que se generan respecto de la tenencia del hijo, el trato del niño con el padre no custodio y el sustento del hijo (Grosman, 1994: 94)

Les entrevistades consideraron que, de todos los conflictos sobre cuidado personal, estos son los más difíciles de resolver: *“En esos casos son tan difíciles que ni siquiera podemos iniciar la revinculación, cuando el niño está muy captado por el discurso del progenitor con el que vive”.* También tuvieron especial recaudo en no utilizar la terminología Síndrome de Alienación Parental<sup>37</sup> (SAP) para referirse a este tipos de casos:

---

<sup>37</sup> Estos casos han generado un extenso debate en años recientes acerca de la existencia o no del Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.). En un inicio, esta categoría tuvo una amplia difusión, llegando al extremo de que prácticamente en todas las causas por régimen de comunicación, se solicitara una evaluación pericial de los niños para determinar la existencia de SAP. Con el tiempo, esa práctica generalizada fue fuertemente cuestionada. En la actualidad, existen numerosos estudios que desacreditan su categorización como tal.

Considero que el debate encarnizado sobre su existencia o no, está limitado entre dos posturas antagónicas porque se enmarca en un análisis adultocéntrico de la cuestión. Dicho de otro modo, centra la discusión en el comportamiento infantil (le niño miente o dice la verdad, tiene su voluntad influenciada o su deseo es genuino, sus razones son justificadas o no, etc.), sin analizar con el mismo énfasis el comportamiento de los adultos en estos casos. Las relaciones interpersonales entre los adultos que disputan el cuidado de su hijo, no quedan bajo la lupa con el mismo rigor.

Como expresa Vergara del Solar (2007): “Niños y jóvenes resultan, entonces, fuertemente ‘individualizados’ en uno de los sentidos que Foucault da a este término. Se trata de sujetos sobre los que se genera una sobre observación de sus comportamientos, los cuales están, presumiblemente, determinados por una identidad sustancial y a-histórica. De esta manera, todo lo que el niño o el joven hace es explicado por su propia naturaleza, por su propia condición, así el papel de los demás actores resulta invisibilizado. Ello hace imposible visualizar, entonces, las relaciones sociales de las cuales los niños y jóvenes forman parte y el carácter contingente de tales relaciones. Contingencia es un término usado por Ernesto Laclau para sostener que todo lo que acontece en una relación social es producto de condiciones históricas y de la acción de todos los agentes que participan de ella, en un momento y un escenario determinado” (p. 24).

Creo que una forma de superar la encerrona binaria en la que se encuentra la discusión podría ser; entender el fenómeno dentro del marco de las relaciones sociales situadas en un contexto histórico particular, de las que participan varios agentes. Prescindir de diagnosticar y patologizar la conducta infantil y ampliar el enfoque del estudio hacia los comportamientos adultos.

*“Ya sé que no está admitida la alienación parental. No es síndrome, pero sí que existen una serie de pautas y características que hace que un hijo deteste, odie al padre o a la madre”*

*“Me paso el otro día, un señor violento con la mamá. No me gusta ponerle alienación parental, pero dándoles un discurso muy fuerte a los chicos contra la mamá. Y eso se nota en la audiencia”.*

*“Por eso, a veces, lo que más importa son las entrevistas que hacen los profesionales, los psicólogos y psicólogas; que saben cómo descubrir, por ahí, este nivel de involucramiento en el conflicto y el nivel de manipulación. Que no existe como síndrome. Existe como algo. Hay una manipulación para que el niño no lo vea. Y eso es tremendo. Algunos se dan cuenta que están siendo manipulados. Otros no. Otros se involucran mucho en el conflicto. Y los que se da cuenta, por ahí, prefiere ceder a la manipulación para cerrar todo. Es una lástima eso. Y es una lástima que los padres no lo vean”*

Otro elemento determinante en este tipo de conflictos es el factor tiempo. Por un lado, respecto de la edad de le niño; cuando son adolescentes y sostienen la voluntad de no mantener contacto con le otre progenitore, les entrevistades consideran sumamente difícil revertir esa postura.

*“El caso de régimen de contacto que es difícil es el caso donde tenés un niño con autonomía que no quiere ver al otro padre. Porque si es una cuestión entre progenitores que impiden y el niño es chico lo podés obligar a que cumpla, multas, astreintes. Pero cuando tenés un caso de un adolescente de 14 años que no quiere ver al padre o a la madre es un caso difícil porque es un caso que no se resuelve jurídicamente, el derecho no tiene herramientas para eso, es un caso que se resuelve psicológica afectiva y socialmente”.*

Por otro lado, el lapso de tiempo transcurrido desde que dejan de tener contacto con le progenitore no conviviente, hasta la sentencia judicial que ordena la comunicación, suele ser una variable que define la situación en la mayoría de los casos.

A su vez, existe un consenso generalizado sobre el hecho de que la resolución judicial no puede definirse únicamente, por lo que manifiesta le niño en la audiencia. Se deben tener en cuenta el resto de las pruebas producidas.

*“Lo que pasa es que la opinión del chico -la escucha del chico- tiene que ser analizada, en la sentencia, contextualizada. ¿Qué significa contextualizada? En el contexto de otras pruebas. Porque si no, como dice Marisa Herrera hacemos “niñología” ¿Qué significa hacer “niñología”? -voy a reinterpretar a Marisa Herrera- Es: lo que dice el niño lo hacemos en una sentencia. Y no es así. Porque si no somos escribanos de la voluntad del niño. No es así. Entonces, al chico lo interpreto, lo analizo en el contexto de muchas pruebas, o de otros expedientes en donde está toda la conflictiva familiar”.*

No obstante, algunos magistrades manifestaron que ir en contra de la vivencia interna de la persona es poco eficaz. Terminan con una sentencia de casi de imposible cumplimiento y a

su vez, genera un costo emocional aún mayor para la persona menor de edad, obligada a ver a quien no quiere ver.

*“Influye el paso del tiempo, pero no es la única causa de esta situación tan complicada que implica que un niño actúe con autonomía en contra de sus propios intereses o por lo menos de los intereses que uno a priori cree, por ejemplo, cortar todo contacto con su padre sin que objetivamente por lo menos en el expediente aparezca una causa razonable”.*

*“En esos casos sobre todo cuando ya son más grandes los chicos, yo le digo al padre o a la madre: mire usted tiene razón y tiene derecho a ver a su hijo, pero su hijo no quiere verlo. Y uno de los principios del derecho es que ninguna persona puede ser tratada como un medio o instrumento para un fin no propio. Y en este momento para su hijo, tener contacto con usted es un fin no propio, porque básicamente no quiere. Yo por más juez que sea no lo puedo obligar a que haga algo que él internamente siente que es en su contra”.*

Frente a estas situaciones más complejas, al analizar el valor que se otorga a la voz de les niños en el conflicto familiar, aparece una tensión entre el relato de la persona menor de edad y el derecho a mantener contacto con ambos progenitores, sin que ello sea obstruido.

