

CAPÍTULO 5

LAS CAUSAS JUDICIALES QUE EXPRESAN LA CRISIS FAMILIAR

EL DIVORCIO. ALGUNAS CONSIDERACIONES TEÓRICAS

“Me hubiese gustado que mi mamá y mi papá sigan juntos... pero mi mamá dice que a veces las cosas no son como uno quiere”.

“La vida según Muriel”, de Eduardo Milewicz.

“... Cuando lleguemos a su esposa, le aconsejo ser generoso al máximo. Lo importante es que Ud. salga de esto en forma rápida y limpia para que pueda reconstruir su vida. O puede volver a casa para tratar de encontrar un vestigio del amor de su juventud. Es su vida, tómese un minuto”.

Del abogado a su cliente en el epílogo de “La guerra de los Roses”, de Danny de Vito.

“...Invéntate el final de cada historia, que el amor es eterno mientras dura”.

“La extraña pareja”, de Ismael Serrano.

“...Pero dos no es igual que uno más uno. Y el lunes al café del desayuno vuelve la guerra fría...”.

“Y sin embargo”, de Joaquín Sabina

Hasta hace relativamente pocos años, hablar del divorcio era adentrarse en un tema tabú. En la Argentina, una fuerte tendencia conservadora hacía la “vista gorda” a la realidad de miles de nuevas familias impedidas de legitimar jurídicamente sus uniones en razón de un régimen legal que no permitía la disolución del vínculo matrimonial. Resultaba paradójico que el mismo sistema jurídico que promovía la defensa de la integridad de la familia, desamparara a tantos/as ciudadanos/as necesitados/as de un régimen más equitativo de protección social. Como suele ocurrir, un contexto político signado por el autoritarismo militar propiciaba el paradigma de la familia unida y destacaba el valor de las “familias legalmente constituidas”, relegando a una posición inferior a quienes se apartaran de la norma.

Desde la práctica profesional, algunos/as trabajadores/as sociales no han estado ajenos a esta realidad y en ocasiones se han reforzado tales soportes ideológicos, calificando a las familias de acuerdo a la estructura legal de la unión de la pareja, llegando a valorar como “ilegal” (cuando la ley no lo ha hecho) las uniones de hecho, sin atender a otras razones más que al estereotipo y el prejuicio. Aun hoy es posible advertir la calificación de “legal” o “legítimo” (términos que se utilizan en forma indistinta, cuando no lo son) cuando se alude a las uniones matrimoniales,

rótulo que ubicaría en el extremo contrario a quienes no se han constituido como parejas bajo las normas jurídicas.

El divorcio como fenómeno social no ha hecho sino cuestionar lo que en verdad pocos/as dudan, y quizá por eso logró imponerse en nuestra legislación y en nuestra cotidianidad. Las estadísticas dan cuenta de que el matrimonio ya no es “para toda la vida”, aunque los/as pretendientes así se lo propongan como anhelo cuando deciden casarse. Otro ha sido el destino que la sociedad y las familias han ido preparando para las parejas, y hoy resultan muy distintas las ideas de obediencia, poder y responsabilidad que imperan en las personas, así como diferentes han sido los roles y funciones dentro de una familia a lo largo del siglo veinte y en el trayecto del nuevo siglo.

Luego de haber desarrollado las etapas del ciclo vital familiar, son muchos los autores que sostienen que si el 50 % de los matrimonios no llegan intactos a la adolescencia de sus hijos ello significa que el divorcio es un episodio regular y hasta esperable en la vida de las familias.

Elizabeth Jelin (1994) destaca que los valores modernos de autonomía personal, la libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la incorporación de las mujeres a la fuerza de trabajo, su autonomía económica, conforman situaciones propias de procesos socioculturales complejos que, ligados al proceso de individuación, deben ser analizados al considerar el aumento de los divorcios y separaciones.

El Derecho ha sostenido que los hechos siempre preceden a las leyes, las que se sancionan como un modo de otorgar legitimidad o no a aquellos; al mismo tiempo, la ley así estimula nuevas conductas. Es por ello que el divorcio no ha hecho sino reconocer la existencia de profundas transformaciones en la estructura y organización familiar, intentando brindar un marco de protección jurídica a todos/as los/as ciudadanos/as. Hoy no resulta un dato a ser silenciado la condición de separado/a como pudo serlo no tantos años atrás, y ello también es posible porque el divorcio ha ido formando parte -nos guste o no- del ciclo vital de la familia. Los datos censales de Estados Unidos señalan que a fines del siglo XX los matrimonios terminaron en divorcio cuatro veces más que en 1970. Entre el 40 y el 50 por ciento de los matrimonios terminarán en divorcio y sólo el 34 por ciento de los niños nacidos en los últimos tres años del siglo XX llegarán a los dieciocho años viviendo con sus dos progenitores.

Las estadísticas oficiales de la Ciudad de Buenos Aires describen que durante los años cercanos a la sanción de la ley de divorcio -Ley 23.515, aprobada en 1987- se produjo una importante cantidad de divorcios que se inscribieron en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, (más de 40.000 divorcios en el trienio 1987-1989). Posteriormente, la tasa bruta de divorcios -cociente entre el número de divorcios ocurridos y registrados durante un año y la población a mitad de ese año- mostró una tendencia al descenso y se estabilizó en valores cercanos al 2 por mil,

con mínimas oscilaciones. Sin embargo, la relación entre divorcios y matrimonios, desde mediados de la década de los noventa, muestra un incremento sostenido que se explica por el descenso de la cantidad de matrimonios, mientras el número de divorcios permaneció entre los 6000 y los 7000 por año, aumentando a 8217 en el año 2017 y 7119 en 2018. Si bien el número de divorcios ha descendido de casi 8000 en 1990 a 5500 en 2014 -para aumentar notoriamente en 2017- la relación divorcios-matrimonios se mantiene en virtud de que los matrimonios siguen su tendencia descendente: de 22.000 en 1990 a 10.893 en 2018. Como los matrimonios siguen su tendencia descendente, en la actualidad es cada vez más cercana la paridad entre divorcios y matrimonios (7119 divorcios y 10.893 matrimonios).

