

EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DE LOS HIJOS CON EL PADRE NO CONVIVIENTE: CONSECUENCIAS Y POSIBLES SOLUCIONES DE LAS DENUNCIAS POR ABUSO SEXUAL DE UNO DE LOS PADRES CONTRA EL OTRO

DIEGO IPARRAGUIRRE*

"En los albores del nuevo milenio se necesita de innovación, de creatividad y también de una buena dosis de transgresión para fundar algo nuevo y esperanzador..."¹

I. Introducción

En el presente trabajo se aborda el espinoso y complejo tema de los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente y la proliferación de las denuncias de abuso sexual que se están dando en un divorcio destructivo o en el contexto de una disputa por la tenencia de un hijo.

Los intrincados funcionamientos emocionales que estos procesos desencadenan originan, en sus protagonistas, la imposibilidad de distinguir entre aptitudes maritales y parentales.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor que se convierte en la contraparte de la contienda. De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

* Abogado (UNBA) – Secretario en la Justicia Nacional en lo Civil.

¹ BUSTELO, Eduardo, "Pobreza moral", en *Revista Socialis*, pág. 31.

A este respecto, se ha definido el "síndrome de alienación parental" -S.A.P.-² o proceso de exclusión, como el "proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva a, o acerca de, el otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o los hijos contra este otro progenitor".

Estas conductas, que llevan a cabo ambas partes, se manifiestan a través de obstrucciones al régimen de visitas del progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de proteger al hijo del mismo, desconociendo los efectos deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

En este contexto, en los últimos años han proliferado las denuncias de abuso sexual intrafamiliar.

En muchos casos el intento de bloquear el acceso de un progenitor al hijo está basado en hechos reales e importantes. A veces uno de los progenitores daña a sus hijos, los maltrata física o psíquicamente, abusa de ellos sexualmente o se comporta con grave negligencia a su respecto, poniéndolos en riesgo.

En otros, los motivos alegados no son verdaderos y carecen de razón suficiente para obstaculizar el acceso del otro a los hijos.

Hoy en día, una de las tareas más importantes y difíciles que enfrentamos los operadores del derecho en los tribunales de Capital Federal es diferenciar las reales denuncias de las falsas alegaciones.

Esta inquietud creciente entre nosotros coincide con la que está aconteciendo en varios países europeos y en los Estados Unidos y con los estudios internacionales realizados ya por Elterman y Ehrenberg (1991) al respecto: el número de falsas alegaciones de abuso sexual ha sufrido una escalada impensable hasta hace poco. Dada la importancia del tema, las respuestas son urgentes por lo mucho que está en juego: por un lado, que el abusador sexual pueda seguir causando daño y destrucción con su conducta; por otro, que una persona inocente sea culpada y penada, con la siguiente destrucción de él mismo y sus hijos.

² USANDIVARAS, Carlos, "El síndrome de alienación parental. Una forma sutil de violencia en el post-divorcio", ficha del *Seminario intensivo de Psicología Forense*, dictado en el Colegio de Psicólogos de San Isidro en 1993.

Cuando un progenitor realiza una denuncia de abuso sexual de un hijo contra el otro padre, sea verdadera o falsa, debemos saber que este hecho puede provocar un grave daño en el menor y las consecuencias pueden ser potencialmente devastadoras sobre la vida del niño.

Actualmente, la mayor parte es promovida por uno de los progenitores contra el otro en situaciones de separación o divorcio destructivo.

Esta realidad —desde 1995 a esta parte— fue detallada por un prestigioso juez de familia: “Ocurre, muchas veces, que detrás de denuncias de violencia familiar y otras, se ocultan y enmascaran otras pretensiones, como perseguir un divorcio, un desalojo, un régimen de visitas, etcétera”³.

El abuso sexual dentro de las familias era un secreto casi total hasta hace unos veinte años, y sigue siendo todavía tabú. Fueron las investigaciones sobre maltrato y violencia sobre los niños las que permitieron su llegada a los tribunales.

El derecho de la niña y del niño a que su integridad sea respetada, a que no se violen sus fronteras epidérmicas y mentales, a que su persona sea vista como tal y no como propiedad de nadie, ni siquiera de sus padres, son, entre otros muchos, avances que las leyes introdujeron, por su poder educacional y ejemplaridad, en la sociedad toda.

Concepto de Abuso

El vocablo abuso deriva del latín *abusus*, significando *ab*: contra, y *usus*: uso. En su acepción general significa el “aprovechamiento de una situación en contra de una persona o de una cosa”⁴. Es o implica todo exceso en el uso. Jurídicamente, se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho, o de una situación especial, más allá de lo que resulta lícito, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal, al salirse de los límites impuestos por la justicia, la equidad, la ley y la razón. Algunos lo interpretan como injuria o malos tratos, sosteniéndose también que abusar es sinónimo de violar o maltratar.

³ AÓN, Lucas, *Violencia Familiar y Abuso sexual*, Universidad, 1998, pág. 82.

⁴ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. IA, Ed. Bibliográfica Argentina.

Abuso sexual

El abuso sexual es definido como atentado al pudor, como estupro, violentar sexualmente o un exceso sexual⁵. Asimismo, se ha dicho que el abuso deshonesto es el abuso carnal pero sin cópula o coito, es decir, sin penetración del miembro viril, sin consentimiento de la víctima o, existiendo éste, se presume que no se dio, cuando la víctima es menor de trece años.

Abuso sexual infantil

Definimos el abuso sexual infantil, como un delito donde el/la victimario/a adulto satisface sus impulsos o deseos sexuales, con un niño de cualquier sexo aprovechándose de las debilidades, ignorancia o inexperiencia del menor, mediando engaño, violencia, amenaza, abuso coactivo, intimidatorio o una relación de dependencias, con falta de consentimiento de la víctima por su sola condición de niño, afectándose su reserva y/o integridad sexual, implicando —o no— para éste una experiencia traumática, que puede perjudicar su desarrollo evolutivo normal y que, además, está previsto en el Código Penal.

II. Aspectos legales

El art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

En este sentido, la legislación interna aplica sanciones para quienes se apartan de las conductas prescriptas y entran en la zona de transgresión.

⁵ *Gran diccionario Michaelis*, Biblioteca Internacional, Pereira, Helena-Signer Rena, 1992, pág. 5.

Estas sanciones, para el abusador, pueden ser penales o civiles. Las primeras están previstas en el Código Penal, reformado en el rubro de los que ahora se llaman "delitos contra la integridad sexual" por la ley 25.087.

Las segundas están en el Código Civil y van desde la suspensión en la patria potestad hasta la prohibición del contacto abusador-niño y la reparación de daños físicos, psíquicos y morales.

Además, y también en el ámbito civil, las leyes de violencia familiar que rigen en la Ciudad de Buenos Aires y en varias provincias permiten tomar medidas de protección al niño o a la niña, y disponer el envío a programas terapéuticos o educacionales a toda o parte de la familia.

Legislación penal

El abuso sexual está contemplado en el texto del art. 119 del Código Penal de la Nación Argentina que, según la ley 25.087 dice:

"Será reprimido con reclusión o prisión de 6 meses a 4 años el que abusare sexualmente de personas de uno u otro sexo cuando ésta fuere menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de 4 a 10 años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión si:

- a) resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) el hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) el autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) el hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;

- e) el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;
- f) el hecho fuere cometido contra un menor de 18 años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incs. a), b), d), e) o f)⁷.

Doctrinas sobre abuso sexual

En el derecho penal hay dos doctrinas o tesis sobre lo que constituye verdaderamente el abuso sexual. Ellas son:

Tesis subjetivista

Para esta doctrina, derivada de su análoga italiana, el abuso sexual sólo se configura cuando el autor o agente activo tiene como finalidad desahogar sus instintos sexuales, o su lujuria, sin ánimo de consumir el acceso carnal⁶. De tal forma, los elementos que caracterizan el abuso sexual son dos:

- a) Uno material-objetivo representado por la comisión de actos libidinosos, sin intención de consumir el acceso o la conjunción carnal, es decir, sin ánimo de cópula.
- b) Otro, el elemento subjetivo conformado por la voluntad (elemento volitivo) y conciencia de la comisión del abuso, con caracteres libidinosos y sin proponerse —ni intentar— el acceso carnal. Aquí importa, —y mucho—, remarcar que ante la ausencia de pulsión erótica o libidinosa, no se configura el delito de abuso, aun cuando se atente contra la libertad sexual de la víctima. Es que para los autores partidarios de esta doctrina, el delito se consuma por la acción tendiente a desahogar el apetito lujurioso, y sin él, los hechos son atípicos, no hay acción delictiva.

⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, t. V, Abeledo-Perrot, 1969, pág. 121.

Autores como Aguirre Obarrio y Molinario sostuvieron la necesidad de la presencia del ánimo libidinoso, al tocar las partes pudendas del agente pasivo. Por ejemplo, todo hecho cuya finalidad fuera sólo ofender a la víctima del tocamiento, para hacerle pasar vergüenza en público, no configuraría abuso sexual sino el de una "injuria real".

Tesis objetivista

Los partidarios de esta doctrina afirman que "exigir que los actos de claro sentido sexual" deban tener el elemento subjetivo, de la "finalidad libidinoso o sexual del autor", implica un criterio restrictivo injustificado. Así, Núñez afirmaba que el Código Penal no exige como requisito del tipo el ánimo libidinoso del autor, porque lo que realmente se debe proteger es "el derecho a la libertad corporal contra el ultraje" derivado de la intromisión indebida del delincuente⁷.

Para esta doctrina, lo que importa es que "el acto sea objetivamente abusivo, con prescindencia del elemento subjetivo"⁸. Porque la finalidad de la ley es proteger la libertad corporal, la reserva sexual y dignidad de la persona, aunque la denomine –impropiamente– "integridad sexual". Protegerla de los ultrajes del victimario, sin analizar sus deseos. Concluyendo, según Donna, "puede constituir un abuso sexual cualquier acto con sentido objetivamente impúdico, con la única limitación del acceso carnal y que la ofensa sea consciente". También afirma este tratadista, que se comete abuso sexual por toda acción realizada sobre el cuerpo de una persona, aun sin finalidad sexual, si el autor tiene conocimiento de que lesiona su libertad sexual. Entendiendo que los actos realizados con dolo (es decir, conociendo su objetividad sexual) configuran el tipo penal del abuso aun cuando carezca de ánimo libidinoso.

En cualquier caso, debe exigirse el dolo expresado en la intención del abusador, de tocar la o las partes pudendas de la víctima. Finalmente, es bueno recordar, a la hora de dictar sentencia, que "también

⁷ NÚÑEZ, R. C., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., actualizada, Lerner, 1999, pág. 309.

⁸ DONNA, Edgardo, *Delitos contra la integridad sexual*, Rubinzal-Culzoni, 2000, pág. 21.

hay denuncias falsas, que han sido formuladas con reprochables propósitos”⁹.

Importante y frondosa jurisprudencia dijo reiteradamente que abusa en forma deshonestamente “el que ultrapasa los límites naturales de la pureza de las costumbres, vulnerando la rigidez de sus principios con actos indecorosos impúdicos”. Así lo estableció la CNCrim. y Corr., sala I, t. 1, pág. 10, f. 8; íd. sala VI, *JA*, 1986-II-síntesis *in re* “Rodríguez, Angel R.”, pub. en *JA*, 1992-I-síntesis, en la causa “Orellana, Néstor A.”; en igual sentido, sala IV, *JA*, 1993-IV-síntesis en autos “Calvaio, Rodríguez A. M.”; íd. sala VI, citada en *JA*, 1994-II-síntesis, en “Soria, J. C.”; también sala II, *JA*, 1994-II-síntesis *in re* “Vega, Osvaldo A.” y en *LL*, 1992-A-393; en el mismo sentido se pronunció la sala I en el caso “Orellana, H.”, publ. en *JA*, 1994-II-síntesis; también la sala III, publicado en *JA*, 1994-II-síntesis y en *LL*, 1992-B-71, y *LL*, 1998-E-649 y sigs. Entre muchos más. En todos los casos mencionados, los actos impúdicos consistieron en tocamientos materiales, jamás simples miradas, meras insinuaciones, actos a distancia o de palabra.

III. La Familia y el Derecho de los hijos a una plena relación con ambos padres

Tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo y surge integralmente de su espíritu, la familia “es el medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños”, es decir que “para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de una familia”.

Esta afirmación, que seguramente es compartida por todos, plantea algunos interrogantes cuando nos proponemos trasladarla al contexto de la familia que se organiza con posterioridad a la ruptura de la pareja conyugal.

El principio establecido en el art. 18 de la Convención dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo.

En nuestro derecho, este principio, sumado al respeto por la igualdad de los cónyuges, ha sustentado la instauración legal del ejer-

⁹ REINALDI, Víctor, *Los delitos sexuales en el Código Penal Argentino*, Lerner, 1999, pág. 53.

cicio conjunto o indistinto de la autoridad parental, previsto por la ley 23.264.

Otra norma fundamental relativa al ejercicio de las relaciones paterno-filiales es el derecho del hijo, consagrado en el art. 9 de la Convención, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos y, si bien plantea excepciones, el principio general para evaluarlas es que tal separación "sea necesaria en el interés del hijo".

El Código Civil no contiene definición ni concepto general de familia, salvo en las referencias específicas en las que se describe para supuestos particulares (bien de familia o derecho de habitación).

Se contemplaron las relaciones dentro de la familia de persona a persona, por esa razón no puede hablarse de una composición de la familia específicamente determinada en el Código Civil.

El Código adopta como modelo de familia a la nuclear, ya que sus funciones esenciales son asumidas, en principio, por el núcleo reducido de la pareja conyugal y los hijos menores. Éste es el grupo obligado a convivir.

Creemos que todas las formas de organización familiar son objeto de tutela legal a través de numerosos textos constitucionales de este siglo, que tienden a imponer al Estado el deber de protección de la familia.

La jurisprudencia comienza a reconocer la existencia de una nueva estructura familiar posterior al divorcio como merecedora de protección.

El art. 264, inc. 1, de la ley 23.264 adopta, como principio general, el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, al disponer que el ejercicio corresponde "en el caso de los hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados o divorciados, o su matrimonio fuese anulado".

En el caso de que los padres se encuentren separados, el ejercicio de la patria potestad se concentra en el "padre o madre que ejerza legalmente la tenencia" (art. 264, inc. 2).

Deja a salvo el derecho del progenitor que no ejerce la guarda de "tener una adecuada comunicación y supervisar su educación".

Si bien el poder de iniciativa está en cabeza del cónyuge que tiene otorgada la guarda del hijo, el otro podrá formular oposición en sede judicial.

El sistema adoptado, tanto en lo normativo como en lo cultural, de atribución unipersonal de la tenencia de los hijos, lleva implícita

la idea de su inclusión en el "reparto" posterior al divorcio; ello presupone que los hijos no son "atribuibles" u "otorgables", mas como obviamente no son "divisibles", se ha optado por la salomónica solución de adjudicarlos a uno de los cónyuges.

Además de las disposiciones de derecho interno, rigen en la materia los arts. 9 inc. 3 y 10 inc. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

"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 "(art. 9, inc. 3).

IV. El Derecho a la comunicación

A la luz de estas disposiciones, el derecho de comunicación es un derecho del hijo y no sólo del progenitor que no convive con él.

Ya en 1957, la Cámara Nacional en lo Civil, sala A, en autos Villareal c/Mancorda Balbi", decidió que "el derecho de visitas puede ser ejercido por el menor en forma directa o por medio de sus representantes legales, o guardadores, a fin de lograr, en cuanto sea posible, el mantenimiento de la integridad de la relación paterno-filial mediante la conservación de la unión más plena que las circunstancias del caso lo permitan".

Igualmente, antes de la incorporación de la Convención, nuestro derecho interno y la doctrina ya había entendido que se trataba de un derecho propio y autónomo del hijo, que puede ser ejercido por éste en forma directa o por medio de sus representantes legales o guardadores.

El derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la "adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal".

Se desprende, además, que resulta explícito en el discurso tradicional que "las visitas" son "el derecho que le queda al progenitor.

Es, en realidad, la misma ideología que sirve como sustento a la necesidad de atribución unilateral del ejercicio de la patria potestad después del cese de la convivencia la que consolida este estereotipo de ejercicio de parentalidad y de la familia posterior al divorcio.

Esto es, la familia y la paternidad o la maternidad, estructuradas en base a un esquema de monoparentalidad, que en la dinámica

funciona en términos de sobrecarga para un progenitor y de exclusión para el otro.

Con independencia de la evaluación de los criterios para la atribución de la tenencia de los hijos, cabe una consideración respecto del significado propio de la atribución de la tenencia a uno de los progenitores, como concesión de una facultad o un poder a uno de ellos en detrimento del otro.