La encrucijada surge, porque más allá de que no existan en el expediente, razones de peso que justifiquen la negativa de le niño; su oposición está asociada a su vivencia interna en ese momento. Si se resuelve en contra de sus sentimientos, la persona menor de edad experimentará que su voz, ha sido ignorada.

El riesgo es reproducir aquello que se intenta impedir: que la opinión de le niño no sea tenida en cuenta. Porque le juez, dirá en sus fundamentos que le progenitore que obstruye el contacto no está considerando los derechos de su hije. Y le niño, al recibir una resolución contraria a su vivencia, sentirá que su voluntad, no es tenida en cuenta por la Justicia. La resolución judicial puede terminar reflejando lo que le sucede internamente a ese niño, que su voz autónoma no llega a oírse.

La intervención judicial enfrenta aquí dilemas éticos. Responder a los sentimientos de le niño puede ser contrario a derecho; pero ir en contra de esa vivencia interna puede experimentarse por la persona menor de edad, como una invisibilización de su voluntad.

Para evitar estas situaciones, se han desarrollado algunos dispositivos normativos e institucionales tales como la incorporación en el Código Civil de la pauta de priorizar a le progenitore que garantice el contacto con le otre<sup>38</sup>.

En efecto, la actitud facilitadora de un progenitor respecto al contacto de su hijo/a con el otro fue fundamento, en varios precedentes jurisprudenciales, para disponer un cambio de “tenencia”, pues las actitudes injustificadamente obstruccionistas y resistentes a un adecuado desarrollo del vínculo parental con el progenitor no conviviente implican no solo un incumplimiento del ejercicio de la responsabilidad parental, sino infringir un daño psicológico a los hijo/as, atentatorio a su superior interés en juego. (Herrera, Caramelo, & Picasso, 2015, t. 2, p.488).

En este punto, se registran distintas experiencias entre les entrevistades. Algunes han ordenado cambios en la convivencia en casos muy específicos. Los resultados han sido dispares, a veces ha sido positivo y se ha restablecido el vínculo. Otras veces, no ha sido efectivo y han tenido que revertirlo.

Por otro lado, hay magistrades que no ven viable esta alternativa, consideran que implica un costo emocional demasiado elevado para le niñe. Además, señalan situaciones en las que le progenitore que demanda el contacto, no busca la convivencia con su hije, sino únicamente la comunicación.

También, entre los dispositivos desarrollados para efectivizar la participación de le niñe y a la vez garantizar su derecho a la vida familiar, se han conformado equipos profesionales especializados para la revinculación.

En Mendoza hace aproximadamente siete años se constituyó un equipo de profesionales, Equipo de Intervención Social (EIS), dependiente del CAI que tiene por finalidad abordar estos casos más complejos por derivación de le juez interviniente en su sentencia: *“cuando nada ha funcionado, es la herramienta final que tiene el juez”*.

---

<sup>38</sup> Art. 653. Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar: a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; b) la edad del hijo; c) la opinión del hijo; d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente. (Código Civil y Comercial, 2014)

El abordaje se realiza mediante entrevistas individuales con los progenitores y los niños, luego, si hay un mínimo de disposición de los niños, coordinan los encuentros. Posteriormente elaboran informes de seguimiento y un informe final de cierre. Ya sea, porque se logró la vinculación o porque las condiciones no son adecuadas para continuar los encuentros.

Según las profesionales consultadas, en los casos más complejos, el sistema judicial no dispone de las herramientas necesarias para resolver estos conflictos. Factores como la historia familiar, las experiencias pasadas de los padres como pareja, las nuevas parejas que ejercen funciones parentales y no dejan lugar para la participación de los progenitores no convivientes en la vida de los niños, entre otros, contribuyen a esta dificultad. En consonancia con el resto de las entrevistas, la sensación de todas es que la Justicia no alcanza para dar respuesta a una problemática multifactorial.

Además, la fragmentación y falta de coordinación entre organismos como el Fuero de Familia, el Fuero Penal, el Sistema de Protección, terapeutas particulares, entre otros, dificulta una intervención ordenada sobre el proceso emocional de los niños y obstaculiza la resolución del conflicto familiar.

Como cierre de este capítulo podemos concluir, respecto del segundo objetivo de la investigación, sobre la relación entre el conflicto familiar judicializado y el derecho de los niños a ser oídos: Que el ejercicio de este derecho en sede judicial dependerá del grado de litigiosidad que aparezca en el conflicto entre los padres por el cuidado personal.

Cuando los padres logran conciliar en la instancia pre-judicial, los niños generalmente no participan en el proceso. Se respeta el derecho a la autonomía familiar y la intervención subsidiaria del Estado, por sobre el principio uniforme, que todos los niños deben ser oídos, en todos los procesos que les afecte.



Cuando los padres acuden a la Justicia debido a la imposibilidad de acordar entre ellos, pero mantienen cierto margen de flexibilidad, la participación de los niños en el proceso es mucho más valorada. El niño se identifica desde la noción de sujeto de derechos, con intereses diferentes a los de sus progenitores y sus deseos son tenidos en cuenta. Luego de que los padres toman conocimiento de los dichos de sus hijos, a través de lo que les transmite otro adulto, pueden arribar a una conciliación o acatar la sentencia judicial. De esta manera, el derecho a ser oído aparece como una contribución para la resolución del conflicto judicial.

Aquí la Justicia, se percibe en un rol conciliador, más cercano al acompañamiento que al pleito, con posibilidades para contribuir a la pacificación familiar.

Por último, se identifica una minoría de situaciones más complejas y graves en las que el niño queda instrumentalizado en la disputa entre los adultos, quienes anteponen su interés por ganar el pleito. En algunos de estos casos aún más graves, la palabra del niño pierde espontaneidad y sus dichos están atravesados por el relato del adulto.

Aquí surge una tensión entre el valor de las palabras de los niños y lo que el magistrado considera como protectorio de sus derechos. La percepción general, es que en estas circunstancias la Justicia resulta insuficiente para destrabar ese conflicto y puede, por diversos factores, contribuir a profundizarlo. Bajo la lógica de la competencia, el camino del proceso judicial puede convertirse en el escenario más óptimo para quienes sólo desean litigar y prolongar la contienda.

