

NIÑOS Y ADOLESCENTES ATRAPADOS EN GRAVES CONFLICTOS PARENTALES

UNA VISIÓN INTERDISCIPLINARIA

Mauricio Luis Mizrahi*, Pedro Herscovici** y Carlos M. Díaz Usandivaras***

SUMARIO: I. Introducción. Los vínculos materno o paterno filiales y la protección especial. II. Importancia del contacto de los hijos con cada uno de sus padres. III. La necesaria discriminación entre las diferentes situaciones que pueden atravesar los niños y adolescentes judicializados. IV. Las verbalizaciones de los niños y adolescentes atrapados en conflictos parentales y sus relaciones con la madurez suficiente. V. Revinculación materno o paterno filial bajo mandato judicial. VI. Coordinación de Parentalidad. VII. Conclusiones.

I. Introducción. Los vínculos materno o paterno filiales y la protección especial

En el presente trabajo nos ocuparemos de uno de los tantos compromisos que asisten a la judicatura; cual es el de volcar todos sus esfuerzos para que, cuando los hijos no tengan contactos regulares con alguno de sus padres, se logre revertir esta situación, implementado la *revinculación* paterno o materno filial en crisis, se cuente o no con el beneplácito del otro progenitor o del propio niño o adolescente; para lo cual se requerirá que el Tribunal haya puesto los debidos límites a cualquier acción perturbadora de uno de los progenitores sobre el otro. Esto último es esencial, pues el libre accionar del padre excluyente (que se opone injustificadamente a la reanudación de la relación interrumpida) ha de convertir a la revinculación pretendida en una misión imposible (ver el punto V).

Por supuesto, lo arriba indicado será en la medida que no medien razones graves que habiliten a excluir a un determinado progenitor del vínculo con su hijo.

El deber al que nos estamos refiriendo tiene directa conexión con la obligación de los jueces de brindar a los niños y adolescentes una *protección especial, diferencial o complementaria*¹. Y es así en función de directivas contundentes.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño declara que el niño debe tener una *“protección especial”*; esto es, que su falta de madurez física y mental torna necesario que se le confiera *“protección y cuidados especiales”*. El art. 2º de la citada Convención señala que se respetarán *“los derechos enunciados en la presente convención y asegurarán su aplicación a cada niño”*. El art. 3º del mismo instrumento internacional prescribe que el *interés superior del niño* tendrá *“una consideración primordial”*, por lo que los Estados parte se comprometen *“a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”*.

En el referido sentido, el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*. En consonancia con estos criterios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, precisó con énfasis que el niño, *“por su debilidad, inmadurez e inexperiencia necesita protección y cuidados especiales”*². En igual sintonía, el art. 24, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, impone *el deber a la familia, la sociedad y el Estado, de brindar la protección que merece el niño por su condición de tal*.

Asimismo, la protección especial quedó plasmada en varias disposiciones de la ley 26.061, como el art. 1º –que regula *“la protección integral”*– y todo su título II, a lo que se le suma la previsión del art. 3º, párr. último, que impone la siguiente prescripción: *“cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*. A su vez, el art. 2º, segundo párrafo, declara a los derechos y garantías que asisten a los niños como de *“orden público”* e *“irrenunciables”*.

¹* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones de la UBA. Publicó numerosos libros y trabajos en la especialidad. En 2016 recibió el Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra *“Responsabilidad parental”*.

^{**} Médico Psiquiatra. Terapeuta de Pareja y de Familia. Supervisor docente del Servicio de Medicina Familiar y Comunitaria del Hospital Italiano de Buenos Aires. Miembro Clínico y Supervisor Aprobado por la American Association for Marriage and Family Therapy, U.S.A.

^{***} Médico Psiquiatra, Terapeuta de Parejas y Familias. Máster en Matrimonio y Familia. Ex profesor en la U.B.A., Universidad de Belgrano, Universidad Católica de Montevideo y actualmente en el Postgrado de Derecho de Familia de la Universidad Católica de La Plata. Director del Instituto de la Familia de San Isidro.

Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, *“Responsabilidad Parental”*, § 4, b., p. 19, ed. Astrea, Buenos Aires, 2018. Ver, también, FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, *“Infancia, autonomía y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad”*, en J.A., 17-5-2017, p. 13, Fascículo 7, 2017-II.

²Ver Corte IDH, 28/8/02, *“Condición jurídica y derechos humanos del niño”*, OC

17-2002, requerida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Del mismo modo, la protección especial a los niños y adolescentes está plasmada en el Código Civil y Comercial de la Nación. El art. 706, primer párrafo, establece el principio de la *“tutela judicial efectiva”* y el de *“oficiosidad”*; y el art. 709 estatuye que *“En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez”*. Igualmente, los arts. 113, inc. c; 639, inc. a, y 706, inc. c, imponen el *deber del juez de dar prevalencia al interés superior del niño en los conflictos familiares*.

Por último, el art. 7º de la ley 26.589, de mediación y conciliación, determina en su inc. d) que uno de los principios que rige el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria es la *“consideración especial de los intereses de los menores”*³.

Lo expuesto significa que, cuando se habla del interés superior del niño, no sólo se apunta al pleno reconocimiento –en tanto persona humana– de los derechos que les asisten a los adultos, sino que también se exige proporcionar a aquél una *“protección especial”*, un *“plus de derechos”*, dada su situación de *vulnerabilidad*; en atención a que no han completado todavía la *“constitución de su aparato psíquico”*. Es esa protección especial, precisamente, la que se encamina a dar efectividad a todos los derechos que se le reconocen a los niños y adolescentes a tenor de la mencionada convención internacional. Tal criterio lo estimamos esencial pues, como bien se dijo, *para ser un hombre en una familia antes se requiere haber tenido un lugar para ser niño*⁴.

La Corte federal lo ha sentenciado del modo expuesto⁵. En efecto, con el objeto de dar efectividad a la *protección especial*, revocó en un caso la resolución de la Cámara Nacional de Casación Penal que había decidido que, dentro del plazo no mayor a noventa días, se debía ordenar la libertad progresiva de los adolescentes, menores de dieciséis años, que se encontraran dispuestos en los términos de la ley 22.278. Entendió la Corte Suprema, en concordancia con pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el contenido del derecho a la libertad personal del niño o adolescente *“no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual se requiere la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad”*.

Señaló el Alto Tribunal argentino, en esa orientación, que compete al poder administrador establecer *“políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación”*. Por lo tanto, tales acciones *“resultan previas a cualquier medida de alcance general (como la ordenada por la citada Cámara, en el sentido de disponer la libertad progresiva de los adolescentes en cuestión) que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y –eventualmente– en la práctica lleve a la vulneración*

³ Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, § 4, p. 15 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 2018.

⁴Ver Aleman, India, “El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso”, en “Derecho de Familia”, nº 62, p. 90, ed. Abeledo Perrot.

⁵Ver CSJN, 2/12/08, Fallos, 331:2691; 2/8/05, y Fallos, 328:2870.

de los derechos que intenta proteger”. En tal virtud, como antes se indicó, se revoca el *decisum* que había dispuesto una libertad genérica indiscriminada de los mentados adolescentes⁶.

En la misma línea a la explicitada, la Corte Suprema de Justicia también ha sentenciado que “la natural condición de dependencia de la infancia hace necesario que las instituciones contribuyan a un resguardo particularmente cuidadoso de sus derechos”; de manera que los niños “son acreedores de un resguardo intenso y diferencial por razón de su edad y de las variables de indefensión que los afectan, merecimiento al que los jueces deben dar efectividad directa como mandato de la Constitución”. Se agregó que “esta regla de oro es reconocida por la comunidad jurídica occidental como un verdadero *prius interpretativo*, que debe presidir cualquier decisión que afecte directamente a personas menores de dieciocho años”⁷. Es por tal motivo que se resolvió que es menester evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de derechos que tienen tutela constitucional⁸.

De lo narrado se deduce, sin hesitación, que la Corte Suprema de Justicia ha formulado la distinción adecuada entre adultos y niños o adolescentes. Vale decir, que no basta o no alcanza con proclamar que los últimos tienen los mismos derechos que las personas mayores de edad; pues ha señalado, como vimos, que la aplicación ciega de esa regla –la igualdad total sin discriminaciones coherentes– puede traducirse en perjuicios severos para los niños y adolescentes. De ahí la necesidad de brindarles a éstos una “*tutela especial*”, correctamente interpretada.