La influencia de esta decisión judicial, aun antes de que ésta se produzca, es determinante de la organización de las relaciones de poder en la familia, sobre todo en la pareja parental.

La atribución unipersonal de la tenencia implica conferirle una cuota de poder en lo relacionado con la parentalidad, que representa una compensación a la cuota de poder económico que conserva generalmente aquel de los padres que no convive con los hijos.

Esta aparente compensación termina por generar una sobrecarga en las responsabilidades que se derivan de los poderes asignados a cada uno y una paulatina desvinculación en las funciones atribuidas al otro miembro de la pareja parental. En síntesis, el progenitor a quien se le ha otorgado la tenencia comienza a "apoderarse" de los hijos, y el otro, a apartarse del ejercicio cotidiano de la parentalidad y a "apoderarse" del control del dinero, restringiendo los aportes necesarios para la manutención de los hijos (lo vemos a diario en nuestros tribunales la cantidad de juicios por alimentos iniciados).

Probablemente, el reemplazo del concepto de atribución de la tenencia unilateral por el de la determinación del progenitor conviviente con los menores signifique, además de considerar a los hijos como sujetos de las relaciones familiares, la subsistencia de la responsabilidad parental en cabeza de ambos progenitores y la sola redistribución de funciones como consecuencia de la nueva organización familiar.

Pienso que éste es el *quid* del problema que, nosotros, como operadores del derecho, debemos modificar desde lo normativo y lo cultural.

Quizás el exagerado interés de sustentar las bases de la familia y su protección jurídica en el matrimonio provoque que, ante la separación o la disolución del vínculo, resulte casi inconcebible la noción de familia funcional o sana. Así, todo intento de abordaje de las relaciones familiares después del divorcio está condicionado a una ideolo-

gía de “familia discapacitada o minusválida”, incapaz de generar respuestas válidas a los requerimientos de la parentalidad.

Se traduce a través del principio de la atribución unipersonal de la tenencia la convicción sobre la imposibilidad de la plenitud de la relación paterno-filial para ambos progenitores, como si ello estuviese impedido por una incapacidad inherente a su condición de cónyuges divorciados.

Debemos empezar a hablar de un nuevo tipo de familia: la familia binuclear. Y de un nuevo concepto: “la copaternidad”.

Ésta es una familia donde hay dos casas. Los chicos tienen dos casas, dos camas, dos cepillos de dientes, de todo tiene dos.

Aquí, la palabra clave es “copaternidad”¹⁰.

No sirve hablar de “tenencia” porque los hijos no se “tienen”, no son propiedad de nadie.

Tampoco sirve hablar de “visitas” porque ningún padre es una visita en la vida de su hijo.

Ni de “control de la educación que el otro da” porque en la práctica no sólo es nocivo sino que es imposible.

En la “familia binuclear”, el derecho de comunicación, en realidad, no es otra cosa que la “adecuación del ejercicio de la parentalidad después de la ruptura conyugal”.

Considero que éste es un tema muy importante y que da lugar para realizar —en otra oportunidad— un trabajo de investigación más profundo y concreto; sin embargo, no quería dejar de mencionarlo, ya que considero que, en la medida en que el concepto de “familia binuclear” y el de “coparentalidad” los traduzcamos en el marco normativo y los incorporemos culturalmente, existirán menos problemas de impedimentos de comunicación de hijos con padres no convivientes o falsas denuncias de abuso sexual infantil.

V. Ahora bien, hasta que ello ocurra, en sede civil, ¿qué instrumentos legales contamos para intervenir en una denuncia de abuso sexual infantil?

La reforma constitucional argentina de 1994, al equiparar a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José

¹⁰ CÁRDENAS, Eduardo, *La mediación en conflictos familiares*, Lumen Humanitas, pág. 138.

de Costa Rica) y a la Convención sobre los Derechos del Niño en el mismo nivel superformativo de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), obligó a que el Estado previera un modo de intervención —mediante sus poderes públicos— en las cuestiones relativas a la violencia familiar. En este sentido, la ley 24.417 pretende abrir un nuevo camino para acercar soluciones a este tema tan preocupante como actual de la sociedad argentina.

El abuso sexual infantil es una de las formas más severas de maltrato infantil. Frente a una denuncia de este tipo, la citada ley prevé medidas cautelares y disponer sobre el menor e implementar necesarios para superar la situación.

Pero, más allá de las medidas que el juez de familia puede adoptar, está obligado a denunciar los hechos ante la justicia penal (art. 72, *in fine*, del Código Penal).

Particularmente, en estos casos la legislación civil no alcanza. Se trata de cuestiones donde lo penal y civil aparecen entremezclados, introduciendo al juez civil en una problemática que resulta más a la problemática que resulta más próxima a la competencia del juez penal.

Además, de los preceptos de la citada ley, no cabe dejar de lado la gama de medidas cautelares genéricas que, con el nombre de “Protección de Persona”, pone a nuestra disposición el ordenamiento procesal (art. 234 y siguientes del ritual), en tanto se trata de un dispositivo de amplia utilización y práctica, en donde, inclusive, el tribunal actúa de oficio y sin encontrarse sujeto a los concretos límites temporales que impone la ley mencionada.

La Carta de Ginebra de 1924 ha dicho que “cualquiera que sea la forma con que se presente, el maltrato de los niños constituye un fenómeno definido en este siglo (el pasado) por un consorcio de instituciones médicas, sociales y legales”.

Esto revela que, muchas veces, no son las que platearon el problema, sino que son las instituciones quienes tuvieron a su cargo la tarea de “recortar” el fenómeno del maltrato o abuso, razón por la cual se puede afirmar que, en primer término, el abuso de niños es un problema de naturaleza institucional¹¹.

Por ello, es un acierto la formulación del art. 2 de la Ley 24.417, en cuanto especifica como obligatoria la denuncia para los servicios asis-

¹¹ ALBARRACÍN, Dolores, *Institucionalidad, institución e institucionalización en el abuso de niños: una análisis de las consecuencias terapéuticas*, Actas FEH, 1994.

tenciales sociales o educativos, públicos o privados, profesionales de la salud y todo funcionario público. Ello por cuanto, en el medio local, la detección del abuso ocurre, principalmente, en el ámbito sanitario-asistencial y, secundariamente, en los sistemas escolar y policial.

“La ley 24.417 ha establecido un procedimiento para el dictado de medidas urgentes de amparo a las víctimas de la violencia familiar, que en modo alguno implica un decisorio de mérito que declare a alguien como autor de los hechos que se le atribuyen. Basta la sospecha del maltrato y la verosimilitud de la denuncia, para que el juez pueda adoptar disposiciones que, en su esencia, son verdaderas medidas cautelares, como lo es la exclusión del denunciado como agresor o el sometimiento de la familia a un tratamiento bajo mandato judicial” (CNCiv., Sala A, R. 196.280, 14-6-96, “R., S. I. c. T., C. E. s/ Incidente art. 250”).

“La ley 24.417, de Protección contra la Violencia Familiar, ha establecido un procedimiento que dista de ser contradictorio y permite, con base en lo dispuesto por sus arts. 3 y 4, adoptar las medidas cautelares que correspondan a tal fin. Es así que este marco de actuación no debe ser desnaturalizado con planteos que exceden notoriamente ese limitado ámbito procesal, fijado por la adopción de medidas urgentes que apuntan a neutralizar la situación de crisis denunciada ante el órgano jurisdiccional” (CNCiv., sala E, R. 203.537, 19-9-96, “B., R. A. y otros c. C., A. P. s/denuncia por violencia familiar”).

“El trámite previo en la Ley de Violencia familiar no debe dejarse librado exclusivamente a la iniciativa de las partes, sino que impone al juez el deber de adoptar medidas tendientes a comprobar los daños físicos o psíquicos sufridos por las víctimas, proporcionándoles una serie de alternativas de acción, incluso de prevención y asistencia. Y las medidas allí previstas no son taxativas, sino meramente ejemplificativas, pues no cierran el espectro de posibilidades para hacer efectiva la tutela jurisdiccional” (CNCiv., sala A, R. 203.061, 30-9-96, “S., P. s/Artículo 482 del Código Civil”).

Aspectos Médicos y Psicológicos en los casos de los impedimentos de contacto con el progenitor no conviviente

Los intrincados funcionamientos emocionales que estos procesos desencadenan originan, en sus protagonistas, la imposibilidad de distinguir entre las aptitudes maritales y las parentales.