## Conclusiones

La participación de los niños en los conflictos familiares judicializados, es considerada como un avance en el ejercicio de sus derechos. En este trabajo, me propuse analizar, por un lado, cómo se materializa el derecho a ser oído, específicamente, en las causas judiciales por cuidado personal. Y, por otro, indagar qué relación existe entre la necesidad de los adultos de resolver la contienda familiar y este derecho reconocido legalmente a los niños. Para ello recorrimos distintas etapas.

En el primer capítulo reflexioné sobre la vigencia de los sistemas de dominación hegemónicos, como el patriarcado, el adulto-centrismo y el pensamiento moderno, tanto en la esfera familiar como judicial. Desarrollé las diferentes representaciones sociales sobre la infancia que, a mi entender, pueden estar presentes en este conflicto entre adultos:

La noción de los niños como propiedad y como expectativa de los deseos adultos, se evidencia, sobre todo, en los conflictos familiares judicializados, con alto grado de litigiosidad entre los padres.

Por otro lado, en relación a las nociones de infancia plasmadas en la normativa, la representación de los niños como persona inacaba, en evolución, está presente en el contenido del texto convencional. A su vez, esta misma norma ha permitido la incorporación y difusión del término *sujeto de derechos*, que apareció de manera reiterada en las expresiones de las personas entrevistadas. Tanto la consideración de los niños como sujetos en evolución, como el entendimiento de que es un sujeto de derechos, diferente a sus progenitores, se entrelazan en las prácticas judiciales indagadas.

En el segundo capítulo, analicé la evolución de la regulación legal de las relaciones familiares y el vínculo entre el Derecho y la infancia. Llegué a la conclusión de que las normas jurídicas, se han utilizado históricamente para naturalizar un tipo de relación jerárquica entre

adultes y niños. La necesidad biológica de protección de estos últimos, ha servido de justificación para otorgar un poder discrecional a los adultos, sobre la vida de las personas menores de edad. La consecuencia de ello ha sido, la falta de reconocimiento de las potencialidades de los niños y de su contribución a la vida familiar y comunitaria.

Asimismo, en este segundo capítulo trabajé sobre el desarrollo histórico de la noción de la familia, inicialmente como institución, hasta la representación actual más asociada a su función. Por otra parte, tuve presente, que la regulación legal de la familia desde la segunda mitad del siglo XIX en adelante, contribuyó a la naturalización del modelo de familia nuclear como patrón universal de familia.

Por último, di cuenta de procesos sociales más amplios como la individuación de los integrantes del grupo, la democratización de las relaciones familiares, y los cuestionamientos sobre la asignación sexo-genérica de roles. Y describí, brevemente, la vinculación de estos procesos con el reconocimiento de nuevas configuraciones familiares y con la aparición de nuevos y más complejos problemas que se dirimen en la Justicia de Familia.

Finalmente, en este capítulo abordé la vinculación entre el Poder Judicial y la familia. La intervención estatal en la vida familiar ha tenido una larga trayectoria en el Estado Moderno. En los últimos años, ha habido un aumento de esta práctica, que podría hallarse asociado, a la juridización de las relaciones interpersonales en general. Por otra parte, la Justicia de Familia, se presenta como el organismo público dispuesto por el Estado, para resolver este tipo de conflictos de índole familiar, que en muchas ocasiones exceden lo estrictamente jurídico. Por eso, cobra relevancia la articulación del discurso jurídico con otras disciplinas.

En el capítulo 3, desarrollé el marco normativo que se aplica en las causas en estudio. Inicié el análisis a partir de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que reconoce expresamente el derecho de los niños a ser oídos. Este derecho, se regula a través de normas

sustantivas y procesales, de nivel nacional y provincial, que también fueron detalladas. En el orden nacional profundicé en el análisis de la ley 26061 y el Código Civil y Comercial. A nivel provincial me detuve en la organización de la Justicia de Familia en Mendoza y en los procedimientos regulados por el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar.

También, observé la Convención desde una perspectiva crítica: su texto es producto del sistema adultocéntrico aún vigente. Esto se evidencia en varios aspectos; por un lado, justifica la necesidad de mayor protección en la vulnerabilidad natural y la falta de madurez de la infancia. De este modo, no tiene en cuenta, con el mismo grado de importancia, que las mayores vulneraciones hacia los niños, se originan en el mismo sistema de dominación. Este sistema, ha naturalizado una relación jerarquizada entre niños y adultos que normaliza ciertas vulneraciones a sus derechos.

Asimismo, la noción de sujeto de derechos como modelo de niño universal, ha dejado por fuera a otras representaciones de infancias que aparecen en otras culturas. Responde a un patrón individual europeizante de lo que es ser niño, alejado de los contextos históricos y sociales en los que se desarrollan las infancias. El texto, tampoco avanza en la consideración de la infancia como categoría política y mantiene la representación vertical, por la que son los adultos quienes definen que es un niño, hasta los 18 años de edad. Aun así, la Convención se sitúa como un piso de derechos del que partir hacia nuevos desafíos.

En los dos últimos capítulos analicé las entrevistas realizadas. En el capítulo 4 indagué sobre cómo es la participación de los niños en el Fuero de Familia frente a los conflictos entre los padres por el cuidado personal. Esta indagación se asocia al primer objetivo general planteado. Desarrollé primero, cómo interviene en esa participación judicial, la cuestión de la edad y el grado de madurez. Luego describí tres matices diferentes que puede adquirir este derecho: como objetivo, como instrumento para otros fines, como contribución.

Luego indagué sobre la forma en que se determina el lugar, el momento de la escucha y cómo se define quienes escucharán a los niños. También sistematicé las diferentes maneras en que interpretan los magistrados esta participación dentro del proceso como: prueba, parte procesal representada por el padre, tercera parte, parte principal, interés jurídico, garantía procesal, entre otras. Reflexioné en torno a la dificultad de hallar una respuesta unificada, respecto a qué es el niño en el proceso.

Además, en este capítulo desmenucé el acontecimiento mismo de la audiencia entre los magistrados y los niños y sobre cómo es el encuadre que realizan los magistrados. A su vez comparé las diferencias entre la información que suministran los niños y la que reciben, una vez que se resuelve la causa.

En el quinto y último capítulo, vinculé las características del conflicto familiar con el derecho del niño a ser oído. Reflexioné sobre la incidencia de la cuestión de género y el nivel socio-económico del grupo familiar en estos conflictos. Incorporé las nociones respecto de la lógica de la pertenencia y la lógica de la competencia, para explicar las ideas y mandatos que están a la base de las relaciones familiares de los padres entre sí y con sus hijos.