Estos estudios estadísticos analizan algunos resultados de las características de los cónyuges divorciados. La composición de los divorciados según su edad en el momento de la sentencia de divorcio, muestra una concentración en los grupos centrales (35-39 a 50-54 años), siendo a edad más temprana en el caso de las cónyuges debido a que en general las mujeres se casan a edades más bajas y con varones mayores que ellas.

En la mayoría de los casos, para ambos sexos, el estado civil de los cónyuges anterior al matrimonio era soltero (mujeres 93,3% y varones 90,4%), esto implica la disolución de una primera unión legal. Un aspecto diferencial es el número más alto de reincidentes divorciados (varones 8,9% y mujeres 6,2%) y en menor medida viudos en los varones en relación a las mujeres: varones 0,6% y mujeres 0,4%.

En los varones y mujeres y para el período 2018, a partir de los 50 años el número de divorciados/as de primera unión (solteros/as) va disminuyendo, volviendo a aumentar notoriamente después de los 60 años. Por su parte, los divorciados/as reincidentes aumentan con la edad, siendo mayor el número de varones reincidentes. La edad promedio al momento del divorcio para el varón es 48 años y 46 años para la mujer.

La duración del matrimonio que se disuelve indica que en su mayoría superan los 9 años de convivencia y que es bajo el número de matrimonios que se divorció antes de los 5 años. Del total de divorcios analizados en el período, el 31% ocurre antes de los 10 años de matrimonio, mientras que el 31% del total ocurre entre antes de los 10 y 20 años de matrimonio. Estas cifras nos permiten concluir que, en más de la mitad de los casos, los hijos/as llegarán a una edad cercana a los 18 años con sus progenitores divorciados.

Por último, cuando se considera el estado civil anterior al matrimonio que se disuelve de ambos cónyuges en forma conjunta se advierte que en la mayoría de los casos para ambos era su primera unión, siguiéndoles en importancia, pero con valores muy inferiores, las siguientes combinaciones: divorciado-soltera, divorciado-divorciada y soltero-divorciada. De estas tres variantes, la primera duplica a las siguientes, dato que también ratifica la mayor tendencia de los hombres a contraer nuevas nupcias.

Grosman (1994) ha alertado acerca de la estigmatización de la familia monoparental, cuando ésta es estudiada como “grupo de riesgo”, o etiquetando a los hijos/as de divorciados/as como niños/as con perturbaciones, generalizando los diagnósticos y contribuyendo a la creación de un estereotipo que afecta a los propios divorciados/as y lesiona los derechos de los niños/as. Agrega que algunos estudios psicológicos sostienen que las patologías que se generan en las familias de divorciados/as no se deben tanto a la separación en sí misma, sino a la organización disfuncional (sic) adoptada que obstaculiza la continuidad de la coparentalidad.

Pero ocurre que muchas veces el divorcio -que concebido como crisis accidental de la organización familiar y del proceso vital no debe suponer patología-, se convierte en un episodio que compromete gravemente la salud bio-psico-social de los miembros de la familia. El divorcio como crisis puede aportar a los miembros de la familia elementos enriquecedores y constituir un acto de aprendizaje del que aquéllos pueden salir muchas veces fortalecidos y otras, sin signos evidentes de conflicto que puedan atribuirse específicamente a ese episodio. Se trata de divorcios logrados en los que los/as progenitores son capaces de percibir las necesidades de sus hijos/as y priorizar su bienestar, adoptando medidas complementarias en el ejercicio de la co-parentalidad.

LAS ETAPAS DEL DIVORCIO

El divorcio, como proceso que se inicia antes de la llegada a los estrados judiciales, ha sido descrito en sus distintas instancias. Acerca de este proceso, Florence Kaslow (1991) describe tres etapas, correspondiendo a cada una de ellas distintos estadios. La primera etapa, de pre-divorcio, es un período de deliberación y desesperanza; la segunda etapa, durante el divorcio, corresponde a los trámites legales; y la última, del post-divorcio, es la etapa de recuperación del equilibrio. El pre-divorcio corresponde al estadio de divorcio emocional; durante el divorcio pertenece al estadio de divorcio legal, divorcio económico, divorcio co-parental y problemas de tenencia (cuidado personal). Finalmente, el post-divorcio se corresponde con el divorcio social, el divorcio religioso y el divorcio psicológico.

Cabría distinguir las diferencias entre el divorcio emocional y el divorcio psicológico, toda vez que es frecuente que en el ámbito forense se utilice la primera de las denominaciones para aludir a la elaboración psicológica del proceso de divorcio. Para Kaslow, en cambio, el divorcio emocional corresponde a la primera etapa del proceso y los sentimientos propios de la misma son la desilusión, insatisfacción, alienación, ansiedad y escepticismo. El divorcio psicológico, en tanto, está ubicado como último estadio del proceso; es la terminación del divorcio psíquico y los sentimientos dominantes son la aceptación, autoconfianza, energía, autoestima, plenitud, independencia y autonomía. Es la etapa de reformulación de la identidad y búsqueda de un nuevo amor.