Esto genera conductas destructivas por las cuales es difícil mantener la objetividad con respecto a la visión del progenitor, que se convierte en la contraparte de la contienda.

De esta pérdida de objetividad, quienes resultan víctimas, inevitablemente, son los hijos.

A este respecto, como ya he dicho, por causa del "síndrome de alienación parental", un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva a, o acerca de, el otro progenitor no conviviente, y generalmente se fundan en el argumento de "proteger" al hijo del mismo, desconociendo los efectos deteriorantes que este tipo de acciones genera sobre la identidad de los niños.

La repetición de los fenómenos de obstrucción a las visitas ha llevado a muchos operadores familiares a reflexionar acerca de cuáles son los mecanismos que subyacen a este tipo de comportamientos que, por otro lado, parecen ser compulsivos, inevitables y resistentes a toda clase de sugerencia o indicación.

Desde el punto de vista psicológico, el matrimonio es vivenciado como uno de los proyectos más importantes de la vida, ya que constituye el primer paso hacia la formación de una familia —elemento intermedio entre lo social y lo individual— sin la cual, la existencia humana no es imaginable.

El casamiento o el inicio de la convivencia dan cuenta sólo del comienzo de un proceso, que puede llevar años o no completarse nunca.

No siempre son coincidentes la alianza matrimonial legal y la alianza psicológica real.

Es decir, paralelamente al cumplimiento de los requisitos que exige la sociedad para constituirse en pareja, ésta conforma un "nosotros" con elementos subyacentes pertenecientes a cada una de las familias de origen de los integrantes: ambos traen costumbres, rituales, estilos, cuya integración otorgará una identidad a la nueva pareja.

Cuanto más rígidos e incuestionables sean estos modelos en la historia individual de cada uno, más difícil se tornará la constitución del "nosotros".

En la imposibilidad de discriminar entre aptitudes maritales y las parentales, se considera que el otro progenitor es "prescindible" para el hijo.

Se desconoce el daño psicológico que se le provoca al intentar "borrar" de su psiquismo a aquel cuya presencia es la garantía de una salida saludable hacia el medio extrafamiliar.

En la demanda judicial, predomina la pretensión de “hacer actuar” a aquel que resulta representante del sistema judicial, ubicándose el sujeto en una posición pasiva e indefensa.

La ilusión del actor es que el órgano jurisdiccional, a través de sus representantes, oficiará como protector y amparador, en una situación en la que él mismo se presenta como desamparado.

Reclamará defensa ante las conductas perjudiciales de la otra parte, la cual es percibida como extremadamente peligrosa y ante quien no encuentra la posibilidad de defenderse por sus propios medios.

Esto trae aparejada la sensación de sobrecarga y responsabilidad de los profesionales intervinientes —quienes experimentan la urgencia de tomar decisiones—, y la exagerada multiplicación de intervenciones que deben realizarse (se remueven y se nombran peritos, se convocan instituciones especializadas, se dan “vistas” a los defensores, se anexan causas, se piden opiniones a distintos cuerpos interdisciplinarios. Los auxiliares de la justicia, asistentes sociales y psicólogos son convocados a producir pruebas (psicodiagnósticos e informes socioambientales) que sirvan para confirmar certezas implícitas en la demanda o en la contestación de la demanda.

A menudo se insiste en la evaluación de los hijos con el propósito de adjudicar el daño observado (trastornos escolares, insomnio, alteraciones del carácter) a la falta de idoneidad del progenitor objetado.

Estos pedidos no son sino maniobras distractoras que apuntan a desviar la atención del verdadero foco: la imposibilidad de reflexión y autocrítica por parte de los padres en relación al inadecuado manejo de la separación.

Dificultades a considerar en las denuncias de abuso sexual infantil

En este campo, son muchas las cuestiones que los operadores del derecho debemos tener en cuenta al trabajar con una denuncia de abuso sexual infantil. Analizaré algunas de ellas.

Terapias iatrogénicas

Se define como terapia iatrogénica toda alteración del estado normal del paciente producida por el médico, psicólogo o cualquier otro profesional de la salud en el ejercicio de su profesión.

Un ejemplo de terapia iatrogénica es la derivación de niños no abusados o sin certeza de abuso sexual, a grupos de niños victimizados, para "ayudarlos a revelar o develar" el presunto delito.

La triste realidad de muchos inocentes niños argentinos indica que sin control judicial alguno, ni consentimiento informado de sus padres, terapeutas los someten a prácticas con efectos peligrosos para su salud psicofísica.

Muñecos sexuados

La utilización de los muñecos sexuados y otras técnicas sugestivas usadas para evaluar la comisión de presuntos abusos sexuales infantiles, son muy controvertidas y su mal uso generó un problema social de enormes dimensiones en los Estados Unidos y actualmente en otros países, entre los que se encuentra el nuestro.

Médicos psiquiatras como Campbell, Jones y muchos otros, han criticado duramente la iatrogenia, provocada por profesionales que usan muñecos sexuados y otros métodos, en sesiones de terapia para niños que no se sabe si fueron abusados.

No puede negarse más que en la terapia individual con muñecos sexuados, se da una psicopedagogía adaptativa donde el niño debe adaptarse al rol que le asignan ciertos entrevistadores con expectativas de confirmar un abuso mediante preguntas directivas, conductivas, sugestivas y/o con respuestas sugeridas o inducidas.

Así, en casos de denuncias erróneas o por hechos falsos, tiene que actuar como niño abusado sexualmente.

Hace mucho tiempo que la Academia Americana de Psicólogos advirtió lo contraproducente del uso de los muñecos sexuados para diagnosticar abuso sexual infantil¹². También la Academia Americana de Psiquiatría Infantil y Adolescencia sostuvo que su uso debía ser prudente, y sólo para tratar casos con evidencia física o constatación de la ciencia jurídica¹³.

¹² MELTON & LIMBER, "Cambios en el Derecho de Familia y vida familiar", *American Psychologist*, vol. 44, n° 8, págs. 1213-1216 y en "La ciencia Psicológica y los detalles del uso de muñecos anatómicos en niños abusados", publicado en el *Psychologist Bulletin*, vol. 118, n° 2, 1995, págs. 199-222.

¹³ "Parámetros de medición para evaluaciones forenses específicas", expedidos por la *American Academy of Chile and Adolescent* en el Forum Anual 1995; el *Journal of American Academy Chile and Adolescent. Psychiatry*, 36., marzo 3 de 1997.

Se demostró que ejercen un efecto combinado de sugestión, distorsión y/o contaminación de los dichos y juegos infantiles. Además, al no existir un protocolo científico válido y universal para el análisis de los juegos de niños con ellos, cada entrevistador puede interpretarlos subjetiva y arbitrariamente en pro o en contra de la ocurrencia del abuso. Esto genera graves peligros para la familia y la sociedad toda, porque muchas veces la interpretación errónea del juego con muñecos sexuados sustenta informes falsos positivos de abuso sexual infantil.

El error de muchos terapeutas insta a formular denuncias penales erróneas contra personas inocentes por hechos inexistentes, induciendo a creer la comisión de delitos contra la integridad sexual de los niños, que verdaderamente no han sucedido¹⁴.

Las asociaciones y academia citadas, además, cuestionaron el uso de muñecos sexuados en el ámbito forense, y la calificación del juego de los niños con ellos como sexualizado. También impugnaron su categoría de evidencia diagnóstica de abuso sexual infantil.

Ya no puede discutirse más que los conocimientos sexuales de los niños pueden originarse en otras fuentes, y no sólo por hechos de abuso contra su integridad sexual. En este sentido, cabe resaltar que puede proveérselos la misma terapia, por la sexualidad explícita de los muñecos anatómicos, por el interrogatorio sugestivo del entrevistador y/o el entorno familiar, al creer que los hechos abusivos ocurrieron.

Años atrás, se explicó que no debe hacerse un diagnóstico de abuso basándose sólo en lo que el niño hace con las muñecas. Porque puede aprender sobre actividades sexuales de otras formas y no sólo por haber sido abusado¹⁵. Puede adquirirlo mediante juego sexual consensuado entre iguales, por haber visto pornografía o erotismo, contemplado alguna relación sexual de sus padres u otras personas, haberlo aprendido en clases de educación sexual, etcétera.

También, recientemente un autor argentino destacó los graves peligros a que está expuesto un chico que navega por Internet: la exposición a material pornográfico (sexo explícito, violencia sexual,

¹⁴ DE GREGORIO BUSTAMANTE, Álvaro y PEDROSA DE ÁLVAREZ, Susana, conferencia "Denuncias erróneas o falsas de abuso sexual infantil", realizada el 16 de agosto de 2000 en el *XII Congreso Latinoamericano, IV Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología*, La Plata.