Por último organicé tres grupos familiares teniendo en cuenta el grado de conflictividad: la resolución del problema en una instancia pre-judicial; mediante una conciliación en el expediente judicial o por sentencia ordenatoria. Estudié cómo se valora la voz del niño en cada uno de estos grupos y en relación al nivel de litigiosidad entre los padres.

Algunas conclusiones generales se desprenden de esta secuencia de ideas.

Para analizar, cómo es la participación de los niños en los procesos judiciales que dirimen conflictos entre sus progenitores, distinguí tres modalidades que pueden darse en el ejercicio del derecho: participación instrumental, participación objetiva o participación contribución.

La participación de los niños se encuentra instrumentalizada, cuando es utilizada por los padres para probar su propio interés. También se expresa cuando los magistrados escuchan a los niños, únicamente a fin de obtener información sobre el contexto familiar y contar con mayores elementos para realizar su propia tarea.

A su vez, el derecho a ser oído se materializa como un objetivo en sí mismo, cuando el momento de la escucha, constituye una experiencia de encuentro entre seres humanos, más allá de la utilidad o no que pueda tener para el proceso.

También, desde la teoría de redes desarrollada por Najmanovich, la participación de los niños puede verse como una contribución cuando aporta una salida, una alternativa entre los extremos planteados por los adultos.

Desde esta mirada, es posible reconocer que el niño en este acontecimiento que significa su participación en sede judicial, en este momento particular de su vida familiar, es portador de un saber que facilita la resolución del problema de los adultos. Esto permitiría reconocerle su potencia y asumir la impotencia adulta, como una característica más de los seres humanos. Desde esta mirada se podría avanzar hacia relaciones de mayor reciprocidad, menos jerarquizadas.

A su vez, el reconocimiento de las capacidades infantiles para colaborar en la relación entre los adultos, no tiene por qué alterar las funciones de cuidado asociadas a la crianza, que sí permanecen bajo responsabilidad de los padres.

En este mismo sentido, los entrevistados experimentan que la palabra de los niños, en varias ocasiones trae aparejada la alternativa que permite resolver el conflicto. Sin embargo, expresaron en forma sostenida que la finalidad de todo el proceso es ayudar al niño, sujeto de derechos. Que su función como operadores judiciales es garantizar el resguardo de los derechos de los niños, por sobre los intereses de los adultos, especialmente su derecho a ser oído.

No obstante, el ejercicio de ese derecho se ejecuta dentro de los parámetros establecidos por los adultos. La participación infantil ha encontrado una limitación en tanto el encuadre dentro del que se ejercer: el lugar, los tiempos, las personas que escuchan está determinado por los adultos. No solamente está definido por ellos, sino que también se encuentra organizado en función, sobre todo de las necesidades del proceso, más allá de las particularidades infantiles.

Esta paradoja entre las palabras de los magistrados sobre la garantía del derecho a ser oído, y la forma en que se materializa este derecho; orientada sobre todo a sostener el proceso organizado por los adultos, es una expresión de los matices adultocéntricos, aún vigentes en las normas procesales y en las prácticas judiciales.

La teoría de la infancia que describe Bustelo añade una mirada diferente que puede aplicarse a este análisis. En la actualidad se incorpora a los niños al universo construido por los adultos, en este caso el proceso judicial. *El recreo de la infancia*, en cambio, constituye un llamado a interpelar los modos y las relaciones construidas por los adultos, a partir del lenguaje infantil, recrear la adultez. Habilitar la posibilidad de que el mundo adulto, sus prácticas, sus normas, se vean interpeladas por la visión infantil. En relación a la justicia, el desafío que se presenta, desde esta mirada, es el de des-adultizar el proceso judicial, en vez de adultizar la vida infantil.

Hasta ahora, se ha incorporado al niño en un proceso estructurado por los adultos y esto se valora como una efectivización del ejercicio de sus derechos. El camino que no se ha recorrido aún es el de la reciprocidad: Incorporar a los adultos en las singularidades infantiles. Adecuar el proceso judicial a las lógicas, los tiempos, los lugares, las prácticas particulares de los niños. Para ello sería necesario que el Poder Judicial de Familia se permita ser interpelado por el universo infantil. Se reconozca en un diálogo recíproco en el que asiste y es asistido por la palabra del niño.

Sobre el segundo objetivo planteado respecto de la relación entre la necesidad de los adultos de resolver el conflicto familiar y la participación de los niños en el proceso judicial. Para entender esta relación analicé inicialmente algunas de las características de este tipo de conflicto familiar. Llegué a la conclusión de que la cuestión de género y el nivel socio-económico del grupo familiar son factores que influyen en la complejización de los problemas por cuidado personal que llegan a la justicia. Además, existe un aumento en la judicialización de las relaciones sociales, este efecto también se refleja en los conflictos familiares que se judicializan.

El grado de beligerancia que adquiere el pleito familiar repercute directamente en la forma en que los niños participan del pleito familiar. Para indagar sobre las creencias subyacentes a este conflicto, que aumentan o disminuyen su belicosidad, distinguí entre la lógica de la pertenencia y la lógica de la competencia.

Para desarrollar estos conceptos tomé las reflexiones de Vasallo sobre el valor preponderante de la pareja y la familia tradicional como refugio y la crítica a la Modernidad de Najmanovich sobre la invención del otro ser humano como amenaza y la supremacía de las relaciones de competencia por sobre las de cooperación.

La distinción entre lógica de pertenencia y competencia permite entender que, la ruptura de la pareja trae aparejada un cambio en la comunicación entre los padres, que conlleva mirar al otro como una amenaza para el grupo de pertenencia, la familia. La representación social, propia de la Modernidad, de la familia convivencial como un refugio y de quien está por fuera como una amenaza, incide en ese juego de relaciones.

A ello se suma que, en las sociedades occidentales actuales, la lógica de la competencia se impone como forma de comunicación más extendida por sobre las redes de colaboración entre pares. De este modo, la comunicación entre padres dependerá de qué tan fuera o dentro de la



familia sea considerada la expareja. La lógica comunicacional que asuma la relación entre los padres, incidirá directamente en el grado de involucramiento de los niños en el conflicto familiar y en la forma en que ellos participen de este asunto.

Asimismo, por su configuración original, el Poder Judicial aparece como lugar propicio para la comunicación desde la lógica de la competencia. Debido a que es la institución prevista para dirimir conflictos entre particulares de manera pleitoral y en términos de ganar-perder.

Sin embargo, alejándose de este principio originario, el Fuero de Familia tiene la particularidad de valorar especialmente la conciliación como forma privilegiada de resolución del proceso. Tanto las normas procesales, como la práctica de los entrevistados se orientan en ese sentido. Por ejemplo, asumen como valioso el alto índice de causas judiciales en las que se arriba a una conciliación en la audiencia final, con la participación del juez.