También Wallerstein y Blakeslee (1990) describen tres etapas en el divorcio: 1) aguda; 2) transición y 3) estabilidad. La etapa aguda es la de decisión del divorcio, infelicidad, furia, depresión, desorganización familiar y suele extenderse desde meses hasta uno o dos años o más de producida la separación. La etapa de transición es la época de pruebas, de progresos y regresiones, con nuevos papeles y relaciones y un nuevo estilo de vida. La etapa de estabilidad es de reafirmación de las relaciones personales y estabilidad de la organización familiar y de las pautas sobre “visitas” y alimentos. Para estas autoras, que evaluaron a sesenta familias a lo largo de quince años a partir de la separación, el divorcio es más que el fracaso de un matrimonio; es también una segunda oportunidad y la posibilidad esperanzada de reconstruir una vida. Buena parte de ese importante estudio prospectivo se orientó a conocer los efectos del divorcio sobre los hijos/as, llegando a importantes conclusiones. Así, han señalado que los niños/as más pequeños/as tienden a interpretar el divorcio de sus progenitores en términos de abandono y se enfadan con ellos (aunque oculten su enojo para cuidarlos o para no ser castigados) por quebrantar las leyes no escritas de la paternidad que prescriben sacrificarse por los hijos/as. Sólo un diez por ciento de esos niños/as tuvo un adulto que les hablara durante el divorcio, explicándoles sus alcances, y gran cantidad de ellos/as experimentan culpa por el divorcio y sienten el deber de recomponer el matrimonio. Esa culpa es la resultante de pensar que ellos/as mismos/as provocaron el divorcio y viene acompañada de un pensamiento omnipotente que es creer que si se separaron pueden reconciliarse, aun cuando alguno de los progenitores -o ambos- vuelva a casarse (ya que, en tal caso, podrían también divorciarse). La culpa que los niños/as experimentan los/as libera de la vivencia de impotencia de estar a merced de la voluntad y decisión de sus progenitores. Conflictos de lealtad y traición se presentan en los hijos/as cuando dudan de tomar partido por uno/a de los progenitores o cuando efectivamente lo hacen, instalándose en ellos/as un dilema de difícil resolución.

Desde mi práctica profesional he podido observar que esta fantasía que muchos niños experimentan -ser abandonados- puede estar acompañada de un discurso materno o paterno destinado a reforzar la idea del abandono. De hecho, es común escuchar la expresión “nos abandonó”, con la que se distorsiona el alcance de una separación o un divorcio, incorporando en un mismo plano a cónyuges e hijos/as y asignando a ese alejamiento un carácter definitivo que en esencia no tiene, puesto que no se trata de un divorcio entre un progenitor/a y sus hijos/as sino entre dos cónyuges. Conyugalidad y parentalidad quedan unidas e indiscriminadas, pudiendo provocar serias perturbaciones en la vida anímica de progenitores e hijos/as. En los niños/as, el estigma del abandono puede perdurar mucho tiempo, aunque exista una favorable disposición del progenitor/a no conviviente a mantener el contacto con ellos/as.

Los estudios de Wallerstein y Blakeslee permitieron concluir que si bien los niños/as en edad pre-escolar pueden sufrir síntomas dramáticos en el divorcio (insomnio, temor al abandono y soledad), luego se adaptan mejor que sus hermanos/

as mayores a la realidad del divorcio. Ello es así puesto que estos niños/as guardan menos recuerdos de la familia intacta, menos recuerdos de la separación y menos nostalgia por lo perdido. La fantasía de los niños/as de no ser alimentados y bien cuidados se asienta en la vivencia de pérdida de apoyo y protección, de derrumbe de la estructura familiar y en la falta de noción precisa del tiempo.

Otro de los aportes de estas autoras ha sido el intentar una comprensión del fenómeno de abdicación de la función parental luego del divorcio, aun en aquellos casos en que se había observado un favorable desempeño paterno. Es frecuente observar en nuestra práctica profesional la presencia de progenitores -varones- que luego del divorcio se van alejando progresivamente de sus hijos/as hasta llegar en algunos casos a la total desvinculación de aquéllos. Wallerstein y Blakeslee afirman que la disminución de la capacidad de ser progenitores es en ocasiones la resultante de percibir a los hijos/as como el testimonio viviente del fracaso matrimonial; de allí que pueda surgir la fantasía de abandonarlos/as, quizá en un intento -desesperado y fallido, por cierto- de “resolver” la cuestión. Agregan que, para muchos hombres, la esposa y los hijos, así como la capacidad de fundar un hogar, son fuente de amor, elogios y autoestima y que el divorcio echa por tierra o dificulta esa posibilidad, provocando en algunos casos el alejamiento y la abdicación parental.

Un dato que permite comprender la dimensión que adquiere el divorcio para muchos/as de quienes lo transitan lo brinda el hecho de saber que el divorcio y la separación conforman, luego de la muerte, los acontecimientos vitales más estresantes en la vida de las personas. Esta información surge del Inventario de acontecimientos vitales estresantes de Holmes-Rahe; se trata de una lista de 43 acontecimientos en la vida que pueden contribuir a que las personas desarrollen una enfermedad. Así comprendido se vuelve más verosímil la idea de acompañar a las familias en este proceso, que muchas veces es transitado sin orientación o asistencia.

Kyle Pruett (2001) señala que después del divorcio, los progenitores se sienten más inseguros acerca de cómo vincularse y conducirse con sus hijos/as y agrega que muchos hombres decentes se ven enredados entre la necesidad de mantenerse cerca de ellos/as y su deseo de huir de la vergüenza de un matrimonio fallido. Para Pruett, las circunstancias económicas y emocionales y el grado de apoyo o falta de apoyo por parte de amigos y familiares pueden reforzar o debilitar la decisión del padre y el compromiso con su hijo/a.

Es preciso comprender la noción de proceso que está implícita en el divorcio, puesto que ello permite al trabajador/a social adecuar su lectura interpretativa a las posibilidades y perspectivas que cada etapa supone para los miembros de la pareja y también para los hijos/as. Como proceso, el divorcio implica un tránsito complejo que parte muchas veces de la negación de los conflictos y se dirige hacia una elaboración y reorganización del proyecto vital de sus participantes.