¹⁵ FALLER, Katheleen, *Guías para determinar la ocurrencia de abuso sexual infantil*, Ph. D, 1998, pág. 7.

pedofilia, etc.) y el posible abuso físico a que pueden verse sometidos, porque a través del "chateo" algún individuo dedicado a la explotación sexual infantil, puede comunicarse con él y verlo sin que lo sepan sus padres. Incluso, los reclutadores suelen hacerse pasar por niños en el chateo y ganarse la confianza de los chicos, presentándoles material pornográfico infantil, convenciéndolos de que no hay nada malo o ilegal en ver o participar de esa clase¹⁶.

El uso de muñecos sexuados y otras técnicas no avaladas científicamente para validar presuntos abusos sexuales infantiles, implica un alto riesgo para la salud psicofísica de los niños y su correcto desarrollo biopsicosocial.

En este sentido, una destacada profesional del Cuerpo Médico Forense, especialista en abuso sexual infantil, Lic. Virginia Berlinerblau, ha sostenido que su uso no es imprescindible¹⁷.

Resulta importante evitar el uso de los muñecos como método pedagógico, de modo de entrenamiento, dirección, conducción, o instrucción de los menores. Hasta el presente no hay evidencia alguna de que el juego con ellos constituya test diagnóstico o sirva para validar el abuso sexual de niños¹⁸.

La necesidad de diferenciar las entrevistas diagnósticas de las terapéuticas

En primer lugar, debemos distinguir entre la actividad que corresponde a los tribunales de justicia (de Menores o Familia) de la que debe ser la actividad del terapeuta como tal y, en ésta, también su obligación desde el primer momento de proteger al niño con la actitud de creerle de entrada, esto es, no descartando en forma prejuiciada su decir porque son menores y porque a su edad son proclives a perseguir fantasías.

De otro modo, quizás el niño no vuelva a hablar por mucho tiempo (o nunca).

¹⁶ CAPOLUTO, Enrique, *Ladrones de Inocencia*, Campomanes, 2001, pág. 153.

¹⁷ BERLINERBLAU, Virginia, *Violencia familiar y abuso sexual*, Universidad, 1998, pág. 209.

¹⁸ "El perito experto en los casos de abuso sexual infantil, Qué puede y debe decir el testigo experto en la Corte", *American Psychological Association*, D.C., 1998, pág. 270.

Experimentados especialistas nos han enseñado que muchísimos niños pueden ser sumamente exactos en sus relatos, aunque puedan tener dudas o hesitaciones en el transcurso de los mismos, exhibir lagunas difíciles de llenar o incluir detalles fantásticos. Muchos de ellos, especialmente cuando son niños mayores, resultan muy resistentes a la influencia de adultos que quieran torcer sus afirmaciones.

En los tribunales de justicia penal, en los países experimentados en el tema, todo material recogido en el ámbito terapéutico no es tomado como prueba en los procesos. Esto se debe a que un juez por prudente no le puede constar cuánto del material obtenido en terapia puede haber sido resultado de la actitud del terapeuta y su influencia sobre el niño y cuánto no. En esta tesitura, si las entrevistas de propósito diagnóstico han tomado el giro de "terapéuticas", tal el caso de los entrevistadores que ven al niño diez o veinte veces, empeñados en que éste vaya develando el abuso, el material así resultante es inmediatamente desechado por la sencilla razón de que no tiene valor probatorio alguno. Lamentablemente, entre nosotros hemos observado una gran confusión sobre este punto, con resultados, a veces penosos por lo injustas y osadas de las conclusiones que se extraen de un material que esseudodiagnóstico, ya que no se han cumplido los requisitos de tal¹⁹.

Recaudos que debe tomar el entrevistador

Varios son los recaudos que debe tomar el entrevistador luego de esta primera actitud de creerle al niño.

En efecto, la memoria humana es constructiva y selectiva, esto es, no existe un registro como el obtenido por un grabador o una videocámara. Esta memoria llena de los baches más diversos puede variar y ser "rellenada" por la influencia de factores diversos, y todos sabemos lo difícil que nos resulta reconstruir un hecho del que hemos sido testigos y de la multiplicidad de los relatos distintos que en estas situaciones se puede recabar. También todos tenemos presente cómo ciertos líderes carismáticos han "construido" en la memoria colectiva historias que no han sucedido y de las terribles consecuencias de persecución y terror llevadas a cabo a partir de estas convicciones.

¹⁹ PADILLA, Eduardo, *Ponderación de los relatos de abuso sexual infantil*.

En los niños, en particular los más pequeños, la memoria funciona en cierto sentido en forma similar a la de los ancianos: los hechos se borran con mucha facilidad y si se insiste desde una posición de poder e influencia, es muchas veces posible rellenar el hueco con otros "sucesos" que se quieran instalar como reales. El abecedario, las tablas, hasta los cuentos, se deben repetir una y otra vez. Los padres y los educadores saben bien cuánto se deben "repasar" luego de las vacaciones tantas cosas que parecían bien sabidas. Es cierto también que los niños pueden —y de hecho lo hacen— mentir con diversos propósitos, por ejemplo para evitar una reprimenda o para parecer más importantes o para guardar un secreto en un juego. También está comprobado que los niños menores de siete años son incapaces de inventar una historia con el propósito deliberado de perjudicar a un tercero. De esta manera, cualquier historia no verdadera de abuso sexual, no ha sido inventada por el niño pequeño ni es el resultado de una mentira propia: ha sido instalada (por diversos motivos) en la mente infantil por uno o más adultos, y no es infrecuente que, sin quererlo a conciencia, se presten a ello profesionales a intervenir, especialmente si se encontraban dispuestos a comprobar a toda costa que el abuso existió y si se han abanderado en una "campana" en favor de una de las partes.

Síndrome de Summit

Desde el inicio, en los Estados Unidos de América el síndrome de acomodación (creado por el Dr. Roland Summit) fue resistido e impugnado como "test de abuso" y evidencia probatoria de la comisión de abuso sexual infantil. Cuesta creer que todavía la mayoría de los psicólogos y psiquiatras de Argentina, lo use sin destacar o advertir a las autoridades judiciales sus graves limitaciones técnicas. La bibliografía más reciente sostiene que hasta el momento no se pudieron identificar científicamente reacciones "típicas" de los niños abusados, que permitan diferenciarlos confiablemente de los no victimizados.

Froncosa bibliografía sostiene su invalidez diagnóstica y de la jurisprudencia surge que muchos fallos judiciales impugnaron, el testimonio de los peritos basado en este síndrome. Por su parte, organizaciones internacionales como la Avocación Americana de Psicólogos Forenses, entre otras, alertan a los jueces sobre el "mal uso

de los síndromes de abuso" (Summit), o listas de "signos y síntomas de abuso"²⁰

Desgraciadamente todavía en Argentina muchos profesionales que atestiguan en casos de presuntos abusos sexual infantil, siguen aplicando los criterios de Summit o modelos teóricos basados en él, usando listas de comportamientos sin validación empírica ni medición psicométrica alguna, que según ellos evidencian el abuso.

Estos profesionales usan tales conceptos clínicos como "argumentos para los litigios", en connivencia con denuncias por hechos falsos de abuso sexual infantil²¹. Sus graves limitaciones, ya fueron señaladas por el propio Summit en 1992. Es sólo una opinión clínica, no constituye un instrumento científico. La relación causa-efecto entre factores (cinco categorías) con el problema a dilucidar no es clara.

Numerosos estudios empíricos demostraron su invalidez diagnóstica —al igual que sus derivados o variaciones— y que su uso actualmente es obsoleto.

Las Cortes de los Estados Unidos de Norteamérica no admiten más pericias o diagnósticos basados en él. Por eso no se empleó en los últimos años y aun más clara muestra de su inutilidad es la exclusión del Manual de Trastornos Mentales —DSM IV—²².

Muchos profesionales en nuestro país siguen utilizando y enseñando los criterios de Summit.

Evaluación de la posible influencia de adultos en el relato del niño

Según las últimas estadísticas norteamericanas, existen seis veces más acusaciones de abuso sexual en las familias en que hay disputas de divorcio, tenencia y visitas, que en las familias en que esto no está sucediendo. Luego: ¿el niño habló primero sobre el tema con un tercero (maestra, amigo, pariente) antes que con la madre, por caso? (la mayoría de los casos falsos proviene de madres que hablan de lo que el hijo les "habría" hablado, como lo han consignado, entre otros, Benedek y Schetky, 1985; Jones, 1985 y Bentovim, 1997).