Resulta importante destacar que el tema de la protección especial a los niños o adolescentes surge también con nitidez de la Exposición de motivos de las Reglas de Brasilia. Véase que la Regla 5 dispone que “todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”. En definitiva, se trata de la operatividad del principio *favor debilis*.

Por lo tanto, a raíz de todo lo que se acaba de exponer, entendemos que queda suficientemente claro que los tribunales no pueden hacer caso omiso cuando se le presentan causas donde se advierten disfuncionalidades en una familia, con niños o adolescentes involucrados, que requiere la urgente intervención judicial.

Dentro del contexto delineado, bueno es resaltar que el mantenimiento de relaciones materno y paterno filiales no constituye un *derecho disponible* del que los padres o los hijos puedan prescindir, ya

⁶Ver CSJN, 2/12/08, Fallos, 331:2691.

⁷Ver CSJN, 29/4/08, Fallos, 331:941.

⁸Ver CSJN, 10/12/13, “L., S. R., y otra c/Instituto de Seguridad Social”, La Ley Online

AR/JUR/84180/2013.

que nos hallamos en el ámbito *inquisitivo*⁹. Es un *deber* de los progenitores que estos contactos se produzcan, y un *deber* de los hijos que tal *vinculación* tenga lugar; obviamente salvo supuestos harto excepcionales que, por ser precisamente de excepción, vienen a confirmar la regla general. En relación a esta materia, con acierto se ha dicho que aquí estaríamos en presencia de los llamados “*derechos obligatorios*” o “*derechos indisponibles*”; esto es, que no son susceptibles de rechazo por el beneficiario ni el ejercicio por este de *actos abdicativos*¹⁰.

II. Importancia del contacto de los hijos con cada uno de sus padres

Por supuesto que el régimen normal de comunicación y de relaciones personales hace al enriquecimiento espiritual y afectivo del niño, así como a la saludable estructuración de su identidad en cualquier familia. Pero, fácil es advertir la enorme importancia de este instituto en el orden personal y familiar en aquellas afectadas por procesos de divorcio o quiebre de la convivencia, tan pronto se perciba que su finalidad es fomentar y favorecer los vínculos entre los miembros de la familia, de manera que no se agrave para los protagonistas pasivos del conflicto –concretamente, para los hijos menores de edad– las secuelas de las separaciones y de las rupturas de uniones de pareja que acontecen entre los adultos¹¹.

No cabe duda que el asunto es de una magnitud mayúscula. Es que la interacción de los hijos con sus dos progenitores hace a la *correcta estructuración del psiquismo* del niño; a su *autoestima personal*; a generarle *confianza en el mundo*; a prevenirlo contra *disfunciones y patologías psíquicas*; en suma, a no quedar desnutridos en el desarrollo de su *identidad* al perder la mitad de su *linaje*¹².

Para decirlo en muy pocas palabras, no tener vínculos con uno de sus progenitores genera en el niño o adolescente una grave pérdida de su *patrimonio* yoico, que es el sustento de su *identidad*. De ahí que, en el mantenimiento de una adecuada relación con cada uno de sus padres, está en juego el mismo porvenir *del niño*.

El soporte convencional y legal que da cuenta de lo que acabamos de mencionar, es lo que constriñe a los magistrados a adoptar en este punto una posición activa y de real compromiso con las causas que tienen en sus manos.

⁹ Ver CN Civ., Sala B, 10-3-2009, La Ley, 2009-B, 709; *id. id.*, 29-2-2012, “C.V.S., L. c/ S., R.D. s/ Régimen de visitas”, R. 590.131; *id. id.*, 28-2-2012, “M.A.E. c/ G., S.D. s/ art. 250 CPCCN, Incidente de familia”, R.592.724; *id. id.*, 25-4-2012, La Ley, 2012-E, 555; C. Apel. Trelew, Sala A, 24-2-2011, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, octubre 2011, p. 77; *id. id.*, 10-3-2010, LL *Online* AR/JUR/95785/2010; KIELMANOVICH, Jorge L., “Sistema inquisitivo y derechos del niño”, en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, octubre de 2011, p. 73; MASCOTRA, Mario, “Poderes-deberes de la Alzada y la protección especial de niños y adolescentes”, La Ley, 2017-A, 345, *Online* AR/DOC/368/2017; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, § 63, p. 169 y sigtes, ed. Astrea, Buenos Aires, 2018.

¹⁰ Ver VALENTE, Soledad, “Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?”, en RDF 84, mayo de 2018, p. 65, ed. Abeledo Perrot y *Online* AP/DOC/189/2018; ABOUD CASTILLO, Neylia L., “El acuerdo sobre cuidado personal de los/as hijos/as. Temas a debate”, en RDF 79, p. 307, ed. Abeledo Perrot.

¹¹Ver RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, “El derecho de visita”, p. 17 y 18, ed. Bosch, Barcelona, 1997.

¹² Ver DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., “Algunas reflexiones sobre el *derecho de visitas* desde la visión de un terapeuta familiar”, en “Cuaderno Jurídico Familia”, p 19 a 27, ed. El Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015.

En efecto, el *art. 9.3* de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que *“los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos progenitores a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular”*. A su turno, el *art. 8.1* de la misma Convención establece el *compromiso de respetar “las relaciones familiares” del niño*.

En la misma línea, el *art. 10.2* del citado Tratado Internacional determina que *“el niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrán derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”*; para lo cual se establece *la obligación de los Estados de respetar los derechos del niño y de los padres a salir de cualquier país, “incluido el propio, y de entrar en su propio país”*.

También se debe recordar la vigencia de la *ley 22.516* que aprobó el *Convenio sobre Protección Internacional de Menores* entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, firmado en Montevideo, el 31 de julio de 1981, el cual habilita a un eficaz funcionamiento de los *regímenes de comunicación entre padres e hijos*, toda vez que sus normas tienen por objeto asegurar la *pronta restitución* de niños que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio de otro Estado parte.

Por otro lado, la *ley 23.857* aprobó el *Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores*, firmado en La Haya, el 25 de octubre de 1980; siendo de destacar su *art. 21*, el cual establece que *“una demanda que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo de los derechos de visita podrá presentarse a las autoridades centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la demanda para la restitución del menor”*.

A su vez, el *art. 21* de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 15 de julio de 1989) contiene una disposición similar a la Convención de La Haya recién apuntada; pues tal norma establece que la solicitud para *“hacer respetar el ejercicio de los derechos de visita”* podrá ser dirigida *“a las autoridades competentes de cualquier Estado parte”*, y que *“el procedimiento respectivo será el previsto en esta Convención para la restitución del menor”*¹³.

De lo descrito, entonces, se advertirá el raigambre constitucional de la comunicación materno y paterno-filial dado que, además de las convenciones internacionales relacionadas, merece aplicación el *art. 14 bis* de nuestra carta magna que obliga al Estado a la *“protección integral de la familia”*. Es que el interés de los hijos y de su familia concuerda y se identifican, por lo cual no se podrá separar el superior interés de los niños y de los adolescentes del interés familiar.

En cuanto a la legislación infraconstitucional, corresponde citar a la *ley 26.061*, de *protección de los derechos del niño y adolescente*, a la que ya hicimos referencia, la que contiene previsiones específicas sobre la cuestión. Ellas son:

¹³ Sobre la cuestión relativa a las convenciones internacionales sobre la comunicación entre padres e hijos, ver MIZRAHI, Mauricio Luis, *“Restitución internacional de niños. Régimen de comunicación transfronterizo”*, ps. 277 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 2016.

a) El art. 4º, inc. a, establece como pautas de las políticas públicas de la niñez y adolescencia el *“fortalecimiento del rol de la familia en la efectivización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”*.

b) El art. 7º, párr. 2º, del anotado cuerpo legal, dispone que *“el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos”*, y es obvio que esas responsabilidades y obligaciones no pueden llevarse a cabo si no media un estrecho vínculo paterno-materno-filial.

c) El art. 11 regula que los niños tienen derecho *“al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares”*, estableciendo que los organismos del Estado deben facilitar el *“encuentro o reencuentro familiar”*. Es que a los hijos les asiste el derecho de *“crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados”*.

d) El art. 35, de la ley de marras, atingente a las medidas de protección integral de derechos, ordena que éstas se orientarán a *“la preservación y el fortalecimiento de los vínculos familiares con relación a las niñas, niños y adolescentes”*.

e) El art. 65, inc. b, en fin, relativo a las obligaciones de las organizaciones no gubernamentales, impone que será su deber *“respetar y preservar los vínculos familiares o de crianza de las niñas, niños y adolescentes”*.