En alusión a dicho recorrido, Carlos Díaz Usandivaras (1986) hace referencia a siete etapas en el proceso de divorcio:

1. Pre-ruptura: se inicia poco antes del divorcio, cuando se empieza a evaluar el divorcio como algo necesario. Se suelen encontrar esfuerzos por evitar este desenlace. Es frecuente la inclusión de los hijos en la problemática de la pareja, ya sea utilizándolos como aliados o razones para continuar. Un problema fundamental en esta etapa es la evaluación de la continuidad del matrimonio, si puede llegar a convertirse en divorcio destructivo o atentar contra la salud mental de algún miembro de la familia.
2. Ruptura: se acepta la incapacidad de resolver los conflictos maritales para seguir con la relación (no siempre es compartida). Es fundamental el reconocimiento de la inestabilidad que provoca el divorcio. Es poco frecuente que se acepte la responsabilidad en él, en muchas oportunidades se culpa al otro/a o a un tercero/a por la falta de cariño sin examinar sus propias responsabilidades en los problemas maritales, cuando en realidad no hay víctimas ni victimarios, ni culpables o inocentes. En esta etapa se necesita que ambos discriminen las funciones parentales de las maritales. Se presentan los arreglos legales sobre los hijos/as y bienes a repartir; la madre suele renunciar a los bienes y quedarse con sus hijos/as y el padre viceversa.
3. Familia conviviente uniparental: la característica es un acentuado apego del progenitor conviviente con sus hijos/as. Los riesgos que se corren son el aislamiento y encierro de los hijos/as y la primacía de las funciones nutritivas (contención emocional) por sobre las normativas (imposición de límites), pudiendo llevar a graves perturbaciones. Es muy importante que ambos/as reestablezcan las relaciones sociales y sexuales. Otra complicación en esta etapa es la vuelta a la familia de origen, principalmente cuando se necesita asistencia económica, pudiendo limitar la autoridad e intimidad.
4. Arreglo de pareja: una vez lograda la estabilización, aparece la posibilidad de volver a hacer un matrimonio. A pesar de que el foco está puesto en los hijos/as, no deben ser ellos/as quienes opinen y autoricen estas decisiones. Cada miembro de la pareja debe tener en cuenta que se une a otro/a con una historia determinada y un contexto que no se va a poder evitar.
5. Re-matrimonio: es muy importante que el re-matrimonio sea celebrado. Va a ser necesario que se establezcan nuevas reglas y una nueva organización jerárquica. Los hijos/as van a tener que responder a la autoridad de sus progenitores, y también a los/as cónyuges de éstos en el hogar. No es positivo el reemplazo de un progenitor por el nuevo cónyuge, salvo en determinadas ocasiones. La estabilización de esta familia reconstruida va a llevar aproximadamente dos años. Para los hijos/as esta etapa es difícil, ya que deberán acostumbrarse a vivir en dos hogares, con sus correspondientes reglas.

6. Familia reconstruida estabilizada: esto sucede cuando se han acordado las reglas familiares, hay una estructura clara y la familia se ha estabilizado. Pueden aparecer hijos/as de la nueva pareja. Esta aparición puede acarrear la sobreprotección de los hijos/as anteriores por miedo al abandono.
7. Destete de la pareja coparental: el divorcio definitivo, debido al crecimiento, madurez y autonomía de los hijos/as, es la consecuente disolución de la pareja parental -aparte de la marital, que ya se debería haber separado a esta altura del ciclo-.

DIVORCIO COMO CRISIS ACCIDENTAL O DIVORCIO DESTRUCTIVO

Hemos podido observar largamente que luego de la separación, el/la ex cónyuge muchas veces deja de ser llamado por su nombre; ya no es Gabriela, Roberto, Marta o Sebastián, sino “mi ex”, como si se intentara despersonalizarlo/a o se lo/a alejara emocionalmente al no asignársele no sólo un nombre sino tampoco un rol. Es habitual que el/la ex cónyuge sea llamado con apelativos extraños, siempre peyorativos (“el finado”, “la loca”, “aquél o aquélla”, “el/la que te dije”, “el muerto vivo”, “la señora”, “el otro”, “el/la innombrable”), situación que en algunas oportunidades trasciende a los hijos/as, quienes participan así y sin desearlo, de un proceso de descalificación que contribuye a desacreditar, también, al progenitor/a que agravia. Ello es así ya que lo que el niño/a aprende es que, si el padre o la madre hablan mal del otro progenitor/a, él/ella también podrá hacerlo. Y si sus comentarios no merecen reprobación, luego dirigirá sus palabras ofensivas hacia el progenitor/a ofensor, de quien hasta entonces parecía su aliado/a.

Una de las tareas de la evaluación pericial es establecer si el divorcio representa en cada caso una crisis accidental del ciclo vital (es decir un hecho no esperado, pero posible) o un divorcio destructivo. En el primer caso advertimos una interrupción del ciclo vital de la familia, que produce en el sistema familiar la clase de desequilibrio profundo que siempre se asocia con cambios, aumentos, pérdidas. En el divorcio destructivo, por el contrario, se mantiene la lucha al servicio de continuar unidos a través de la pelea y al servicio de mantener congelada una estructura del pasado (Glasserman, 1992).

En el “divorcio difícil” o “destructivo” se produce un agravamiento de las disputas, planteadas en términos irreconciliables y se ve considerablemente aumentado el nivel de stress de progenitores e hijos/as. Cuando este fenómeno avanza pueden producirse descuido y/o abdicación de las responsabilidades parentales y reclutamiento de los hijos/as en favor de uno de los/as progenitores, provocando la exclusión del otro/a progenitor/a.

Divorcio como posible etapa del ciclo vital	Divorcio destructivo
Cuidado de los hijos. Pelears y desacuerdos sólo en una primera fase. Dolor por las pérdidas. Intermediarios no litigantes (familiares, amigos) o ausencia de intermediarios. Poca involucración de miembros de las familias de origen. Límites claros. Reconocimiento de la propia responsabilidad.	Imposibilidad del cuidado de los hijos. Pelears permanentes. Necesidad de ganar y denigrar. Litigio permanente. Intermediarios litigantes. Contexto judicial. Sobreinvolucración de miembros de las familias de origen, hijos u otros. Límites difusos. Falta absoluta de reconocimiento de alguna responsabilidad. Búsqueda de culpables y “cómplices”.