²⁰ SGROI, *El perito experto...*, págs. 191, 200, 252 y 253.

²¹ *El perito experto en los casos de abuso sexual infantil...*, pág. 164.

²² *El perito...*, pág. 223.

Si una persona adulta y con influencia sobre un niño lo induce a tomar como ciertos hechos que no acontecieron, una vez que se forma una construcción de este tipo en su mente, ese niño actuará y hablará con la mayor convicción de que está en lo cierto. Más aun será así, si dichos relatos son repetidos a través de un tiempo suficientemente prolongado y máxime si son reforzados por otras múltiples entrevistas a cargo del equipo profesional. No es que estará mintiendo o tabulando adrede, sino que estará convencido (tan convencido puede llegar a estar que será difícil conseguir que se rectifique aun si se le demuestra que los hechos no sucedieron).

Estos adultos inductores pueden estar actuando de buena fe, con la mejor intención –y en el caso de los profesionales, amén con grave desconocimiento– luego de presumir que algún hecho sexual aberrante ha acontecido.

En otros casos, la persona puede estar movida por deseos de venganza, celos o intereses económicos. Por supuesto que la combinación de todos estos motivos puede estar presente y estos últimos no son siempre del todo conscientes (la conducta humana es multimotivada o multideterminada).

Hace muchos años que se sabe en el exterior, y recientemente aquí, que alrededor del 70% de las manifestaciones de los niños sobre abuso sexual, en el contexto de separaciones de parejas destructivas, es falso²³.

Por ello, los operadores familiares, en esta evaluación, un especial cuidado debe tomarse cuando el divorcio es reciente y hay disputas por visitas y demás conexos, sobre todo si uno de los padres se siente agraviado.

Como bien lo consignan M. Ehrenberg y M. Elterman, basándose en una extensa literatura al respecto, puede ser muy difícil para el profesional evaluar diferencias entre las experiencias infantiles del divorcio de las de trauma por abuso sexual, especialmente si, como con desgraciada frecuencia ocurre, los niños han sido arrastrados a participar del conflicto.

Cuando existe disputa parental, cuanto más intensa es ésta (a veces se desarrolla en forma subterránea y no a los gritos), mayor posi-

²³ CÁRDENAS, Eduardo, "El abuso de la denuncia de abuso", *La Ley*, del 15 de diciembre de 2000.

bilidad hay de que los niños sean involucrados y que comiencen a mostrar signos de trauma emocional y desórdenes de conducta (Amato y Keith, 1991; Hetherington, 1989; Tschan, Johnston, Kline y Wallestein, 1989). Si esto resulta así, le será difícil al evaluador discernir cuánto de esto es debido al divorcio y cuánto a posible abuso sexual. Todo ello significa que la prudencia con que se deben elevar los informes periciales al tribunal recomienda que se mencione explícitamente esta natural dificultad. El no hacerlo puede constituir una falla ética.

Se ha observado también (Faller, 1991) que, contrariamente a lo que uno suele encontrar en la habitual dinámica familiar en casos de abuso, a las madres les cuesta muchísimo aceptar que el cónyuge pueda haber estado abusando sexualmente de sus hijos, aun cuando muchas veces los hechos ocurrían a ojos vista, lo cual es parte de lo que Bentovim ha descrito como "Sistemas Organizados por Traumas", en los que la función del cuidador está neutralizada.

En otros casos, a ciertas madres de hijos no verdaderamente abusados no les cuesta creer que su marido pueda estar abusando. Cuando la decepción marital ha sido grande, tienden a creer inmediatamente, al vuelo, que sus ex cónyuges son capaces de absolutamente todo, incluso de violar a sus hijos.

A partir de allí, cualquier alteración que el niño presente luego del "recambio" que sigue a las visitas, en lugar de entenderlo como resultado de la situación penosa que este recambio significa al hijo, lo atribuyen a algo terrible que ese padre debe estar haciendo en el tiempo de las visitas con él. Señales muy comunes de conflicto que aparezcan previas al momento en que el padre pasará a buscar al niño son leídas como indicativos de un temor de ir con él por cosas terribles que seguramente suceden durante la salida.

Otras madres pueden percibir en forma distorsionada señales afectuosas, tales como besos y abrazos entre una niña y el padre en el encuentro o en la despedida, como sexuales ("se daban besos en la boca, con la explicación de que era sólo un piquito"). Si la niña percibe luego que a la madre le han disgustado estas muestras de afecto, su temor a ser abandonada por ella (quien tiene la tenencia) en represalia, tenderá a hacerla asimilar como ciertas las observaciones que le hace (Green, 1991). De allí en adelante, si se ponen en marcha mecanismos para impedir encuentros —sacando al padre del circuito— los efectos sobre los niños pueden ser sumamente dañinos y progresiva la capacidad materna de influir más y más en los "recuerdos" infantiles.

Los interrogatorios sucesivos irán moldeando los recuerdos infantiles en la dirección que les da la madre, y el eclipse prolongado del otro progenitor harán "comprender" al pequeño de qué lado (o partido) le conviene estar si no quiere quedar solo en el mundo (Elwell y Perros, 1987; Pine, 1987).

Otra cuestión en la que debe reparar el operador familiar es en la personalidad del progenitor que tiene la guarda o tenencia y que motoriza la denuncia: si bien pueden no aparecer señales de psicopatología, no es infrecuente que muestren personalidades de tipo paranoide, histriónica y manipulativa, o con tendencias *borderline* (Benedeck y Schetky, 1985). Resultan muy convincentes en su desesperación y en su espanto por lo que denuncian y por la insistencia de sus peregrinaciones —muchas veces acompañadas de lágrimas— hasta encontrar al profesional completamente identificado con ella y que valide sus sospechas.

Otras, aunque más infrecuentes veces, se notarán aspectos de tipo delirante. Desde luego, aun personas como las descritas pueden estar pidiendo ayuda por hechos que efectivamente sucedieron, de modo que no estamos sosteniendo que según los rasgos de la personalidad del denunciante debemos descartar la materia, sino que éstas nos deben hacer redoblar la prudencia en la evaluación de la verosimilitud de los dichos infantiles invocados.

Hace muchos años, uno de los mayores expertos mundiales en divorcio, Richard Gardner, había descubierto y expuesto que existían algunos padres que sufrían del "síndrome de alienación parental" y cuyo objetivo era realizar una parentectomía con el otro progenitor, aislarlo de los niños.

Este fenómeno lo sufren los hijos cuyos padres separados mantienen un conflicto grave sobre su tenencia.

El "síndrome de alienación parental" es un trastorno que surge en el contexto de juicios de tenencia de hijos. Resulta de la combinación del adoctrinamiento de un padre programador ("lavado de cerebro") y las propias contribuciones del niño a las calumnias hacia el padre. Es decir, es el resultado de la combinación de un padre (en general aquel que ostenta la tenencia) que agrede al progenitor no conviviente mediante su hijo, descalificándolo y hablándole mal de aquél, y el hijo que, a fin de obtener la aceptación de este progenitor, repote lo que éste quiere para obtener su aprobación.

El "síndrome de alienación parental" es una clara forma de abu-

so y maltrato al menor y que puede derivar en casos de falsa denuncia de abuso sexual contra el padre agredido, en el contexto de una disputa por la tenencia del menor.

El propio Gardner destaca que desde su experiencia en los casos donde se vislumbra el "síndrome de alienación parental" y emerge una falsa denuncia sobre abuso sexual, en especial luego de una seguidilla de manejos e intentos por lograr la separación por parte del padre que tiene la custodia, la acusación es más probable que sea falsa que verdadera²⁴.

Este mismo autor cita casos frecuentes, como cuando el padre que tiene la tenencia no quiere que el otro visite a su hijo, se lo hace saber al hijo expresamente o implícitamente cuando lo descalifica o habla de ello a terceros delante del menor, éste en un principio demuestra su negativa a ver al padre²⁵.

Otro recaudo a tener presente es el de la calidad y preparación del entrevistador a cargo del diagnóstico.

La validación (cuando se realiza en el juzgado)

Pocas cosas causan tanta preocupación y consternación en la justicia como el caso que requiere que un niño tome el lugar del testigo.