En este orden de ideas, la Justicia puede ser un espacio para pacificar el conflicto familiar, pero también puede ser la mejor arena para profundizar la contienda. Los niños quedarán más o menos expuestos al conflicto entre los padres, en forma proporcional al grado de beligerancia que adquiera este problema.

Si se compara este conflicto familiar, con la forma que asume cuando se transforma en conflicto judicial, podemos encontrar cierta analogía. Cuando los adultos acuden a la Justicia en busca de ayuda, porque no han podido comunicarse entre ellos, los niños están menos expuestos a la contienda y existe un mayor margen para lograr una conciliación o asumir los resultados de la sentencia.

En este tipo de situaciones el Poder Judicial espeja este comportamiento: los niños acuden menos veces, pueden expresarse con mayor libertad y es más sencillo que su palabra sea tenida en cuenta, aunque mediado por la persona adulta. De esta forma, el derecho a ser oído se

expresa de manera más definida, puede constituir un aporte a la pacificación del conflicto familiar y la Justicia asume un rol más conciliador.

No obstante, aún en estos casos, los dichos de los niños adquieren valor cuando son tomados por la voz de los adultos y transmitidos a sus padres por el funcionario judicial. En este sentido, aparece una práctica adultocéntrica, en tanto la palabra infantil es tenida en cuenta por sus padres cuando un adulto, integrante del Poder Judicial, la reproduce.

En cambio, cuando el conflicto familiar es más profundo y los niños están más involucrados en la disputa; la Justicia de Familia se reacomoda en su rol originario dentro del pleito. En estos casos, la voz de los niños, está velada por los intereses de sus progenitores que adquieren una mayor presencia. Y en algunas situaciones la participación de los niños también queda determinada por el deseo de alguno de sus progenitores, en su matiz más instrumental.

Las prácticas judiciales pueden terminar espejando esa invisibilización de la palabra infantil. Aquí los niños son escuchados en más de una oportunidad, por diferentes profesionales, expuestos a una mayor cantidad de instancias y el proceso adquiere una presencia en la vida familiar que invisibiliza las particularidades de cada niño. En cierta forma, el derecho a participar se acomoda en función de lo que se requiera en el proceso judicial. Entonces, la participación infantil también termina por expresarse desde su variante instrumental.

De este modo, se produce un efecto por el que el derecho a ser oído queda capturado por el conflicto familiar y el conflicto familiar es capturado por el conflicto judicial.

En conclusión, la lógica vertical basada en la asistencia de los adultos a los niños, sobre la que se ha sostenido hasta ahora la protección de los derechos de los niños como sujetos de derechos, impide ver la trama mucho más amplia que enlaza la vida de los niños, los intereses de sus padres y la función de la Justicia de Familia.

Desde la mirada que propongo en este trabajo, puede observarse que, en la actualidad, les magistrades experimentan la necesidad de escuchar a les niñes para resolver de manera adecuada y cumplir su función. Les progenitores, necesitan de la Justicia como dispositivo en el que depositar el problema que atraviesan y encontrar una resolución. Y, por último, les niñes necesitan que otros adultes, por fuera de sus padres, abran espacio para que su voz sea validada y su opinión sobre este asunto familiar que les afecta, sea tenida en cuenta.

## Bibliografía

- Agamben, G. (2007). *Infancia e historia. Destrucción de la experiencia y origen de la historia*. [S. Mattoni, Trad.]. (2ª ed., 2ª reimp.). Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora.
- Arcidiácono, P. y Gamallo, G. (2021). *Sobre la Judicialización de los conflictos sociales*. Serie de debates N° 4 del Grupo de Trabajo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas, Universidad de Buenos Aires. Recuperado en: <https://www.dspp.com.ar/wp-content/uploads/DSPP-Debates04.pdf>
- Arenillas, C. (2018, enero). La prohibición de malos tratos en el Código Civil y Comercial en *Pensamiento Civil*. Recuperado en: <http://www.pensamientocivil.com.ar/3380-prohibicion-malos-tratos-codigo-civil-y-comercial>
- Ariès, P. (1988). *El niño y la vida familia en el antiguo régimen*. [N. García Guadilla, Trad.] Madrid, España: Taurus.
- Baratta, A. (2007). La niñez como arqueología del futuro en *Justicia y Derechos del Niño*. (N° 9, pp. 7-15). Santiago de Chile, Chile: Unicef.
- Baratta, A. (2007). Democracia y derechos del niño en *Justicia y Derechos del Niño*. (N° 9, pp. 17-26). Santiago de Chile, Chile: Unicef.
- Baratta, A. (1998). Infancia y democracia. En García Méndez, E. & Beloff, M. (compiladores) *Infancia, ley y democracia en América Latina*, (pp. 85-106) Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis.
- Bácares Jara, C. (2012). *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño*. Lima, Perú: Diskcopy SAC. Editado por el Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe (IFEJANT).
- Bellota, A. (2019). *El peronismo será feminista o no será nada*. Buenos Aires, Argentina: Galerna.

Beloff, M. (1999). Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, en *Justicia y Derechos del Niño*, (Nº 1, pp. 9-22), Santiago de Chile, Chile: Unicef.

Beloff, M. (2004). *Los derechos de los niños en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina*, [J. Jordá Trad.]. Barcelona, España: Anagrama.

Bourdieu, Pierre y Wacquant, L. (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*, [A. Dilon Trad.] Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Brondi, M. (2001). Niño, Familia y Comunidad en los Andes. En *Cultura e Infancias. Una lectura crítica de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños y las Niñas*, (pp.19-63). Perú: Terres des Hommes.

Bustelo, E. (2011). *El Recreo de la Infancia* (2ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Cárdenas, E. (2018). “*Con mis hijos no te metas*”: la expresión de deseo que choca contra la legalidad. CELS. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/opiniones/con-mis-hijos-no-te-metas-la-expresion-de-deseo-que-choca-contra-la-legalidad/>

Cálcara, J. (2006). *La representación social de la infancia y el niño como construcción*. Biblioteca Nacional del Maestro. Ministerio de Educación. Recuperado de <http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL001729.pdf>

Carli, S. (1994), Historia de la Infancia. Una mirada a la relación entre cultura, educación, sociedad y política en Argentina. *Revista del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Educación*. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <http://educacion.uncuyo.edu.ar/upload/carli-historia-de-la-infancia.pdf>

Carli S. (2003). *Niñez, pedagogía y política*. Buenos Aires, Argentina: Miño y Dávila.