Igualmente, dentro del encuadre jurídico del régimen de comunicación materno y paterno-filial, corresponde citar a la ley 24.270 relativa al *“impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes”*. Sin perjuicio de las penas que determinan los arts. 1º y 2º de la citada ley, es importante mencionar que –conforme a su art. 3º– se regula que *“en un plazo no mayor de diez días” se dispondrán los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres* (inc. 1º); y que, de ser procedente, se fijará *“un régimen de visitas provisorio por un término no superior a 3 meses o, de existir, hará cumplir el establecido”*. Se aclara, además, que en *“todos los casos el tribunal deberá remitir los antecedentes a la justicia civil”* (inc. 2º).

Por último, el *Código Civil y Comercial* contiene diversas disposiciones relativas al régimen de comunicación. Entre ellas, merece citarse el art. 555, que habilita la *“comunicación con ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado”*; el art. 557, que autoriza al juez a adoptar medidas para asegurar el cumplimiento de los contactos que se dispongan; y el art. 652, que hace alusión al derecho y el deber del progenitor a tener una fluida comunicación con el hijo¹⁴.

¹⁴ La comunicación materno o paterno filial, y las prescripciones legales de orden civil y penal, son analizadas en detalle en MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad parental”, capítulos IX, X y XI, ed. Astrea, Buenos Aires, 2018.

Todo lo relacionado precedentemente tiene el objetivo de alertar acerca de la envergadura que reviste el mantenimiento regular de contactos de los hijos menores de edad con cada uno de sus padres.

III. La necesaria discriminación entre las diferentes situaciones que pueden atravesar los niños y adolescentes judicializados

Creemos que es muy importante poner de relieve que no son iguales las condiciones de un niño o adolescente común y corriente que las situaciones en las que se pueden hallar aquellos integrantes de familias involucradas en cuestiones judiciales. En este sentido, sin perjuicio de rescatar como elemento harto valioso la *autonomía progresiva*, estimamos equivocado presumir la genérica y abstracta madurez suficiente de todos los adolescentes, entre los que están también los judicializados y, consecuentemente, a considerarlos en principio aptos para decidir, por sí, las cuestiones que los afectan¹⁵.

Es oportuno puntualizar que los adolescentes no están solos, son parte de contextos o sistemas que los influyen. Por ende, la presunción general de que todos los adolescentes judicializados cuentan con madurez suficiente, comporta una peligrosa invocación abstracta y descontextualizada de la *autonomía progresiva*. Es erróneo, por ende, otorgarles a ellos en conjunto, y sin discriminar, una misma capacidad de decisión, obligándoselos así a asumir una responsabilidad para la cual indudablemente no todos estarán igualmente capacitados.

El adolescente, a diferencia de los adultos, tiene todavía el psiquismo en formación, habida cuenta que no ha completado la constitución de su aparato psíquico. Estamos ante un ser *vulnerable* a mérito de su situación de *dependencia* de alguna persona mayor de su familia; y, consecuentemente, susceptible de sufrir coerción de parte de ese adulto sin poder *oponerse*.

Claro está, como antes lo anticipamos, que no todas las situaciones son iguales. Nosotros, en particular, hacemos referencia a la inmadurez de muchos niños o adolescentes producto de la regresión en su autonomía ocasionada por el estrés familiar; estrés que es propio de los hijos habidos de parejas que han tenido un divorcio o quiebre de la convivencia que pueda calificarse de *maligno*. Indudablemente, en esos casos, tales hijos tienen un *plus de vulnerabilidad*, lo que exige una protección mayor¹⁶. En semejantes situaciones, más que de una *autonomía progresiva*, tendríamos que hacer alusión a cierta *autonomía regresiva*.

¹⁵ Postulan la presunción indicada en el texto, entre otros, CN Civ., Sala G, 22-9-2017, “C.R., S. c/ G., V.D.”, Expte. nº 91564/2014/CA1; Suprema Corte Mendoza, Sala 1º, 16-8-2016, en “Derecho de Familia”, 2017-II-103, abril de 2017, ed. Abeledo Perrot; FAMÁ, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, en La Ley, 2015-F, 463, *Online* AR/DOC/3698/2015; BERBERE DELGADO, Jorge C. y STANOJEVIC, Marina, “La capacidad y autonomía de los niños, niñas y adolescentes. Dilemas en torno al difícil equilibrio entre libertad y protección”, en “Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética”, julio 2018, p. 455, ed. Errepar, Buenos Aires.

¹⁶ Ver FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “Infancia, autonomía, y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad”, en “JA”, 17-5-2017, p. 13, 2017-II, fascículo 7.

Obsérvese que con la invocación de una presunción de madurez suficiente en los adolescentes judicializados dejaríamos sin efecto el balance equilibrado y de contrapesos establecido por el Código Civil y Comercial en materia de capacidad. Este equilibrio, excelentemente logrado en nuestra ley, consiste en implementar, por un lado, un sistema general y rígido como es el de las edades; y, por el otro, obtener su debida flexibilización por un sistema casuístico, de caso por caso, como es el de la madurez suficiente¹⁷. Y decimos que se le quitaría eficacia a ese adecuado balance, pues a través de la pretendida ficción se afectaría la posibilidad de analizar autónomamente y con libertad cada supuesto concreto; y ello porque se estaría imponiendo una presunción *generalizada y a priori* de madurez suficiente. Por lo demás, esa postulación –que criticamos– implicaría en la práctica el riesgo de privar al adolescente judicializado de su derecho a ser tal, debido a que se lo despojaría del lugar que le corresponde por la condición que reviste; lugar que obliga a que se le proporcione un *trato diferente*¹⁸. No es casual, entonces, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta vez en una sentencia, ha dicho que son inadmisibles las “*especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas*”¹⁹. O sea, que se descarta por dicha Corte todo lo que signifique presumir y generalizar.

Desde luego que hay que tener en cuenta la opinión de los niños y adolescentes, lo que significa considerarla, atenderla y respetarla. Pero acatar sin más lo que ellos verbalizan comporta privarlos de la protección especial de la que son acreedores, con el consiguiente perjuicio que han de padecer.

La citada reflexión se compadece con lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 17/2002. Efectivamente, allí se sostuvo “*que la participación de niños o adolescentes en un proceso no es la misma que la que hace un adulto*”. Se agrega que “*si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad*” y se “*omitiría la adopción de medidas especiales*”, con grave perjuicio para aquellos²⁰.

Debe recalarse que invocar la hipotética madurez abstracta y genérica de todos los adolescentes judicializados, por la sola circunstancia de haber arribado a una determinada edad, equivale –en los hechos– a dejarlos *fuera de la Convención Sobre los Derechos del Niño* y, por lo tanto, no se les brindaría a ellos ese *plus de protección* que tiene que brindar el Estado. Es que, si los propios

¹⁷ Ver BELOFF, Mary- KIERSZENBAUM, Mariano- TERRAGNI, Martiniano, “Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad”, en RDF 84, 17-5-2018, 1; FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “Infancia, autonomía, y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad”, en “JA”, 17-5-2017, p. 13, 2017-II, fascículo 7; VALENTE, Soledad, “Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?”, en RDF 84, 17-5-2018, 65; KRASNOW, Adriana N., “Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible”, en RDF, 86, 10-9-2018, 85; LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, “La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño”.

¹⁸ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva nº 17 (OC-17/2012); CSJN, 26-6-2012, “M., G. c/ P., C.A.”, La Ley, 2012-D, 601, *Online AR/JUR/27892/2012*; CN Civ., Sala B, 20-4-2018, “P., S.R. c/ B., P.H.”, *Online AR/JUR/45214/2018*.

¹⁹ Ver CIDH, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, sentencia del 24-2-2012.

²⁰ Ver DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., “Ni uno más ...Reflexiones Psicológicas sobre el Nuevo Proceso Judicial de Familia ante sospechas de alienación parental”, “Cuaderno Jurídico Familia” N° 69 – Febrero 2016, ed. El Derecho, Universidad Católica Argentina.

adolescentes pueden decidir en todos los asuntos que les conciernen, no se los consideraría como los *seres vulnerables*, que realmente son.