Esta preocupación aumenta cuando el niño es citado o llega al tribunal para hablar acerca de eventos traumáticos que pueden haberle ocurrido, particularmente en los casos de abuso sexual.

En estos casos, los niños víctimas de abuso sexual deben enfrentar una segunda situación traumática al producirse la crisis del develamiento. Sus intentos de conciliar sus vivencias íntimas con las realidades del mundo exterior son atacados por el descreimiento, la culpabilización y el rechazo de los adultos.

Nosotros, como operadores de familia, debemos comprender y aceptar la posición de los niños en esta dinámica tan compleja y controvertida como es la victimización sexual.

Los que intervenimos en esta etapa desempeñamos una función central en la crisis de develamiento.

²⁴ GADNER Richard, *Articles in Peer-Review Journals on the Parental Alienation Síndrome*.

²⁵ GADNER, Richard, *Recent Trens in Divorce and Custody Litigation*, pág. 6.

La develación y validación representa un proceso sistemático de recolección de información y formación de opiniones profesionales acerca de la fuente de declaraciones, las conductas y cualquier otra prueba que justifique la preocupación de estar frente a un caso de supuesto abuso.

Por ello es importante que la entrevista con el niño o la niña esté focalizada a obtener un relato confiable acerca de un probable abuso sexual infantil.

Cuando la primera entrevista se hace en un juzgado se debe procurar que, quien realice la entrevista pueda crear un clima que facilite la libre expresión de la niña o joven, tanto en lo que hace a la ambientación física como en la posibilidad emocional que la niña se sienta cómoda y se facilite la comunicación.

El operador deberá adecuar el lenguaje y la estrategia de entrevistas al nivel evolutivo de la menor.

Se deberá contar con todo el tiempo necesario para realizar una evaluación completa y evitar todo tipo de coerción.

El entrevistador deberá tener una preparación y un entrenamiento especial en el preguntar a los niños sobre la ardua cuestión de si el abuso existió o no.

También es fundamental que la persona entrevistadora no tenga especial empeño en "descubrir o develar" abusos sexuales: debe ser lo más neutral posible y abierta a que los hechos invocados quizás no sucedieron.

Éste es uno de los motivos que hacen imprescindible que estas entrevistas sean grabadas, preferentemente en videotape, y que sean llevadas a cabo con la presencia simultánea de otro profesional, ya sea en el mismo recinto o en cámara gesell.

Estos registros servirán también para evitar que el niño sea interrogado por varias personas diferentes en ocasiones múltiples, con lo cual, por un lado, se disminuirá la carga traumática para el niño que las repeticiones conllevan, la contaminación del material y con ello continúa la "re-instalación" en el niño de los hechos invocados, y por otro lado, la posibilidad de reexaminar junto a otros colegas cuantas veces sea necesario, el material obtenido. De otra manera, como lo ha dicho el Dr. Eduardo Padilla, citando a Peter Dale, el niño en riesgo no sólo está frente a "familias peligrosas", sino también frente a "profesionales peligrosos".

Es que, si la entrevista es realizada por un operador—cualquiera sea su profesión— debidamente especializado y entrenado en cómo

interrogar a los niños según su edad y medios culturales de los que provienen, y ésta es videofilmada y supervisada por otro colega, seguramente no será necesario hacer pasar a la niña o niño por una y otra entrevista. Ya que ese video mostrará la realidad o no de los dichos del niño y podrá ser supervisado objetivamente por otro colega.

Es sabido que cuando los interrogatorios han sido más de uno o dos, la certidumbre de los resultados se va desvaneciendo con su número.

El experto Stephen Ceci sostiene que las "entrevistas repetidas y preguntas repetidas a través de las entrevistas incrementan el riesgo de contaminación si los entrevistadores han estado inclinados a encontrar abuso.

Toda información que pueda obtenerse de este modo, antes y durante la entrevista, constituye la base para el resto de la investigación sobre la denuncia de abuso. Una vez que se haya obtenido la información sobre el tipo de abuso, es importante validar el relato todo lo posible.

Esto lo hacemos de dos maneras:

- 1) Obteniendo información de otras fuentes que confirmen los datos aportados por el niño, como hermanos, amigos, maestros, médico, etcétera.
- 2) Demostrando que los datos aportados por el niño coinciden con el patrón de otros casos de abuso sexual.

La validación es crucial en la intervención legal, ya que la confirmación le facilitará las cosas al niño, ya sea de sus cuidados y apoyo para él y su familia.

En nuestro juzgado hace diez años que utilizamos este sistema. Contamos con una sala provista de un televisor, videograbador, filmadora y cámara gesell. Su utilización fue autorizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es un espacio que puede ser utilizado por todos los juzgados de familia de Capital Federal. Actualmente es aprovechado por muchos de los tribunales orales de menores de esta ciudad.

De nuestra experiencia, concluimos que es una urgente necesidad modificar nuestra legislación procesal civil y penal estableciendo y unificando esta modalidad de prueba, a los fines de la búsqueda de la verdad y no revictimizar una y otra vez al niño.

Si logramos ello, los niños y las niñas que pasan por esta tremenda experiencia estarán más cuidados en este proceso y nosotros seremos "profesionales menos peligrosos".

Porcentajes estadísticos de denuncias de abuso sexual infantil falsas

Durante algún tiempo se ha sostenido que los relatos no verídicos rondaban el 3 o 4%. Pero los últimos estudios elevan esta cifra a un 10% (Danya Glaser, su conferencia sobre "Coconstrucciones", en el Hospital de Clínicas de Buenos Aires, organizada por Fundación Familia y Comunidad, en agosto de 1999) y para algunos autores a mucho más.

En efecto, una importante investigación de Jones y McGraw, efectuada en Denver sobre 576 casos, arrojó que un 6% de las acusaciones eran falsas y basadas en mentiras deliberadas y un 17% no eran verdaderas aunque basadas en no mentiras sino en errores de buena fe, lo cual arroja un total de 23% de situaciones no verdaderas y en cuanto a sus consecuencias, iguales en nocividad.

Estos datos nos obligan a redoblar la prudencia cuando evaluamos la probabilidad de que el relato infantil sea verdadero, ya que, en especial en el ámbito penal, la decisión judicial reposa en gran medida en la opinión de los expertos.

Como en los delitos sexuales casi nunca existe el "cuerpo del delito" ni testigos presenciales, la narración infantil es de capital importancia y a veces el único elemento de convicción con que se puede contar.

A esto se debe agregar que varios de los síntomas de abuso sexual (conductas sexuales inapropiadas para la edad, masturbación compulsiva, brusco descenso del rendimiento escolar, pesadillas, enuresis, ect.), pueden estar presentes en situaciones en que las causas pueden bien ser otras, en especial cuando se trata de niños cuyos padres se acaban de separar y entre los cuales existe una situación de "guerra", tal como a veces hasta los mismos niños la describen ("entre papá y mamá existe una verdadera guerra y yo soy del partido de mamá", declaró uno destrozado entre dos bandos e inclinándose, por las dudas, por el progenitor que tenía la tenencia y con quien, por lo tanto, convivía).

Obligación ética del profesional que evalúa los relatos infantiles

La co-construcción de historias de abuso que no han sucedido existe, se presenta como probabilidad a considerar, tener en cuenta o descartar.

Cuando éste resulta el caso, no tenemos éticamente el derecho de confundirnos ni de confundir: no se tratará de una "re-construcción"

efectuada por un progenitor que quiere ayudar a un hijo o una hija a develar la verdad, como lo "redefinió" en un caso clarísimo de relato inducido un perito no debidamente informado sobre el tema (lo cual, de paso sea dicho, ignorancia que reconoció sin que se le tomara debida cuenta), declarando ligeramente ante un tribunal que encontró allí un poderoso argumento para encontrar culpable al imputado. Son historias de hechos que no sucedieron, pero tienen la potencialidad de parecer verdaderas, convincentemente reales, funestamente peligrosas y ominosamente destructivas.

Los operadores familiares que por las causas que sean nos encontremos estudiando supuestos casos de abuso, tenemos la obligación ética de estar absolutamente informados de todas estas comprobaciones sobre cómo funciona la mente infantil y de seguir profundizando en ello para poder discernir adecuadamente los verdaderos de los falsos casos que nos llegan al tribunal.

De no hacerlo, corremos el riesgo de las terribles consecuencias que esto puede traer para todos los involucrados.

En este sentido, no debiera haber perito "de parte" que no lo sea de la "parte" del bien del niño, comprometido con ello a informar debida e imparcialmente al tribunal que requiera de sus servicios. En caso contrario, el principal perjudicado, como siempre, sería el mismo niño.