En estos divorcios destructivos, los hijos/as pueden ser utilizados para cumplir roles diversos, ajenos a su posición en el grupo familiar y que los ubica en carácter de objeto post-conyugal.

Los principios a considerar en el tratamiento del divorcio difícil, según Isaacs, Montalvo y Abelsohn (1988) son cuatro:

- Centrar los esfuerzos de ambos progenitores para reorganizar las relaciones recíprocas y con los hijos/as.
- Dar prioridad al bienestar de los hijos/as.
- Tratar las realidades del divorcio: trabajar con subsistemas (padre-madre; padre-hijos; madre-hijos; hermanos; etc.), respetando las fronteras que provoca el divorcio y considerando que es posible trabajar con la familia como una “unidad dividida”.
- Controlar los encuentros de progenitores hostiles entre sí.

Dichos autores sostienen que la premisa en el tratamiento del divorcio difícil es que la función de la familia de brindar socialización y protección se puede mantener a pesar de la reorganización familiar, y que es posible adoptar conductas reparadoras. Desde esta óptica, el pronóstico de un grupo familiar puede formularse considerando cuál es la capacidad de los/as progenitores para hacer frente a los cambios.

Son objetivos en el trabajo con estas familias:

- Omnipartidismo: significa que el perito no persigue el interés individual de ninguna de las partes involucradas en el conflicto.
- Bienestar superior del niño/a: ésta es la meta que guía la intervención pericial.
- Evaluar alianzas y coaliciones en el sistema familiar.
- Evaluar los “enganches malignos”, generalmente entre los miembros de la pareja conyugal, que tienden a mantenerse unidos a través de la pelea.
- Entrevistar a la totalidad de miembros del grupo familiar, incluyendo a abuelos/as si conviven con los niños/as.
- Reforzar las potencialidades de los progenitores que les permita comprender aquellas capacidades conservadas para reorientar la vida familiar.
- Detectar situaciones de vulnerabilidad, principalmente en los niños/as.
- Tener cuidado con derivaciones masivas a tratamiento psicológico.
- Es necesario recordar que no todas las familias accederán a esta recomendación y que la misma debe surgir de una evaluación a cargo de especialistas en Psicología.
- Ayudar a los/as progenitores a conservar o recuperar su competencia parental.
- Tomar conciencia de los efectos negativos sobre los niños/as de la disputa conyugal, en razón de la mayor vulnerabilidad de éstos/as y su menor capacidad para reaccionar y recuperarse del stress.
- Co-responsabilizar a los/as progenitores por el estado de sus hijos/as.
- Mejorar su relación como progenitores.
- Percibir la diferencia entre conyugalidad y parentalidad.
- Establecer una alianza superior con los progenitores cuando éstos se encuentran preocupados por sus hijos/as.
- Contrarrestar la impresión de incompetencia de los progenitores a través del reconocimiento de los méritos.
- Incentivar el cambio de la situación actual valiéndose en la disposición de medios que los progenitores tienen para ayudar a sus hijos/as.
- Detectar las señales de alarma en niños/as y adolescentes.

EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS/AS

Las disposiciones en materia de cuidado personal de los hijos/as resultan de la aplicación del Código Civil y Comercial y de acuerdos entre los/as ex cónyuges, que pueden ser homologados por los magistrados/as.

El Capítulo 4 del título sobre Responsabilidad Parental del Código Civil y Comercial está destinado a los deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos/as, priorizando los acuerdos que los/as progenitores logren alcanzar tras la ruptura de la convivencia. A los fines de garantizar el principio de coparentalidad impuesto por el art. 18 de la Convención de los Derechos del Niño/a y la eliminación de todo privilegio de género para la asignación del cuidado de los hijos/as, el nuevo código suprime la expresión “tenencia” -hasta entonces utilizada- que ubicaba a niñas, niños y adolescentes como objetos de tutela y no como sujetos de derecho. Como sostiene Marisa Herrera (2015), el esquema clásico generaba dos figuras parentales: un progenitor a cargo del cuidado del hijo/a -“tenencia” material, pero que implicaba la asignación del ejercicio de la “patria potestad”-, y un régimen de comunicación, o “visitas”, a favor del otro/a. Aquel que ejerciera la tenencia se consolidaba como cuidador/a continuo/a y principal, y el otro/a progenitor/a, de tipo secundario, se veía relegado/a en su función a ciertos y cortos períodos de tiempo.

Como señala la autora, se elimina cualquier criterio basado en el género para resolver el lugar de residencia de los hijos/as, superando la inconstitucionalidad, por violación del principio de no discriminación, del anterior Código Civil, que disponía la preferencia legal materna en el ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos/as menores de cinco años. Para Herrera (2015) la “naturalización” de las tareas de cuidado en el ámbito de un género predeterminado (femenino) constituye una clara postura discriminatoria, carente de justificación racional.

Se denomina “cuidado personal” a los deberes y facultades de los/as progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo/a. Conforme Herrera (2015), el cuidado personal de los hijos/as es una derivación del ejercicio de la responsabilidad parental, acotada a la vida cotidiana del hijo/a. Ambos progenitores, por principio general, continúan ejerciendo la responsabilidad parental en forma compartida tras el divorcio, aunque el hijo/a permanezca bajo el cuidado personal, es decir que conviva efectivamente en forma principal con uno/a de ellos/as.

Cuando los/as progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo/a puede ser asumido por un/a progenitor o por ambos/as. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo/a pasa períodos de tiempo con cada uno/a de los/as progenitores, según la organización y posibilidades de la familia (de manera semejante a lo que se llamaba “tenencia compartida”). En el indistinto, el hijo/a reside de manera principal en el domicilio de uno/a de los/as progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado. Cualquiera de las modalidades de

cuidado personal no altera el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental que, en principio, se reconoce en pie de igualdad a ambos/as progenitores.