Por otro lado, y sin perjuicio de que obviamente no todos los adolescentes judicializados están en la misma condición –por lo que arriba dijimos—se omite con esa presunción realizar otras discriminaciones indispensables. Así, es muy probable que un adolescente se halle maduro para decidir, verbigracia, quiénes han de ser sus amigos, cómo se entretiene en los ratos de ocio o si concurre o no a ver un espectáculo deportivo. En cambio, el niño o adolescente –al menos en principio— no tiene que estar habilitado para resolver, por ejemplo, si ha de tener o no vínculos con su padre o madre (salvo hechos graves); de igual manera que no puede decidir, sin razones valederas, si concurre o no a la institución escolar donde está inscripto, o a no tomar los antibióticos recetados por el médico, o a no vacunarse²¹. Para eso están sus cuidadores o, en último caso, los recursos legales que lo protegen.

IV. Las verbalizaciones de los niños y adolescentes atrapados en conflictos parentales y sus relaciones con la madurez suficiente

Una primerísima labor de los jueces, cuando son escuchados los niños y adolescentes judicializados, es determinar si sus dichos son o no *genuinos*. Recuérdese que el art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño se refiere a la aptitud del niño o adolescente para “formarse un *juicio propio*”, y por tal motivo menciona que su opinión tiene que expresarse “*libremente*”. En consecuencia, un primer dato relevante es descifrar si los dichos del niño o adolescente reúnen esas características.

El Comité de los Derechos del Niño, intérprete indiscutido de la Convención recién mencionada, hizo especial hincapié, en la observación general nº 12, *a la necesidad de que el niño se exprese auténticamente, con libertad*. Destacó que “*el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión...*”; “*significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas*” (párr. 22).

Asimismo, en la anotada Observación, señaló el Comité que “*permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer, no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del art. 12 de la Convención*” (párr. 132).

A la cuestión de la manipulación de los niños por sus padres, aludida en la mencionada Observación General nº 12 del Comité de los Derechos del Niño, cabe atribuirle un valor superlativo.

Repárese que la *manipulación* significa *intrusión*; en esos supuestos el hijo queda amarrado a uno de sus progenitores sin posibilidades de *autonomía* y de *pensamiento autónomo*. Su situación de

²¹ Ver VALENTE, Soledad, “Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?”, en RDF 84, 17-5-2018, p. 65 y *Online AP/DOC/189/2018*.

dependencia, por lo común de su padre o madre, es susceptible de provocar que lo que verbalice no sea *realmente auténtico*. El temor psíquico del adolescente al abandono por su progenitor –situación que suele acontecer-- hace que no pocas veces emita opiniones con la clara intención de identificarse con aquel y, consecuentemente, gratificarlo, o responder a alguna amenaza.

Ya dijimos que tiene que oírse a los niños y adolescentes, y esa escucha también será fundamental con respecto a los hijos involucrados en el trance parental; pero considerando la posibilidad de que su discurso puede estar distorsionado por el conflicto. Es que los hijos *triangulados*, y tironeados en sus lealtades por sus padres, podrían tener sus mentes más o menos colonizadas²²; con lo cual tales hijos carecerán del pensamiento independiente que es menester, más allá de su edad cronológica. En estos supuestos, suele primar en ellos el *pensamiento dicotómico* donde uno de sus progenitores es todo lo bueno y el otro todo lo malo. La expresión manifiesta de sus deseos, al ser recabados, se podrá contradecir entonces con sus reales *mejores intereses* presentes y futuros.

Otro elemento fundamental a considerar es que la escucha al niño o adolescente judicializado –de por sí, harto significativa-- tiene que realizarse con la debida precaución también desde otra perspectiva. No pueden ignorarse los estudios realizados acerca del *implante de memoria o falsa memoria*; expresiones todas estas que hacen alusión a una misma situación. En el sentido mencionado, no puede descartarse que intervenga en un caso dado una suerte de *inducción*, respecto de la cual los niños son mucho más *vulnerables* que los adultos. Es decir, más propensos a la *falsificación de la memoria*, lo que sería así cuando esos “recuerdos” están teñidos por supuestos eventos que, en la realidad, no tuvieron lugar. Sobre el punto, es particularmente relevante la figura que podría llegar a tener alguno de sus progenitores, unido a su hijo mediando una exagerada dependencia de este, como una fuente de *sugestión* del niño o adolescente.

En las mentadas hipótesis, es susceptible de operarse una confusión entre lo vivido, lo escuchado y lo imaginado; confusión a lo que están más proclives los hijos menores de edad. Esta distinción –entre lo que ocurrió y lo que no ocurrió –se presenta como frágil en el niño o adolescente debido a su predisposición a la *sugestión* proveniente de sus figuras de autoridad²³.

El cuadro de situación planteado, en resumidas cuentas, nos indica que se debe tener un especial cuidado con el método que se emplee para la recuperación de los recuerdos del niño. En este aspecto, resulta oportuno insistir que –conforme a los estudios especializados–no es posible descartar que los recuerdos manifestados por el niño, aunque aparezcan como intensos y significativos, no necesariamente ha de reflejar hechos que ocurrieron verdaderamente. De ahí que todo dependerá de cómo se interroge al niño. Un interrogatorio inadecuado puede crear falsos recuerdos o reforzarlos. El testimonio de los niños o adolescentes debe ser tomado y evaluado en contexto. Al respecto, es medular que se le permita e incentive al joven a comparar versiones y contrastar narrativas y explicaciones.

²² Ver Children Held Hostage: dealing with Programmed and Brainwashed children. Stanley Clawar and Brynne Rivlin. American Bar Association, Section of Family Law, 1991.

²³ Ver HERSCOVICI, Pedro, “Falsa memoria”, en “De Familias y Terapia”, en Rev. del Instituto chileno de Terapia Familiar, año 23, nº 37, diciembre 2014, ps. 1744/1753.

Las preguntas que se formulen a los niños o adolescentes tienen que ser específicas pero lo menos abiertas posibles para evitar la confusión, particularmente entre lo vivido y lo escuchado. El monitoreo de lo real debe acompañarse con el monitoreo de la fuente; corresponde identificar el origen, lugar y momento del recuerdo, rastreando lo dicho y hecho y por quién.

Lo expuesto resulta importante dado que los eventos ficticios pueden producir narrativas coherentes, detalladas y muy convincentes; lo que torna necesario que el niño se exprese dentro de un clima que le permita focalizar su atención y sentirse seguro. De esta manera, es muy probable que se logren relatos y respuestas claras que a su vez sean resistentes a las sugerencias. De no ser así, de modo que la codependencia exagerada progenitor-hijo permanezca inalterada, la opinión que expresará el niño o adolescente, en verdad, no será propia; de *sujeto* pasa a ser *objeto*; porque se ha constituido, en la realidad, en un mero vocero, un portavoz encargado de transmitir la voluntad de otro, que es la del progenitor al cual está ligado.

En las citadas circunstancias, obviamente no se verifica una *voluntad propia*, la presión y la falta de libertad del niño o adolescente es evidente y la *manipulación* del adulto –a veces inconsciente– se exhiben a todas luces²⁴. Es indispensable tener en claro a quién se ha de escuchar; si al niño o adolescente que tiene una autonomía suficiente o al que está en un lugar de *objeto*, a la manera de un *médium*²⁵.

Claros indicios de que el niño o adolescente no está transmitiendo una voluntad propia se evidencian cuando rechaza, cerradamente, la posibilidad de vincularse con su madre o padre sin ninguna explicación atendible; si acude a argumentos banales y a racionalizaciones frívolas o absurdas para explicar ese rechazo; o cuando se otorga a episodios intrascendentes una gravedad que no tuvieron.

En todas esas situaciones descritas – de codependencia exagerada entre padre o madre e hijo-- bajo ningún concepto se puede entender que el niño o adolescente cuenta con *madurez suficiente*. Repárese que carecería de libertad para poder optar y dimensionar las distintas alternativas; no se advertiría una conciencia reflexiva libre y, por lo tanto, no estaría en condiciones de comprender ni de evaluar las consecuencias que trae aparejadas lo que verbaliza con énfasis; esto es, el corte de relaciones con su progenitor.