- Carli, S. (2011). *La memoria de la infancia. Estudios sobre historia, cultura y sociedad*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Castilla, M. V. (2011). Miradas maternas de la paternidad. En K. Felitti (Coord.), *Madre no hay una sola. Experiencias de maternidad en la Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Ciccus.
- Cicerchia, R. (1994). Familia: La historia de una idea. Los desórdenes domésticos de la plebe urbana porteña, Buenos Aires, 1776-1850. En C. Wainerman (Ed.), *Vivir en familia* (pp. 49-72). Buenos Aires, Argentina: Unicef/Losada.
- Cillero Bruñol, M. (1999). El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de Niño. En *Justicia y Derechos del Niño*, (N° 1, pp. 45-61). Santiago de Chile, Chile: Unicef.
- Cillero Bruñol, M. (2001). Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva. En, en *Justicia y Derechos del Niño*, (N° 3, pp. 49-64) Buenos Aires, Argentina: Unicef.
- Cohen, S. (2015). *La niñez cautiva*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Coloma Manrique, C. R. (2006). ¿Qué significa ser niño hoy? En *Educación*, (Vol.15, N°29, pp. 63-72). DOI: <https://doi.org/10.18800/educacion.200602.004>
- Comisión de Reformas designada por Decreto Presidencial 191/2011: Lorenzetti, R., Highton, de Nolasco E., Kemelmajer de Carlucci, A.). (2012). *Código Civil y Comercial de la Nación: Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Corbier, M. (2000). La niñez en Roma: Leyes, Normas, Prácticas Individuales y Colectivas. En *Auster*. (N° 5, pp.11-45). Recuperado de [http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art\\_revistas/pr.2846/pr.2846.pdf](http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.2846/pr.2846.pdf)

- Curihuinca Neira, E. (2020). Convención sobre los Derechos del Niño y su aplicación desde el Az Mapu. *En Revista de derecho (Coquimbo en línea)*, (Vol. 27, N°20). DOI: <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0020>
- Cussiánovich, A. (2008). *Ensayos sobre infancia II. Sujeto de derechos y protagonista*. Lima, Perú: Diskcopy SAC. Editado por el Instituto de Formación para Educadores de Jóvenes, Adolescentes y Niños Trabajadores de América Latina y el Caribe (IFEJANT).
- Daich, D. (2006). De las normas jurídicas a las relaciones sociales: Historia de un conflicto familiar. *En Scielo Biblioteca electrónica*. Recuperado de: <http://www.scielo.org.ar/pdf/iant/n7/n7a23.pdf>
- Daich, D. (2009). *Familias, conflictos y justicia* (Tesis doctoral), Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.
- D' Antonio, D. H. (1994). *Derecho de menores*. (4.<sup>a</sup> ed.). Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Grande, P. (2021). En casa con mi bebé. Cuidado infantil en sectores medios profesionales urbanos. *En Estudios Sociales*, (n° 60). Santa Fe, Argentina: Universidad Nacional del Litoral.
- Demaría, V., & Figueroa, J. (abril, 2007). 10903: La ley maldita. *En Topia: Un sitio de psicoanálisis, sociedad y cultura*. Recuperado de <https://www.topia.com.ar/articulos/10903-la-ley-maldita>
- De Mause, L. (1982). *Historia de la infancia*. Madrid, España: Alianza
- Dolto, F. (2006). *La causa de los niños* (2<sup>a</sup> ed., 1<sup>a</sup> reimp.). [I. Agoff, Trad.]. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Donzelot, J. (2008). *La policía de las familias: Familia, sociedad y poder*. [A. Falcón, Trad.]. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Duarte Quapper, C. (2012). Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción. *En Revista Última Década* (N° 36, pp. 99-125)

Duarte Quapeer, C. (2015). *El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio: Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona.

Famá, M. V., & Herrera, M. (2005). Crónica de una ley anunciada y ansiada. En *La Ley. Anales de la Legislación*, (Vol. 2005, pp. 5809-5814). Ciudad de Buenos Aires, Argentina. La Ley

Feito Torrez, V. (2016). La “maldad de los padres sobre los hijos”: un recorrido por el concepto de filiación en Argentina. En *Derecho, Estado y Religión* (Vol. 2, pp. 21-37). Universidad Adventista de La Plata. Recuperado de <https://publicaciones.uap.edu.ar/index.php/revistaDER/article/view/440/432>

Felliti, K. (2011). *Madre no hay una sola: Experiencias de maternidad en la Argentina*. Buenos Aires, Argentina: Ciccus.

Ferrer, G. & Ruggeri, D. (Dirs.) (2019). *Código Procesal de Familia y Violencia Familiar, Comentado, Concordado y Ordenado. Ley 9.120*. Buenos Aires, Argentina: ASC Librería Jurídica.

Firpo, I., & Salazar, L. (2011). *Estado, política y niñez, cuadernillo n°1*. Secretaría Nacional de Niñez, Ministerio de Desarrollo Social, Presidencia de la Nación. Buenos Aires, Argentina.

Foucault, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. [E. Linch, Trad.]. Barcelona, España: Geris.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar*. [A. Garzón del Camino Trad.]. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI

Gaitán, L. (2014, 8 de octubre). *Ciudadanía y Derechos de participación de las niñas, niños y adolescentes a los 25 años de la Convención de los Derechos del Niño* [Video]. Fundación Manuel Giménez Abad. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=DsAvRxdm2co>



- Garay, R. (2008). El destino de ser madres: la ideología de la maternidad como soporte discursivo de las nuevas tecnologías reproductivas. En Tarducci, M. (Ed.), *Maternidades en el siglo XXI* (pp. 29-60). Buenos Aires, Argentina: Espacio.
- García Méndez, E. (1999). Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. En *Justicia y Derechos del Niño* (N° 1, pp. 23-43). Santiago de Chile, Chile: Unicef.
- Giberti, E. (1997). La niñez y el hacer política. En E. Giberti (Comp.), *Políticas y niñez. Políticas de los adultos dirigidas a los niños y políticas de la niñez creadas por los niños y niñas* (pp. 21-114). Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Gil Domínguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2006). *Derechos Constitucional de Familia* (T. 1). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Gil Domínguez, A., Fama, M. V., & Herrera, M. (2012). *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia* (comentada, anotada y concordada). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- González, M., & Barcaglioni, G. (2018). Violencia contra las mujeres y acceso a la justicia. En *Vía Iuris*. (N° 25, pp. 97-110). Recuperado de [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/135303/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/135303/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- González, M. & Galletti, H. (2013). Conflictos familiares y administración de justicia: Interrogantes, búsquedas y respuestas posibles. En *Acceso a la Justicia y Conflictos Intrafamiliares. Marginación y Pobreza en el ámbito Judicial*. UNLP. Recuperado de: [https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/37709/Documento\\_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/37709/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Grosman, C. (1994). Los derechos del niño en la familia: La ley, creencias y realidades. En C. Wainerman (Coord.), *Vivir en familia* (pp. 73-113). Buenos Aires, Argentina: Unicef/Losada.