El Código Civil y Comercial establece que el juez/a debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo/a. Establece, además, que, en el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro/a tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo/a. En el supuesto excepcional en que el cuidado personal del hijo/a deba ser unipersonal, el juez/a debe ponderar: la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro; la edad del hijo/a; la opinión del hijo/a; el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo/a. El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente. En tanto, cada progenitor tiene el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo/a.

Los progenitores pueden presentar en el proceso de divorcio un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo/a, que contenga: lugar y tiempo en que el hijo/a permanece con cada progenitor; responsabilidades que cada uno/a asume; régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; régimen de relación y comunicación con el hijo/a cuando éste reside con el otro/a progenitor. Dicho plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los/as progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo/a en sus diferentes etapas, debiendo los/as progenitores procurar la participación del hijo/a en el plan de parentalidad y en su modificación.

Frente a la inexistencia de plan de parentalidad o si éste no ha sido homologado, el juez/a debe fijar el régimen de cuidado personal de los/as hijos/as y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo/a debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño/a o adolescente, no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

En supuestos de especial gravedad, el juez/a puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez/a debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en el Código. El guardador/a tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado/a para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

Las demandas por cuidado personal de los/as hijos/as constituyen el “infierno temido” de muchos/as progenitores/as, quienes a través del ataque y la amenaza

de pérdida de sus derechos ven materializadas sus fantasías más persecutorias: las de “perder a los/as hijos/as”. Cuando éstos/as son objetos post-conyugales en lugar de sujetos con derechos, muchas veces adquieren utilidad para sus progenitores/as, al asignársele nuevos roles. Son los más comunes:²⁰

Mensajero/a: se endilga al hijo/a la misión de llevar y traer información al ex cónyuge.

Aliado/a: búsqueda de alianzas con los/as hijos/as en contra del otro/a progenitor/a.

Espía: pedidos al hijo de obtener información de lo que ocurre en el hogar del otro/a progenitor/a.

Verdugo/a: utilización del hijo/a, a quien se responsabiliza de no querer ver al otro/a progenitor/a.

Juez/a: se brinda información al hijo/a acerca de la relación conyugal, con el objeto de lograr juicios del hijo/a acerca del otro/a progenitor/a.

Representante: comentarios a los/as hijos/as que alientan las semejanzas de éstos/as con el/la ex cónyuge.

Amigo/a: comentarios a los/as hijos/as referidos a la intimidad de los progenitores/as y que pretenden buscar su aprobación.

Protector/a: búsqueda y reclamo de apoyo en los/as hijos/as.

Testigo: expectativas hacia los/as hijos/as para que éstos confirmen la versión ofrecida por el/la progenitor/a.

Cobrador/a: utilización del hijo/a para reclamar el cobro de aportes alimentarios u otros.

Abogado/a: comentarios y actitudes del hijo/a tendientes a defender a alguno/a de sus progenitores/as frente a las críticas y acusaciones del otro/a.

Cónyuge: expectativas hacia los/as hijos/as para que se comporten como “el hombre/la mujer de la casa”.

Comando: pedidos a los/as hijos/as para que obtengan objetos en la casa del otro/a progenitor/a.

Cuando estas modalidades se cristalizan en la relación entre progenitores e hijos/as dan cuenta de situaciones de franca distorsión en el ejercicio de los roles paterno-filiales y en ocasiones también derivan en los fundamentos de los juicios de cuidado personal.

²⁰ Los tipos enunciados pertenecen a la Asociación Civil Nuevos Padres. Las descripciones han sido reformuladas por el autor para esta obra.

El reclamo por el cuidado personal de los/as hijos/as no constituye una petición unívoca sino que, en repetidas ocasiones, representa un cuadro por demás equívoco que merece ser decodificado a los fines de ajustar los objetivos de la intervención pericial a los intereses y necesidades de la familia y no a las posiciones.²¹ En efecto, muchas veces el reclamo por el cuidado personal de un niño/a obedece a la imperiosa necesidad de garantizar el contacto con el progenitor/a no conviviente y no al interés por modificar el régimen de cuidado personal. Se trata de “munición gruesa” lanzada contra el otro/a progenitor/a como un modo de averirlo/a a una discusión negociada. En razón de ello, es absolutamente indispensable centrar las estrategias, las tácticas, técnicas y logísticas profesionales a los reales propósitos reclamados en el juicio de cuidado personal. Ello implica establecer relaciones entre demanda-necesidad y/o posición-interés.

Este tipo de juicios configura escenarios de máxima rivalidad en los que predomina una fuerte y dramática lucha por el poder, donde los/as hijos/as pueden correr el riesgo de ser considerados el “botín de guerra”. Representan situaciones de marcada suplementariedad en las que, la mayoría de las veces, se advierte la dificultad/imposibilidad del ejercicio cooperativo de la función parental. Se trata de formas extremas de reciprocidad negativa en los que predomina la rigidez y que ha sido también denominado “*enganche maligno*”. Conforme Stierlin et al (1995) las partes se encuentran como en el *clinch* de un combate de boxeo, en el que los/as adversarios/as, mutuamente enganchados/as, están animados por el furor bélico. Así planteado, no extraña la mención de términos de guerra hasta aquí utilizados (botín, munición, ataque, aliado, espía, comando) que son resignificados y plenos de sentido.

En estos juicios, los/as trabajadores/as sociales son convocados/as a expedirse acerca de la mayor idoneidad de los/as progenitores/as en el ejercicio de sus responsabilidades, con vistas a determinar quién reúne las mejores condiciones para asumir el cuidado personal. Esta resolución determinará con quién habrá de convivir el hijo/a o los/as hijos/as, ya que el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto para los/as progenitores/as que conviven como para los que no, es, por regla, compartido entre ambos/as. Esto marca una diferencia con el anterior Código Civil, que establecía en cabeza de quien ejerciera la “tenencia”, el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio del derecho del otro/a de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación.