Las consideraciones arriba expuestas son otras de las razones que nos conducen a estimar desacertada la presunción de *madurez suficiente* de todos los adolescentes judicializados por el solo dato de haber cumplido los trece años de edad; y ello en tanto distorsiona –según ya lo dijimos-- el régimen mixto y de contrapesos establecido por el Código Civil y Comercial en lo que se refiere a la capacidad (remitimos al punto III). Tal esquema, por otra parte, conlleva el agravante de *invertir la carga de la prueba* en perjuicio del mismo adolescente; lo que de por sí es hartamente riesgoso. Es que esa

²⁴ Ver CRESCINI, Silvia, “Implementación de la desvinculación constructiva como alternativa de abordaje para evitar una revinculación compulsiva”, RDF 2015-V, 15-10-2015, p. 120, *Online AP/DOC/778/2015*; MIZRAHI, Mauricio Luis, “Responsabilidad Parental”, p. 672 y sigtes., ed. Astrea, Buenos Aires, 2018.

²⁵ Ver ALEMAN, India, “El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso”, en RDF 62, 4-11-2013, p. 89, *Online AP/DOC/2044/2013*.

presunción, y esa inversión probatoria, en los hechos privaría a los adolescentes de la protección especial que tienen que brindar los organismos del Estado; la que en todo caso se otorgaría en casos excepcionales, y no al grueso de los mencionados sujetos²⁶.

Con otro enfoque, cabe decir que tampoco nos parece posible presumir en forma abstracta y generalizada la *madurez* del adolescente judicializado, ya que no hay modo de estimar *a priori* la anotada *madurez*, pues la *autonomía* no se adquiere de manera homogénea para todas las situaciones. Inevitablemente, corresponde que se analice *caso por caso* –sin preconceptos impuestos– dado que tal madurez se evalúa relativamente, considerando los aspectos objetivos y subjetivos²⁷. En relación a los primeros, se podrá percibir con claridad que un adolescente puede exhibir una capacidad de razonamiento muy aceptable para ciertos temas y no para otros. No es lo mismo abordar cuestiones de cierta índole –como explicar fundadamente que prefiere estudiar el idioma inglés y no el francés– que expresarse respecto de asuntos familiares que lo sacuden hondamente y lo tienen afectado; como serían sus relaciones con su padre o madre en conflicto parental. En lo atinente a los aspectos subjetivos, claro está que no es lo mismo un adolescente a otro; y pueden existir diferencias profundas entre ellos al realizar una tarea comparativa.

De cualquier forma, todos sabemos que el fenómeno de la *autonomía progresiva* depende tanto del niño y sus adquisiciones como de la actitud que adopten sus cuidadores, según lo liberen o no de sus ataduras. Al respecto, es bien conocido que la crisis familiar, tras la separación de la pareja, genera situaciones muy estresantes en los niños y adolescentes que muchas veces suelen movilizar un mecanismo de defensa –*la regresión*– en la que se vuelve a estadios anteriores, por estimarlos más seguros.

Es en las indicadas hipótesis, donde el niño o adolescente resulta captado por el bando de uno de sus progenitores, al que endiosa e idealiza, para ir en contra del otro, en un acto de *autodestrucción* de un vínculo necesario (con su padre o madre) para la *integración de su identidad*.

Es dable percibir que el niño, con su nacimiento, está en una situación de *fusión primaria* y total –una *simbiosis*– con su madre o padre hasta que, tras su evolución, se produce su gradual separación, la *individuación*; constituyéndose en un *sujeto autónomo*. Pero esta segunda etapa no ha de ocurrir completa, necesariamente; en particular en las familias judicializadas con graves conflictos parentales. Es posible que se ocasione un proceso de *anti individuación*, de detención de su desarrollo o aun de regresión, con lo que persistirá un vínculo disfuncional entre madre o padre e hijo. En los aludidos

²⁶ La apuntada inversión probatoria, que se menciona en el texto, es postulada por FAMÁ, María Victoria, “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, en La Ley, 2015-F, 463, *Online AR/DOC/3698/2015*. Ver, también, Díaz Usandivaras, Carlos M., “El Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.): Una forma sutil de violencia después de la separación o el divorcio”, en “Revista Derecho de Familia”, n° 24, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, 2003.

²⁷ Ver VALENTE, Soledad, “Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?”, en RDF 84, 17-5-2018, p. 65 y *Online AP/DOC/189/2018*; FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia, “Infancia, autonomía y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad”, en J.A., 17-5-2017, p. 13, Fascículo 7, 2017-II; LEGUIZAMÓN, Héctor Eduardo, “La capacidad procesal del menor en el Código Civil y Comercial y el abogado del niño”, La Ley, 2017-B, 714, *Online AR/DOC/352/2017*.

casos, que lamentablemente son moneda corriente, uno de los progenitores “ofrecerá” un vínculo privilegiado a su hijo a cambio de su repudio al otro. Tal evento provoca la distorsión y transformación de la imagen o representación interna de ese padre repudiado. Bien se deducirá que, así, no podrá esperarse de ese niño o adolescente un discurso creíble por *no genuino*.

Sobre la cuestión no hay que llamarse a engaños, ya que no sería extraño que en tales situaciones, paradójicamente, acontezca el fenómeno que se denomina del *pensador independiente*. El niño o adolescente, atrapado en una relación de exagerada dependencia, es muy posible que ante el juez o el terapeuta tenga una airada declaración afirmando enfáticamente que lo que él piensa y dice es de su propia cosecha; y que nadie influyó en su pensamiento y opinión. Vale decir, que no se descarta que el indicado hijo –*manipulado*-- haga una manifiesta exposición de que es una persona *autónoma*, cuando en la realidad no lo es. Y, desde luego, para un operador de la justicia es tan grave creer en estas verbalizaciones, reconociendo una inexistente autonomía, como para un médico clínico derivar al paciente a un traumatólogo, que se queja de dolor en su brazo izquierdo, cuando en la realidad está haciendo un infarto de miocardio.

Es evidente que en los anotados casos el niño o adolescente tiene afectada severamente su *autonomía progresiva*, ya que su discurso no expresará sus propios sentimientos, deseos y necesidades. Estamos ante causas en la que se impone la decidida intervención judicial.

V. Revinculación materno o paterno filial bajo mandato judicial

Ante una familia en crisis, en la que resultan afectados o cortados los vínculos materno o paternos filiales, ya dijimos que la justicia no puede quedar al margen o expectante sino que, por el contrario, tiene que actuar con la premura del caso (ver el punto I).

Aunque resulta obvio, cabe recordar que para llegar a la *revinculación* debió existir antes una *desvinculación*; la que precisamente tuvo lugar (salvo supuestos excepcionales) por el obrar del *progenitor excluyente*, acaecida tal vez por una decisión judicial o fácticamente; en este último supuesto muchas veces tolerada por el tribunal. La decisión de ordenar después la revinculación comportará, como mínimo, el reconocimiento de que no mediaron razones serias para que se mantuviera el corte de relaciones del hijo con aquel progenitor. En esos casos, creemos que debiera existir una clara manifestación del juez dirigida tanto al progenitor excluyente como al niño desvinculado, que va más allá de la mera derivación. La revinculación es como un juego en el que el Juez debe poner la primera carta y no apartarse ni desentenderse de él. Es como una sociedad en la que el terapeuta pone su gestión profesional y el Juez invierte su capital como Imperio de la Ley. El no tener en cuenta esto suficientemente, bien puede ser la causa principal de tantas revinculaciones fracasadas como misiones imposibles.

En algunos países, como Brasil, el tema de la influencia negativa de uno de los progenitores que conduzca a entorpecer la adecuada comunicación del hijo con el otro padre, ha sido materia de consideración especial en la ley 13.319, de 2010. Conforme a sus disposiciones, se impone a los tribunales tomar las medidas que resulten indispensables para neutralizar esa injerencia abusiva del progenitor que afecta la relación del niño o adolescente con el otro (art. 3º) y, en consecuencia, se

debe disponer una extensa evaluación psicológica o psicosocial por intermedio de profesionales especializados (art. 4º). A la par, el juez tiene que ordenar intervenciones psicológicas, entre otras decisiones, en relación a la familia afectada (art. 5º). A su vez, es muy interesante también destacar —en el mismo Brasil— que se ha sancionado la *ley 13.431 en 2017*. A tenor de sus lineamientos, se considera *una forma de violencia psicológica la interferencia en la formación psicológica del hijo* promovida o inducida por uno de los progenitores que cause perjuicio o perturbe el establecimiento o mantenimiento del vínculo de ese hijo con el otro padre (art. 4º).