- Guahnon, S. V. (2007). *Medidas cautelares en el derecho de familia*. Buenos Aires, Argentina: La Rocca.
- Hacker, D. (2019). El derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes como fundamento de la comunicación con los abuelos. En C. Grosman (Dir.), *Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes* (t. 1, 1.ª ed.). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Herrera, M., Caramelo, G. & Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (Vol. 1) (1ª ed., Vols. 1-7). Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC\\_Nacion\\_Comentado\\_Tomo\\_II.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf)
- Herrera, M., Caramelo, G., & Picasso, S. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (Vol. 2) (1ª ed., Vols. 1-7). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Infojus.
- Herrera, M., & Spaventa, V. (2009). Vigilar y castigar... el poder de corrección de los padres. En *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. (pp. 63-86) Recuperado de [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-10/10Jurica02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica02.pdf)
- Jelin, E. (1994). Familia: Crisis y después... En C. Wainerman (Ed.), *Vivir en familia* (pp. 181-230). Buenos Aires, Argentina: Unicef/Losada.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2019). *Tratado de Derecho de familia*. (t. 4, 1.ª ed., 2ª reimp). Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Key, E. (2021). *El siglo de los niños* (1 ed.). Ediciones Morata. Recuperado de: <https://www.perlego.com/book/2742004/el-siglo-de-los-nios-pdf>
- Kielmanovich, Jorge L. (1998). *Procesos de familia*, Bs. As., Argentina: Abeledo Perrot.
- Krasnow, A. (2015). *Tratado de Derecho de Familia. Una introducción al estudio del Derecho de Familia*. (t. 1). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

- Krauskopf, D. (2000). Dimensiones críticas en la participación social de las juventudes. En *La participación social y política de los jóvenes en el horizonte del nuevo siglo* (pp. 119-134). Buenos Aires, Argentina: CLACSO. Recuperado de <https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101023020551/6krauskopf.pdf>
- Kohan, W. (2016). *Diccionario Iberoamericano de Filosofía y Educación*. Fondo de Cultura Económica, FFyL, UNAM. Recuperado de <https://www.fondodeculturaeconomica.com/dife/definicion.aspx?l=I&id=79#:~:text=La%20palabra%20infancia%20viene%20del,hay%20un%20sustantivo%20abstracto%20equivalente.>
- Konterllnik, I., & Fraccia, C. (2015). *Infancia: transitando nuevos caminos. Lecturas y propuestas en torno a la Ley de Protección Integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes*. Colección: Investigaciones y ensayos. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Laval, C. (2015). *Antropología del sujeto neoliberal*. [L. Hojman, Trad.]. Presentación de Christian Laval en el seminario «Pensar con la Antropología», Laboratorio Sophiapol, Universidad Paris Oeste, Nanterre La Défense. Recuperado de <http://lalibertaddepluma.org/christian-laval-antropologia/>
- Lenta, M. M., & Zaldúa, G. (2016). Niñez, Adolescencia y Derechos Humanos. Sobre inconsistencias y contradicciones de las políticas públicas. En G. Zaldúa (Coord.), *Intervenciones en psicología social comunitaria. Territorios, acciones y políticas sociales* (pp. 257-266). Buenos Aires, Argentina: Teseo.
- Lerner, G. (2022) *La creación del patriarcado*. [G. Lerner, Trad.]. Buenos Aires, Argentina: Paidós
- Liebel, M. (2013). *Niñez y Justicia Social: Repensando sus derechos*. Santiago de Chile, Chile: Pehuén.

- Llobet, V. (2015). Políticas y Violencias en clave generacional en Argentina. En J.M. Valenzuela (Coord.). En *Juvenicidio, Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina y España*. Barcelona, España: Ned.
- Llobet, V. (2013). La producción de la categoría "niño-sujeto-de-derechos" y el discurso psi en las políticas sociales en Argentina. Una reflexión sobre el proceso de transición institucional. En V. Llobet (Comp.), *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Marre, D. (2013). Prólogo. De infancias, niños y niñas. En V. Llobet (Comp.), *Pensar la infancia desde América Latina. Un estado de la cuestión*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO.
- Mazzola, R. (2016). Primera infancia en Argentina. Relaciones entre (des) igualdad, familias y políticas de bienestar. En *Estado y Políticas Públicas*. (Nº 6, pp. 59-95). FLACSO.
- Méndez Costa, J., Ferrer, F., & D'Antonio, H. (2008). *Derecho de familia*. (t.1). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Mizrahi, M. (2015). *Responsabilidad Parental*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Morlachetti, A. (1998). Situación Actual: obligaciones de América Latina y el Caribe ante el Derecho Internacional, en el tema de Adolescencia y Juventud, con revisión de los documentos actuales” (Washington DC), versión preliminar.
- Nari, M. (2004). *Políticas de maternidad y maternalismo político*. Buenos Aires, Argentina: Biblos.
- Najmanovich, D. (2005). Estética del pensamiento complejo. En *Revista de Investigación Social*, (Vol.1, Nº 2, pp. 19-42). Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Distrito Federal, México: Andamios.
- Najmanovich, D. (2008). *Mirar con nuevos ojos. Nuevos paradigmas en la ciencia y pensamiento complejo*. Buenos Aires, Argentina: Biblos.

Najmanovich, D. (2016, 30 de agosto). Redes y subjetividad contemporánea [Video]. Conferencia de Denise Najmanovich en el Congreso de Prosam. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=2rKCxfoOotk&t=1937s>

Najmanovich, D. (2011). *El juego de los vínculos. Subjetividades y redes: figuras en mutación* (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Biblos.