Resulta de vital importancia conocer –más allá de la realidad material y afectiva del hogar de cada uno de los progenitores-, cuál es el lugar asignado por cada progenitor al otro/a y cuál el grado de importancia que le asigna en la vida de los/as hijos/as. Conforme lo que sostienen Alday-Bratti-Nicolini (2002), existió una tendencia en el derecho de familia (que las autoras llamaron “axioma no escrito”) a otorgar por entonces la “tenencia” a aquel progenitor/a que asegurara la presencia del otro en la vida del hijo/a. Son estas condiciones y no la “cantidad de amor” que

²¹ Las nociones de posición, interés y necesidad son tratadas en el tema Mediación en el Cap. 8.

se le brinda al hijo (que en ocasiones incluso alcanza niveles de sobreprotección, a riesgo de la exclusión de uno/a de los/as progenitores/as) las que habrán de determinar quién está en mejores condiciones de asumir la tan importante misión del cuidado personal de los/as hijos/as. En igualdad de condiciones para asumir esta tarea y frente a la presencia de antecedentes de decisiones inconsultas acerca de importantes cuestiones referidas a la educación de los/as hijos/as ¿importan de manera excluyente los cuidados que un padre o una madre brinden a su hijo/a en su salud, su educación, su asistencia material, su recreación?; ¿no son acaso trascendentes para la formación de la personalidad de un niño o niña la integración en su universo emocional de sus dos linajes familiares?; ¿es suficiente para un niño, una niña o un adolescente que estén cubiertas sus necesidades, aunque la relación con el progenitor/a no conviviente no esté garantizada por el padre o madre conviviente? Estas son las preguntas que deberíamos formularnos cuando se trata de resolver el cuidado personal de los/as hijos/as.

Existen circunstancias en que la interposición de una demanda de cuidado personal responde a otros intereses que no son la atribución del hogar donde deben residir los hijos/as sino la necesidad de garantizar la comunicación con los hijos/as, la respuesta contraofensiva a un reclamo alimentario, el rechazo a la formación de una nueva pareja del progenitor/a conviviente, la propuesta para eludir las obligaciones alimentarias, etc. En tales ocasiones, insistimos, es indispensable expedirse respecto del tema principal, aunque dejando a salvo que no es el cuidado de los hijos/as la cuestión a resolver sino la suplementariedad en el ejercicio de la paternidad/maternidad, que se expresa a través de demandas que no responden a los verdaderos intereses de las partes. O como ya hemos señalado, decodificar “qué demanda la demanda”, realizando un análisis de los aspectos más implícitos que en ella se despliegan.

Cuando la demanda de cuidado personal responde a la presentación de hechos controvertidos que ponen en riesgo la salud psicofísica de los hijos/as y su desarrollo vital, deben sumarse a la realización de entrevistas con la totalidad de los miembros del grupo familiar, contactos con algunos miembros de la familia extensa e interconsultas con otros/as profesionales y/o instituciones vinculadas al problema en estudio. Las entrevistas con los hijos/as resultan indispensables, aunque ello no signifique delegar en ellos/as la responsabilidad de la decisión judicial. Resulta vital aportar los elementos necesarios que permitan una conclusión fundada y comprometida acerca del tema central, que evite rodeos y subterfugios, señale el temperamento a seguir y tienda a bloquear toda posibilidad de perpetuar los conflictos. Cuando los dictámenes periciales se tornan difusos, inasibles, inespecíficos, carentes de compromiso, sólo contribuyen a reforzar la crisis familiar y cristalizar los conflictos, haciéndolos dilemáticos. Cuando, en cambio, se hacen explícitas las cuestiones que siendo fundamentales se pretenden disimular o minimizar, cuando se exponen sin rodeos las causas principales de los conflictos, el trabajador/a social está contribuyendo al cambio y también asume una comprometida posición ético-política.

Otras veces, el conflicto en torno al cuidado personal de los/as hijos/as no se presenta de manera dilemática, sino que, problematizado, requiere de una solución que promueva el mayor bienestar de los/as hijos/as. Progenitores divorciados que se han nucleado en organizaciones de la sociedad civil, así como muchos litigantes en los ex juicios de “tenencia” y abogados patrocinantes proponían la “tenencia compartida” como una solución a sus reclamos por estimar que se trataba de un régimen que, básicamente, respetaba la igualdad en el ejercicio de los derechos. Sin embargo, es preciso destacar que este régimen especial de cuidado personal de los/as hijos/as -íntimamente vinculado en la actualidad a la modalidad de cuidado alternado-, requiere de condiciones pre-existentes que aseguren su cumplimiento. En este sentido, la mayoría de las opiniones (y principalmente el aprendizaje resultante de la práctica profesional) recomiendan que esta modalidad de cuidado personal de los/as hijos/as exige:

- Que el régimen se adecue a las características personales de los niños/as puesto que requiere de parte de éstos/as de una importante cuota de flexibilidad y tolerancia frente a los cambios.
- Que los progenitores mantengan un adecuado nivel de comunicación interpersonal que asegure la posibilidad de acuerdos y eventuales modificaciones.
- Que cada uno/a de los progenitores haya ejercido o esté dispuesto a ejercer activamente su función parental, como principal objetivo.
- Que exista cercanía entre los domicilios de ambos progenitores, de manera tal de garantizar al hijo/a o los hijos/as la continuidad de sus actividades cotidianas: escuela, amigos/as, salidas.
- Que los progenitores dispongan de condiciones económicas básicas que aseguren a los hijos/as similares condiciones materiales y ambientales como las previas al divorcio.
- Que los progenitores mantengan similares criterios respecto a pautas de conducta y educación que posibiliten la emisión de mensajes no contradictorios y/o suplementarios que puedan perturbar la inserción psicosocial de los/as niños/as.
- Que los progenitores estén dispuestos/as a asumir activa e independientemente los gastos derivados del cuidado personal alternado.