El asunto que estamos abordando también ha sido motivo de preocupación de la Organización Mundial de la Salud (OMS). En efecto, esta suerte de *interferencias psicológicas* de uno de los padres con el ánimo (consciente o inconsciente) de entorpecer los vínculos de un niño con el otro progenitor, ha sido incorporada como una anomalía en junio de 2018. Se trata de una nueva clasificación que se identifica como *problemas asociados con las relaciones interpersonales de la niñez (Clasificación CIE-11 dentro del Código QE52.0)*.

Nuestro país tampoco se ha mantenido indiferente ante la necesidad de neutralizar las conductas del progenitor excluyente para apartar al hijo del otro padre. En lo atinente al Código Civil y Comercial, se advertirá que lo primero que el juez debe ponderar, cuando tiene que atribuir el cuidado personal a uno de los padres, es *“la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular (del hijo) con el otro”* (art. 653, inc. a); lo cual se compadece con la previsión del art. 652, del mismo Código, que confiere a este progenitor *“el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo”*.

Diversos pronunciamientos judiciales se expidieron en la misma línea, adoptando medidas para poner fin a los entorpecimientos llevados a cabo por alguno de los padres. Es que la actitud de un progenitor que obstruye la comunicación del hijo común con el otro—sin causa justificada— constituye un supuesto de *maltrato infantil*²⁸; y por eso urge la intervención de los jueces para que cese el *maltrato*; lo que así ha acontecido²⁹. También, ante graves y recalcitrantes actuaciones de progenitores excluyentes, se han ordenado incluso el cambio del cuidado personal de los hijos³⁰; y no faltaron tampoco condenas por daños y perjuicios contra aquellos, sea por entablar endebles e inconsistentes denuncias de abuso sexual—desestimadas— contra el progenitor que se pretende

²⁸ Ver GROSAMAN, Cecilia, “El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres ¿Utopía o realidad posible?”, en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PEREZ GALLARDO, Leonardo (coords.), “Nuevos perfiles del derecho de familia”, p. 8, ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

²⁹ Ver CN Civ., Sala H, 12-3-2014, “A., M.I. c/ P., M.L.”, expte. nº 71.792/2009; íd. Sala B, 19-3-2009, La Ley, 2009-B-709 y 2009-C-408; íd. íd. 15-12-2014 y 22-6-2015, “T., R.E. c/B., C.T.”, expte. nº 37.178/2014; íd. íd. 6-12-2013, “Z., M. c/ G., R. s/ exhorto”, expte. nº 72.318/2012; entre tantos otros.

³⁰ Ver Trib. Fam. Lomas de Zamora, nº 3, 28-9-2012, “G.P.G. c/ V.A.K.”, en “Derecho de Familia”, 2013-II-105; Juzg. Fam. nº 3, Rawson, 16-9-2009, “G., F. c/ F., M.”, La Ley Online AR/JUR/43278/2009 y ED, 237-52.

excluir del contacto con su hijo³¹; sea por acudir a cualquier otro tipo de maniobras persiguiendo la misma finalidad³².

Más recientemente, se dictó otra condena por daños y perjuicios, por sumas importantes, ante el incumplimiento reiterado de una madre al régimen de comunicación establecido; juicio en el que se acreditó que tal progenitora le decía a su hijo que era “*un traidor*” si veía al otro padre, que los regalos que este le realizaba al niño eran “*robados*” (y así se los sacaba y los rompía), y alegaba dolencias falsas del hijo para que no se encontrara con su progenitor³³. Lamentablemente, en causas como la última indicada, la justicia llega *demasiado tarde*; lo que torna harto difícil la recuperación de los vínculos paterno-filiales. Nótese que el pleito demoró alrededor de nueve años en su tramitación. En efecto, el expediente se inicia cuando el hijo tenía diez años y al dictarse sentencia de Cámara ya había alcanzado la mayoría de edad³⁴. El muy severo problema de las deficiencias de nuestro sistema judicial ha motivado, precisamente, otras publicaciones³⁵.

Sin duda, la materia en análisis es muy delicada y difícil de abordar; sobre todo cuando estamos ante una familia judicializada, altamente conflictiva, donde el hijo en común es adolescente, y este se resiste a comunicarse con su padre o madre; muy probablemente por la influencia negativa que sobre él ejerce el otro progenitor.

No coincidimos con algún criterio esbozado en el que se concluye que, de mediar oposición del adolescente a la *revinculación filial*, no tienen que realizarse intentos para revertir tal estado de cosas, sino que debe encaminarse la tarea a realizar lo que llaman la “*desvinculación constructiva*”; vale decir, ayudar al progenitor excluido a admitir la situación y a que elabore el “*duelo*” *pertinente*³⁶; lo que se traduce también en un reconocimiento del fracaso por parte de los operadores intervinientes. Nuestra disconformidad es válida, por supuesto, cuando se dispone la revinculación de un niño o adolescente con un progenitor a quien legítimamente no se le puede impugnar acción dañina alguna sobre el hijo en cuestión. Es que nunca podría merecer la calificación de constructiva la destrucción de un vínculo legítimo. Por el contrario, la desvinculación será constructiva si con ella estamos liberando al niño de un progenitor indiscutible e irresponsablemente dañino.

La posición que arriba impugnamos más aún nos parece incongruente cuando quienes la esgrimen admiten sin vueltas que ese adolescente, con su negativa, no está expresando realmente una voluntad propia, sino que es un mero *vocero* del progenitor del cual depende. Por lo demás, admitir tal tesitura comporta en los hechos que la judicatura *abdique* de su función; y ello será así en tanto en los

³¹ Ver Cám. Civ. y Com. 1ª, Bahía Blanca, 29-9-2006, “B., G.M., c/ A., M.E.”, La Ley Buenos Aires, 2006-1454. Ver, también, DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., “Tratamiento Interdisciplinario del Síndrome de Alienación Parental Severo (S.A.P.S.)”, en “Revista Cuadernos de Terapia Familiar”, Ed. Stirpe, Madrid, España, 2010.

³² Ver CN Civ., Sala A, 11-11-2010, La Ley *Online* AR/JUR/80886/2010.

³³ Ver CN Civ., Sala K, 12-2-2019, La Ley del 28-3-2019, p. 5 y elDial.com-AAB159.

³⁴ Ver el fallo identificado en la nota precedente.

³⁵ Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, “Niños afectados: la preferencia por la familia de sangre y la necesidad de mejorar nuestro sistema judicial”, en *El Derecho*, 25-3-2019, p. 1, nº 14.596, ED 282.

³⁶ Ver CRESCINI, Silvia, “Implementación de la desvinculación constructiva como alternativa de abordaje para evitar una revinculación compulsiva”, RDF 2015-V, 15-10-2015, p. 120, *Online* AP/DOC/778/2015.

mentados casos se termina imponiendo el *“todo vale”*, con lo cual se toleraría una nefasta *falta de límites* y, consecuentemente, los manejos transgresores de los padres. De esta manera, ni más ni menos, se *diluye* peligrosamente el *imperium judicial*.

Cuando la negativa del niño o adolescente a vincularse con uno u otro padre es *injustificada* –lo que importa emitir una señal inequívoca de que la resistencia, probablemente, tiene su origen en el *progenitor excluyente* o, al menos, en una opinión del niño groseramente equivocada-- el tribunal no puede quedarse de brazos cruzados. Es que esa actuación del hijo vendría a demostrar a las claras –por más que tenga ya cumplidos los trece años– que, como mínimo, no tiene evidentemente la *madurez suficiente* en lo que hace a los vínculos materno o paterno filiales. Sin hesitación, no se trata de obligar compulsivamente al adolescente a que vea a su padre o madre con quien tiene deteriorada o rota la relación. Pero de allí no podemos deducir que la judicatura permanezca impasible, mirando para otro lado cuando aquel joven *es objeto de un evidente maltrato*. Así las cosas, en semejantes casos, se impone abordar terapéutica y jurídicamente a todo el grupo familiar en un proceso de necesaria complementariedad interdisciplinaria. Por de pronto, los profesionales designados deben trabajar para obtener la *implicación subjetiva* de uno y otro padre en el trabajo de *revinculación* emprendido, pues para que un niño o adolescente pueda realmente comunicarse con uno de los progenitores es indispensable, en primer lugar, el *permiso genuino del otro*³⁷.