Najmanovich, D. [Facultad de Psicología, Universidad de la República]. (2021, 7 de setiembre). Pensar la subjetividad en el siglo XXI [Video]. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=eI3sUpre\\_b8](https://www.youtube.com/watch?v=eI3sUpre_b8)

Najmanovich, D. [Colegio de Psicoanalistas]. (2022, 13 de octubre). Despedirse del mito del sujeto. Bienvenir a la vida singular en la trama común [Video]. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=3u8h4C8UDwQ>

Notrica, F., & Rodríguez Iturburo, M. (2014). Responsabilidad parental: Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. En M. Graham y M. Herrera (Eds.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencias. Una mirada crítica y contemporánea* (pp. 133-155). Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Derecho\\_familias\\_infancia\\_adolescencia\\_version\\_actualizada\\_CCyC.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Derecho_familias_infancia_adolescencia_version_actualizada_CCyC.pdf)

Observatorio de Violencia de Género de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires. (s.f.). *Diagnósticos sobre el funcionamiento de la justicia especializada en violencia familiar en la provincia de Buenos Aires. Aportes para la creación de un Fuero Unificado de justicia*. Recuperado de <http://www.defensorba.org.ar/pdfs/comunicados/Observaciones-al-Fuero-Especializado-en-Violencia-Familiar-en-la-Provincia-de-Buenos-Aires.pdf>

Perlo, C., De la Riestra, M. d. R., & López Romorini, V. (2012). *Aprendizaje organizacional y poder: Jerarquía, heterarquía y redes*. Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/61702076.pdf>

- Picontó Novales, T. (1996). *La protección de la infancia: Aspectos sociales y jurídicos*. Huesca, España: Egipto.
- Raffo, P. (2014). El rol del juez de familia a la luz de los cambios legislativos En M. Graham y M. Herrera (Eds.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencias. Una mirada crítica y contemporánea* (pp. 43-62). Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Derecho\\_familias\\_infancia\\_adolescencia\\_version\\_actualizada\\_CCyC.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Derecho_familias_infancia_adolescencia_version_actualizada_CCyC.pdf)
- Scott, J. (1985). *El género: una categoría útil para el análisis histórico*. [E. Portela y M. Portela, Trad.]. Recuperado de <http://www.herramienta.com.ar/cuerpos-y-sexualidades/el-genero-una-categoria-util-para-el-analisis-historico>
- Segato, R. (2018). *Contra-pedagogías de la crueldad*. Buenos Aires, Argentina: Prometeo.
- Segato, R. (2010). Femi-geno-cidio como crimen en el fuero internacional de los derechos humanos: el derecho a nombrar el sufrimiento en el derecho. En R.L. Fregoso & C. Bejarano (Eds.), *Una cartografía del feminicidio en las Américas* (pp. 1-30). México: unam-ciiech/Red de Investigadoras por la Vida y la Libertad de las Mujeres. Recuperado de <http://www.larevuelta.com.ar/pdf/Femi-geno-cidio-comocrimenSegato.pdf>
- Tarducci, M. (2011). *La Adopción. Una aproximación desde la Antropología del Parentesco*. Buenos Aires, Argentina: Librería de Mujeres.
- Tarducci, M. (2008). Presentación. En M. Tarducci (Ed.), *Maternidades en el siglo XXI*. (pp. 9-3) Buenos Aires, Argentina: Espacio.
- Treguear, L. T., & Carro, C. (1997). *Niñas y adolescentes prostituidas. Silencio Social y violación de derechos*. (1° ed.). San José, Costa Rica: UNICEF.

- Valenzuela Arce, J. M. (2015). Remolinos en el viento: Juvenicidio e identidades desacreditadas. En Valenzuela, J. M. (Coord.), *Juvenicidio, Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina y España* (pp. 15-57). Barcelona, España: NED.
- Vasallo, B. (2021). *El desafío poliamoroso. Por una nueva política de los afectos*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- Vergara del Solar, A. C. (2007). *La intervención social como conflicto. El caso de la infancia y juventud en Chile*. Universidad Diego Portales. Recuperado de: [https://www.sename.cl/wsename/otros/observador3/obs3\\_19-36.pdf](https://www.sename.cl/wsename/otros/observador3/obs3_19-36.pdf)
- Wainerman, C., & Geldstein, R. (1994). Viviendo en familia: Ayer y hoy. En C. Wainerman (Ed.), *Vivir en familia* (pp. 181-230). Buenos Aires: Unicef/Losada.
- Zannoni, E. (2012). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. (t.2, 6° ed.), Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Zapiola, M. C. (2006). ¿Es realmente una colonia? ¿Es una escuela? ¿Qué es? Debates parlamentarios sobre la creación de instituciones para menores en la Argentina, 1875-1890. En D. Lvovich & J. Suriano (Eds.), *Las políticas sociales en perspectiva histórica, Argentina, 1870-1952*. Buenos Aires, Argentina: Prometeo Libros.

## Referencias Normativas

- Argentina. (1869). Código Civil de la República Argentina. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/340-nacional-codigo-civil-lns0002653-1869-09-25/123456789-0abc-defg-g35-62000scanyel>. Derogado en 2014
- Argentina. (2014). Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>
- Argentina. (2005). Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Recuperado de: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Argentina. (1919). Ley Nacional 10.903: Patronato de Menores de Jurisdicción Nacional y Provincial. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/10903-nacional-patronato-menores-jurisdiccion-nacional-provincial-Ins0002402-1919-09-29/123456789-0abc-defg-g20-42000scanyel>

Argentina. (1980). Ley 22.278: Régimen Penal de la Minoridad. Recuperado de: <https://ppn.gov.ar/pdf/legislacion/Ley%2022278.%20Regimen%20Penal%20de%20Menores.pdf>

Comité de los Derechos del Niño. (2009). Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>

Consejo de Europa. (2010). Pautas del Comité de Ministros de Europa para una Justicia Amiga de los Niños. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/34259-pautas-del-comite-ministros-del-consejo-europa-justicia-amiga-ninos>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Atala Riffo v. Chile. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=196](https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=196)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Fornerón y D'Alessio vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 245. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=203](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=203)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Opinión Consultiva No. 17: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Defensoría de Niños Niñas y Adolescentes (2022) Recomendación n° 8. El derecho de niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinion sea tenida en cuenta. Recuperado en: [https://ladefe.gob.ar/images/DOC\\_Recomendaciones/RECOMENDACION-8-Julio-2022.pdf](https://ladefe.gob.ar/images/DOC_Recomendaciones/RECOMENDACION-8-Julio-2022.pdf)

Mendoza. (2018). Ley 9120: Código Procesal de Familia y Violencia Familiar. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/9120-local-mendoza-codigo-procesal-familia-violencia-familiar-lpm0009120-2018-11-13/123456789-0abc-defg-021-9000mvorpyel>

Mendoza. (1995). Ley 6354: Régimen Jurídico de Protección de la Minoridad. Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/provincial/ley-6354-123456789-0abc-defg-453-6000mvorpyel/actualizacion>



Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de:  
[https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos\\_publicaciones\\_coleccionde\\_bolsillo\\_12\\_derechos\\_nino.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_coleccionde_bolsillo_12_derechos_nino.pdf)

Organización de los Estados Americanos. (2010). 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Recuperado de:  
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

Poder Ejecutivo Nacional. (2012). Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011. Lorenzetti, R., Highton de Nolasco, E., Kemelmajer de Carlucci, A. La Ley.