El no tener, el perito, sólidas bases científicas actualizadas para responder al problema del abuso sexual infantil, hará a la larga también poco creíbles los verdaderos testimonios de los que efectivamente han sufrido las penurias del abuso sexual, con lo cual quedarán desamparados.

VI. Conclusiones

Respecto a los impedimentos de contacto de los hijos menores con el progenitor no conviviente

El paradigma de padres separados según el cual la madre se ocupaba casi en exclusiva de la crianza y educación del hijo y detentaba su guarda y patria potestad, y el padre aportaba "alimentos", cumplía con las visitas y "supervisaba" la tarea de la madre (familia nuclear incompleta) ha caducado por ineficaz.

Actualmente construimos con mejores resultados un nuevo pa-

radigma en que los dos progenitores separados son responsables de la crianza y educación del hijo (coparentalidad), en dos hogares diferentes en que ambos lo son también del hijo (familia binuclear).

La incorporación y aceptación cultural de este paradigma, ayudará a disminuir los casos de obstrucción de la comunicación de un hijo con alguno de sus padres.

Tanto los casos de obstrucción del régimen de visitas por el progenitor conviviente como los de negativa de los hijos a mantener comunicación con aquél evidencian la existencia de una grave crisis familiar, que demanda la intervención interdisciplinaria del auxilio terapéutico.

Los operadores psicológicos y legales muchas veces ayudan a que esta obstaculización se produzca o afirme, si no están entrenados en este tipo de fenómenos o sustentan una ideología sexista (machista o feminista) que sesga su visión.

Los profesionales que evalúan los casos de obstaculización del contacto del hijo con el otro padre por orden del tribunal deben conocer ciertas características de los mismos y tener la suficiente información contextual, para no dañar con observaciones y conclusiones ingenuas.

Activar la red de personas e instituciones capaz de operar la reducción de la violencia es el abordaje que ha demostrado mayor eficacia. No es la derivación de toda la familia a tratamientos individuales la indicación correcta en estos casos, sino el abordaje de red breve, con objetivos y plazos claros.

El establecimiento de metas accesibles y comprensibles para la familia, las intervenciones de tipo educativo y las que tienden a intensificar el apoyo y el control social son recursos privilegiados en este tipo de abordaje.

Sólo la familia puede reparar el daño que ha sufrido en el curso de un litigio.

Respecto a las falsas denuncias de abuso sexual infantil

Es altamente preocupante el notable incremento de las denuncias por falsos hechos de abuso sexual infantil.

La posibilidad de realizar denuncias de abuso sexual intrafamiliar es una conquista importante de nuestra sociedad y nuestro derecho. Como tal debe ser defendida y vigorizada.

La denuncia de abuso sexual intrafamiliar está cayendo rápidamente en descrédito por que está sirviendo a quienes, víctimas de "síndrome de alienación parental" quieren practicar parentectomías.

Existe una diferencia sideral entre lo normado por la ley, el marco teórico y el discurso psiquiátrico-psicológico, respecto de qué es el abuso sexual infantil. Urge unificar criterios para no seguir afectando la seguridad jurídica.

Por ello es necesario que nosotros, los operadores del derecho, empecemos a realizar cambios en la legislación y a tomar ciertos recaudos para dilucidar las falsas de las reales denuncias de abuso sexual infantil.

Más allá de las posturas de cada uno de los progenitores y la representación prosmicua que ejerce el Defensor de Menores, sería importante crear la figura –en estos casos– del abogado de niño.

Debe incluirse en el Código Procesal –tanto penal como civil– la obligatoriedad de filmar las pericias, bajo pena de nulidad. Ello aportará mayor transparencia en los procesos, y un mejor control de las garantías constitucionales.

La entrevista o validación siempre debe ser filmada. Ese video será válido tanto para la justicia civil como para la penal, evitándose las reiteradas entrevistas que sólo revictimizan al niño/a.

Debe protegerse a los niños de las horribles prácticas con muñecos sexuales, de la inclusión de niños que no se sabe si han sido abusados en grupos de niños victimizados y otras técnicas iatrogénicas carentes de aceptación universal y validez científica, que pueden afectar su salud psicofísica.

Evitar las entrevistas repetidas con uso de muñecos y el empleo de preguntas inductivas, sugestivas, etcétera, que sugestionan al niño, influyéndolo en sus esquemas de acción, haciendo que acepte la idea de abuso, y/o la autoría de una persona determinada.

El Estado debe fomentar políticas de control sobre las prácticas de los profesionales de la salud mental que entrevisten y/o asistan a niños presuntos víctimas de delitos contra su integridad física. Así como la construcción de listas de "síntomas o signos de abuso sexual infantil" que hace bastante tiempo –en otras partes del mundo– dejaron de usarse.

Debe mejorarse la calidad y preparación del entrevistador a cargo del diagnóstico.

Ante la sospecha o duda de que la denuncia de abuso sexual infantil pudiese ser falsa o se hiciera en el marco de un divorcio destructivo o disputa por la tenencia, debe realizarse un psicodiagnóstico del grupo familiar.

Debe saber que, quien haga una falsa denuncia de abuso sexual infantil (en forma deliberada o intencionada), incurrirá en el delito de falsa denuncia previsto en el art. 245 del Código Penal y será reprimida con prisión.

Además, puede ser pasible de una acción de daño moral que no sólo corresponderá al progenitor falsamente denunciado, sino al hijo menor.

Evidentemente, este problema da para mucho más, simplemente se trata de un esbozo de ideas para pensar, reflexionar, criticar para replantearnos lo que diariamente hacemos en un juzgado de familia.

Redefinir conceptos, reformular metodologías y llevar adelante un análisis crítico sobre la tarea cotidiana conlleva, por un lado, poner en tela de juicio lo aprehendido y, por el otro, comprender, aceptar y ampliar las diversas "miradas" ante conflictos tan complejos y disímiles.

Es decir, replantear prácticas nos obliga a desrigidizar los modos de intervención y abordaje de los problemas, tendiendo a la búsqueda constante de "un abanico de posibilidades" que no pierda de vista el respeto a cada niño y su familia, como así también encontrar medidas innovadoras" con el fin de adoptar aquellas que mejor se adecuen a cada caso en particular.

Esta complejidad deviene inexorable. El diseño de diferentes estrategias adaptadas a cada caso concreto cumple con una función desmitificadora de la realidad al generar un pensamiento crítico que reconoce que la realidad no es solo lo dado, sino también lo posible.

Si bien el camino no es fácil, puedo afirmar que es un desafío posible.

Bibliografía utilizada y consultada

ALBARRACÍN, Dolores, *Resolución de problemas por parte de tramas institucionales*, F.E.H., 1994.

AÓN, Lucas y otros autores, *Violencia Familiar y Abuso sexual*, Universidad.

CÁRDENAS, Eduardo y ALBARRACÍN Marta, "Padres Separados: cuando

- uno obstaculiza la relación del otro con el hijo”, *El Derecho* del 28 de agosto de 2001.
- CÁRDENAS, Eduardo, El abuso de la denuncia de abuso”, *La Ley* del 15 de septiembre de 2000.
- *La mediación en los conflictos familiares*, Lumen Humanitas.
- *Violencia en la pareja*, Granica.
- DE GREGORIO BUSTAMANTE, Humberto, *El abuso sexual infantil y la mala praxis psiquiátrico-psicológica*, Apunte.
- GLASER, Danya y FROSH, Stephen, *Abuso sexual de niños*, Paidós.
- GROSMAN, C., MESTERMAN, S. y ADAMO, M. T., *Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*, Universidad.
- GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar*, Universidad.
- GROSMAN, Cecilia y otros autores, *Los derechos del niño en familia*, Universidad.
- PADILLA Eduardo, *Ponderación de los relatos de abuso sexual infantil*, Apunte.
- PERRONE, Reynaldo, *Violencia y abusos sexuales en la familia. Un abordaje sistémico y comunicacional*, Paidós, Colección Terapia Familiar, n° 3.
- Revista e la Sociedad Argentina de Ginecología Infanto Juvenil*, vol. 3, n° 3, 1996.
- Revistas Interdisciplinarias de Doctrina y Jurisprudencia: *Derecho de Familia*, Abeledo-Perrot (nos. 12 y 17).
- Nota sobre “Familia y Minoridad”, *Revista del Colegio Público de Abogados de Capital Federal*, julio-agosto de 2002.