Por las razones referidas, entonces, el proceso terapéutico debe incluir necesariamente a los adultos; y de ahí la necesidad de entrevistas relacionales de interacción familiar y la presencia activa del juez con su poder de decisión.

Admitimos que disponer la concurrencia *obligatoria* de los adultos a los espacios terapéuticos –*la terapia bajo mandato judicial*– ha de significar una restricción a la libertad y a la autonomía personal de los sujetos; pero no es menos cierto que el *art. 19 de la Constitución nacional* es claro en afirmar que *las eventuales conductas activas u omisivas de las personas, en el caso la de los progenitores, no pueden perjudicar a terceros*; en la especie, los niños o adolescentes que puedan estar involucrados. Tanto más es así cuando estamos ante *seres vulnerables*, que merecen una protección especial con el objeto de hacer prevalecer su interés superior³⁸.

Precisamente, el *principio de proporcionalidad* determina que la eventual invocación del adulto de su *libertad y autonomía* tenga que ceder para proteger a los niños o adolescentes que son los protagonistas de la humanidad futura. Recordemos que la interacción de estos con sus dos progenitores hace a la correcta estructuración de su psiquismo; a la protección de su autoestima personal; a prevenirlos de ser víctimas de disfunciones y patologías psíquicas; y, en fin, a no quebrar el buen desarrollo de su *identidad*³⁹.

³⁷ Ver ALEMAN, India, “El niño y el adolescente en el proceso judicial. Garantías del niño en el proceso”, en RDF 62, 4-11-2013, p. 89, *Online AP/DOC/2044/2013*.

³⁸Ver Rotonda, Adriana E., “La resolución judicial cuando el conflicto familiar requiere una herramienta distinta del derecho”, en “Derecho de Familia”, 2015-I-150, ed. Abeledo Perrot.

³⁹ Ver MAGLIANO, Horacio, “La concreción del supremo interés del menor en la separación conflictiva- ¿Mito o realidad?”, *El Derecho*, 3 y 4 de junio de 2013, t. 252.

Ante los casos de stress familiar crónico es bastante común que aparezcan configuraciones con patrones interaccionales triangulares de dos o más miembros contra otro. Cuando de coaliciones intergeneracionales se trata, de hijos aliados a un progenitor contra el otro, las consecuencias para aquellos son malignas; efectos que se producen cuando no acontece un proceso de adecuada *diferenciación*. Es que todo sistema familiar crece y se desarrolla mediante una debida *diferenciación* interna. Después de una separación traumática de la pareja, importará el cómo y el cuánto se mantienen las *diferenciaciones subsistémicas* a nivel *parental* y *fraterno*. Importará también con qué reglas se manejan para determinar quién participa y en qué situaciones y cuando en cada uno de esos subsistemas. Debe resaltarse que la claridad de las fronteras interpersonales entre los progenitores en el post quiebre de los cónyuges o convivientes, les permitirá percibirse como unidad parental recíproca y complementaria⁴⁰.

En las situaciones que estamos abordando; esto es, cuando se presenta el complejo cuadro de hijos sobre involucrados en el conflicto parental, una vez quebrada la unión de sus padres, con cierta codependencia exagerada con uno de sus progenitores, los profesionales involucrados en el caso deben tener pautas de intervenciones específicas e inequívocas. Como en todo problema relacional, será necesario poder y saber expandir opciones interaccionales a nivel familiar. De igual modo, habrá que desafiar rótulos y certezas disfuncionales y rescatar pertenencias familiares más saludables. Se requerirá para ello de un mapa que guíe en la tarea de cambio relacional. Mapa que vuelva importantes *las fronteras interpersonales* en la familia concreta, *las lealtades en conflicto* y *las alianzas y coaliciones* a nivel *intra e intergeneracional*. Serán muy relevantes para tal fin las capacidades parentales concretas más que los rasgos de personalidad de los progenitores y fundamentalmente se apuntará a que *la sociedad parental* se mantenga.

Es importante advertir que será falaz suponer entonces que la sana evolución de los hijos pueda prosperar en el contexto de padres antagónicos en forma continuada. La administración de justicia deberá abordar estas disfunciones familiares delimitando nuevos espacios interpersonales para que se reordenen vincularmente; de modo tal que los progenitores adquieran o recuperen su mejor capacidad de gestión.

Un número no despreciable de progenitores antagónicos podrán tal vez reducir sustancialmente la contienda que los involucra en aras al bienestar de sus hijos. Cuando entienden cuánto los daña entienden también que su *coparentalidad* continuada implica involucración más o menos compartida y equitativa de ambos en el cuidado de sus hijos. Ello ha de favorecer el mejor acceso de estos a ambos padres, el mantenimiento de los dos en roles parentales efectivos y un sistema cooperativo y solidario entre ellos.

No se discute que la meta más preciada de la *co-parentalidad*, que emerge de su buen funcionamiento, será la seguridad emocional de los hijos. Esta deriva no solo de los vínculos

⁴⁰ Ver HERSCOVICI, Pedro y CARDENAS, Eduardo S., "Comentario a un caso judicial. El subsistema parental y el mejor interés del niño", en Revista Derecho de Familia – Abeledo Perrot- Sept-Oct- 2006- págs.145-158.

parento-filiales sino también de los vínculos parentales y de la adecuada regulación del conflicto parental⁴¹.

Orientados a ese objetivo, habrá que necesariamente confiar en los terapeutas designados por el tribunal. Dichos profesionales serán garantía de seguridad suficiente para los hijos durante las sesiones. Dado el entrenamiento que se supone aquellos poseen, sabrán monitorear las micro consecuencias interaccionales entre padres e hijos, de modo tal de que se garantice en todo momento que estos quedarán exentos de peligros.

Dado el desacople de un hijo con uno de sus progenitores, que es el tema básico que estamos estudiando, se deberá buscar relacionarlo lo más rápidamente posible mediante una *revinculación parento-filial terapéutica*. Al mismo tiempo se buscará un reforzamiento de la alianza parental en otro o el mismo ámbito terapéutico especializado; y corresponde tener en cuenta que el desacople entre el progenitor y sus hijos está directamente conectado con el desacople entre los padres. Vale decir, que en caso de *conflicto parental crónico* y/o de alta intensidad, la solución no será *reducir el contacto* –como por error se admiten en algunas resoluciones judiciales-- sino *reducir el conflicto* y su impacto sobre los hijos.

Resulta indudable que para restaurar el diálogo parental mediante escucha efectiva y no defensiva, se necesitará de un tercero especializado en tal intervención. Durante la etapa de hostilidades será imprescindible ese tercero para comunicarse entre padres pues el enojo y la denigración primarán. Se buscarán en principios precarias treguas que permitan ciertas coexistencias. Solo cuando aparezca ambivalencia suficiente se rescatará la colaboración parental, lo cual hará del tercero testigo y escribano de los acuerdos. Más tarde, si el proceso terapéutico sigue evolucionando, aparecerá la cooperación parental basada en el rescate de la necesidad del otro para la tarea parental y la confianza mutua.

Otra de las intervenciones necesarias en tales supuestos de conflictos severos, será la dirigida a equalizar *el poder de negociación* entre los progenitores; queremos decir, apuntar a equilibrar la desigualdad de fuerzas que se advierte entre uno y otro padre. Para tal efecto, el procedimiento de apoyar temporariamente a un progenitor más que al otro buscará re-equilibrar el sistema familiar. Ello constituye una herramienta valiosa y útil aun cuando difícil de instrumentar. Tomar partido por uno de los progenitores facilita el cambio del equilibrio disfuncional rígido y estereotipado del sistema. Estos sistemas parentales necesitan ser des-balanceados para salir de su estancamiento.

El apoyo selectivo a una de las partes de la ecuación es un medio para el fin de producir una diferencia relacional necesaria e indicada. Ello permitirá nuevas ubicaciones y nuevos movimientos vinculares. Si el *progenitor excluyente* continúa *monopolizando el poder de decisión del proceso la revinculación* difícilmente se logrará.

Una sociedad parental responsable y a cargo de ambos requiere de una negociación parental continuada.

⁴¹ Ver HERSCOVICI, Pedro, "Terapia de la pareja parental después del divorcio marital", en Revista Sistemas Familiares-ASIBA, 2007- Año 23 Número 2 Pag.44-58.

Corresponde insistir, entonces, de que es necesario que uno y otro progenitor cuenten con poderes de negociación más o menos equivalentes que hagan a la posibilidad de la pareja parental. Esto es que, ante centralidades exageradas y/o periferias inadecuadas, se deberán utilizar los *contra pesos* pertinentes para poner a las partes a la par.

En la realidad es claro que existirán entre los progenitores disparidades intelectuales, económicas, afectivas y psicosociales. Algunas de estas condiciones podrán y deberán igualarse en la medida de lo posible. Igualar entonces en oportunidades parentales permitirá lograr participaciones familiares significativas. Se observará, en consecuencia, que al intentarse igualar autoridad, importancia e influencia parental, se fomentará la verdadera co-parentalidad⁴².

VI. Coordinación de Parentalidad

En los casos de grupos familiares de alto voltaje de conflictividad, que es en definitiva lo que estamos abordando, tal vez no alcance con la mera designación de un terapeuta encargado de la revinculación. Puede resultar indispensable la intervención de un profesional de la salud mental entrenado en *coordinación de parentalidad*; vale decir, de un facilitador, un tejedor de redes, un auxiliar, un soporte y colaborador del juez, que desempeñe su labor más allá del ámbito de la terapia familiar propiamente dicha⁴³.

Tal como con éxito sucede en otros países —por ejemplo, Estados Unidos, Canadá y España— el coordinador de parentalidad debe ser designado por la magistratura, exista o no conformidad de los progenitores o de los mismos hijos; pues —ya lo destacamos en el punto I— la cuestión que está en manos de los jueces es de *orden público*; de manera que, con él, está en juego el interés mismo de la comunidad. Desde luego, el profesional designado debe ser una persona *neutral ajena al conflicto*, debiendo respetar el deber de *confidencialidad*.

Cuando el juez designe al coordinador de parentalidad, lo debe hacer mediante una resolución fundada donde se le atribuya al sujeto designado cierto *poder de decisión sobre las partes* para que su labor devenga eficiente; tal como sucede en Cataluña sin ley expresa que lo autorice. Es que, en el caso de haber fracasado los intentos para que se obtengan consensos entre los progenitores, es menester conferir a la persona que se nombre la facultad de decidir sobre ciertas urgentes funciones parentales y, en general, que tenga la atribución de establecer las pautas y condiciones para el desenvolvimiento de las relaciones materno y paterno filiales; pero siempre tratando de impulsar la capacidad de gestión de los padres.

El *coordinador de parentalidad*, no cabe duda, tiene que remitir los pertinentes informes al tribunal y mantener con este una relación continua y fluida. En este aspecto, los efectos de las medidas

⁴² Ver HERSCOVICI, Pedro, Comentario bibliográfico sobre “Responsabilidad Parental, cuidado personal y comunicación con los hijos” de Mauricio L. Mizrahi, en LA LEY Año LXXX Número 3, 17 de Febrero de 2016, pág. 6-8.

⁴³ Ver VARELA, Carmen, “La coordinación de parentalidad”, en “Derecho de Familia”, nº 81, septiembre de 2017, p. 235, ed. Abeledo Perrot.

que adopte el coordinador tiene que ser similar al de las medidas cautelares; ello dicho en el sentido de que las decisiones que se tomen no se puedan suspender por más recursos que se interpongan.

La finalidad de otorgar al *coordinador de parentalidad* ciertas facultades decisorias vinculantes –que mantendrán su vigencia en tanto el juez no dicte una resolución contraria—se orienta a evitar la continua intervención de los juzgados y, sobre todo, a que no se produzcan suspensiones de lo que se hubiera decidido que, a la postre, entorpecerán el buen funcionamiento de esta figura.

El *coordinador de parentalidad* –dado que su función excede al de un mero terapeuta—tiene que estar facultado para tomar contacto con todas las personas que puedan ser de utilidad para la resolución de los problemas en juego. Así, mantener entrevistas con los profesionales designados por el tribunal, con los abogados que actúen en la causa, psicólogos particulares de cada progenitor o de los hijos, psiquiatras intervinientes, directores de los centros escolares o de estudio a donde concurren los niños o adolescentes, maestros, profesores, etcétera. Y también podrá acudir al auxilio de otros profesionales si las circunstancias lo justifican.

En síntesis, el *coordinador o facilitador de coparentalidad* ha de cumplir la misión de *normalizar las relaciones parentales*; logrando pues aminorar sensiblemente los conflictos, particularmente en aras de que los hijos puedan tener una adecuada comunicación con cada uno de sus padres.

VII. Conclusiones

A mérito de lo expuesto se puede arribar a las siguientes conclusiones:

- a) Dado que el *orden público* está en juego, los jueces deben brindar a los niños y adolescentes judicializados una *protección especial, diferencial o complementaria*; para lo cual se requiere una intervención judicial activa.
- b) Estimamos desacertado presumir una *abstracta y a priori madurez* suficiente de todos los adolescentes judicializados; precisamente porque se impone la debida discriminación entre ellos. Con tal postulación genérica, que cuestionamos, dejaríamos sin efecto el balance equilibrado y de contrapesos establecido por el Código Civil y Comercial en materia de capacidad; el cual consiste en implementar, por un lado, un sistema general y rígido como es el de las edades; y, por el otro, obtener su debida flexibilización por un sistema casuístico, de caso por caso, como es el de la madurez suficiente. Repárese que a través de esa pretendida ficción –como lo es una presunción-- se afectaría la posibilidad de analizar autónomamente y con libertad cada supuesto concreto, pues se estaría imponiendo una presunción anticipada y general de madurez suficiente que, para colmo, invertiría la carga de la prueba. Desde otra perspectiva, sostener tal presunción comportaría dejar desprotegidos a los hijos de familias judicializadas en crisis; y en particular a aquellos adolescentes que padecen una *regresión* en su autonomía por el estrés familiar que se ocasiona cuando la separación de los progenitores es altamente conflictiva.

c) La *escucha* a los niños y adolescentes, y el método que se emplee para la recuperación de sus recuerdos, tienen que ser muy cuidadosos. Al evaluar sus dichos, se deberá tener presente que aquellos no están solos, sino que son parte de contextos o sistemas que los influyen. Es fundamental detectar si las verbalizaciones que emiten son genuinas o, en cambio, lo que se manifiesta no es realmente auténtico al hallarnos ante un *pensamiento dicotómico* distorsionado por el conflicto parental. En estos últimos supuestos, en que es dable que se opere una confusión entre lo vivido y escuchado, la voluntad que expresa el niño o adolescente por lo regular no es propia, sino que se expresa un mensaje que está inducido por el progenitor de quien depende el hijo y, por lo tanto, ajeno a sus reales necesidades. Serán situaciones claras de *maltrato* al niño o adolescente, el que— por esas mismas circunstancias—no tendrá la madurez suficiente exigida por la ley.

d) Ante una familia en crisis, en los que están afectados o cortados los vínculos materno o paterno filiales, sin que medien causas justificadas, la justicia debe actuar con la premura del caso para neutralizar el maltrato infantil que padecen los hijos. En esos eventos, se impone hacer uso del *imperium judicial* y disponer el abordaje terapéutico de todo el grupo familiar, se cuente o no con el beneplácito del otro progenitor o del propio niño o adolescente; para lo cual se requerirá que el Tribunal haya puesto los debidos límites a cualquier acción perturbadora de uno de los progenitores sobre el otro. Esto último es esencial, pues el libre accionar del padre excluyente (que se opone injustificadamente a la reanudación de la relación interrumpida) ha de convertir a la revinculación pretendida en una misión imposible.

e) En las hipótesis que referimos en el apartado anterior, los profesionales designados tienen que tener pautas de intervención específicas e inequívocas. Los terapeutas serán garantes de la seguridad emocional de los hijos, asegurando que estos estén exentos de peligros. La labor debe tender a reducir el conflicto y no los contactos.

f) Si se trata de grupos familiares de alto voltaje de conflictividad, puede resultar indispensable designar un profesional de la salud mental entrenado en *coordinación de parentalidad*, que actúe más allá de la tarea concreta encomendada al terapeuta encargado de la revinculación; designación que tiene que recaer en una persona ajena al conflicto. De fracasar los consensos, el coordinador de parentalidad deberá contar con la facultad de decidir ciertas urgentes funciones parentales y tener la atribución de establecer pautas y condiciones para el desenvolvimiento de las relaciones materno y paterno filiales con los efectos de las medidas cautelares; sin perjuicio de impulsar paralelamente la capacidad de gestión de los progenitores.