EL CUIDADO PERSONAL DE HIJOS/AS ADOLESCENTES

Vilma y Jorge están divorciados; tienen dos hijos: Carla, de 17 años y Rodrigo, de 15 años. Jorge ejerce un alto cargo empresarial con elevados ingresos; convive con su nueva pareja y con su hijo varón, desde que el joven así lo solicitara hace un

año. Jorge ha venido cubriendo hasta la fecha los gastos derivados de educación, psicoterapias, seguro médico, ropa y gastos generales de ambos hijos. Vilma vive con su hija; es empleada administrativa y obtiene un ingreso cinco veces menor que el de su ex esposo; ha sufrido estados depresivos que se alternaban con conductas rígidas y autoritarias en la relación con sus hijos.

Vilma solicita el cuidado personal de Rodrigo, demanda con la que no acuerdan sus dos hijos. Ambos hermanos mantienen una muy buena relación afectiva y también establecen una favorable relación con la pareja del padre. Rodrigo sólo pernocta en casa de su madre una vez a la semana y no desea estar más tiempo con ella. Carla espera que se resuelva el cuidado personal de su hermano, para luego decidir con quién habrá de vivir. Vilma se muestra muy afectada emocionalmente por la decisión de su hijo de vivir con el padre; tiene muy en claro que ése es el deseo y la decisión de Rodrigo, no obstante lo cual espera que regrese al hogar materno. Rodrigo se siente feliz viviendo en la casa paterna y mantiene con su madre una relación caracterizada por la falta de diálogo, las discusiones y peleas frecuentes; lo angustia la idea de retornar al hogar materno y reclama que se respete su decisión. Carla comparte la decisión de su hermano y cree que también ella habrá de vivir con su padre en el mediano plazo.

Vilma muestra una actitud comprensiva hacia la decisión de Rodrigo, pero teme que un cambio en el cuidado personal implique una mayor desvinculación de su hijo, sin poder advertir que ello no es razón suficiente para resolver sobre la cuestión central. El trabajo pericial se orientó a conocer las características del vínculo de los progenitores con sus hijos, por ser éste el tema principal a ser abordado y modificado, independientemente de con quién vivan los hijos. No obstante, por tratarse de hijos adolescentes, se impone aun con mayor rigor prestar debida atención a sus necesidades y elecciones, siempre que las mismas no atenten contra un adecuado desarrollo psicosocial.

La evaluación diagnóstica se orientó a destacar las notorias diferencias ocurridas en cada miembro de la pareja conyugal tras la separación, puntualizándose la actualidad que reviste en Vilma su crisis de divorcio, que fue significada como una severa pérdida de sus capacidades afectivas y económicas. Se señaló que la inclusión de Rodrigo en el hogar paterno responde a las necesidades del joven, y que su edad y sus circunstancias personales constituyen razones que hacen recomendable su convivencia con su progenitor. Se destacó que existe una adecuada integración al hogar del padre y un favorable desempeño de la función paterna, motivos que avalan la permanencia del joven en el hogar paterno. Se recomendó la importancia de profundizar en la dinámica vincular madre-hijo con el objeto de lograr un mayor acercamiento afectivo del joven hacia su madre, que los enriquezca mutuamente y evite la cristalización del conflicto actual. Se desestimó la idea de un retorno forzoso al hogar materno puesto que ello es someter a Rodrigo a condiciones adversas y generadoras de mayor crisis, al tiempo que se reforzó la idea de una revinculación con la madre, comprometiéndose a ambos progenitores

en el logro de tal propósito, adoptando las medidas necesarias, entre las que se recomendó una intervención psicoterapéutica familiar.

CUANDO EL CUIDADO PERSONAL ES DIVISIÓN DE BIENES

Marta y Alberto se unieron en la adolescencia a instancias de la fuerte necesidad de Marta de alejarse de su hogar de origen. Débilmente estructurada desde sus orígenes, la pareja atravesó serias carencias y llega a su ruptura tras sospechas y acusaciones mutuas de infidelidad. De la unión nacieron dos hijos: Gabriela y Emiliano, de 9 y 8 años de edad, quienes luego de la separación vivieron con la madre, hasta que ésta sufre un accidente que la obliga a permanecer en reposo. Marta y Alberto acuerdan que los niños vivan con el padre, transitoriamente y hasta tanto Marta logre su recuperación. Luego de varios meses, Emiliano es restituido al hogar materno puesto que reclamaba por su madre. Alberto decide no restituir a la niña, aduciendo que la pequeña no quería vivir con su madre y que no era bien tratada por ella. A este hecho se sucede un período de desvinculación de un año, en que cada uno de los progenitores no mantiene contacto con su hijo/a no conviviente, aduciendo razones de escasa consistencia y verosimilitud.

Al momento de la demanda ambas partes han conformado nuevas parejas con convivencia, estableciendo sus respectivos parejas muy favorables relaciones con el niño o niña que con ellos reside. Gabriela no desea visitar a su madre, repitiendo argumentos escuchados de su padre, entre los que menciona haber sido abandonada y descuidar sus necesidades. Su dibujo de la familia omite la figura de su madre y en su lugar ubica a la pareja de su padre. Emiliano tampoco dibuja su familia sino la de su tía, modificando de manera reiterada el dibujo a través del borrado.

Al realizarse la pericia, el régimen de comunicación se lleva a cabo una hora por semana, en la puerta de la casa paterna ya que Alberto no permite que Gabriela visite la casa de su madre.

La evaluación diagnóstica destacó la decisión unilateral de Alberto de no restituir a su hija al hogar materno y la actitud pasiva de Marta frente a este hecho, situación que alude a la rígida complementariedad entre ambos en el ejercicio de la función parental. Se puso de relieve el acuerdo implícito realizado por los progenitores a través del “reparto de hijos” y la renuncia resignada al hijo/a no conviviente, lo que provocó un progresivo distanciamiento de los hijos entre sí y con su progenitor no conviviente. Se aludió a la necesidad de evitar que Alberto repitiera su historia como hijo abandonado por su padre, apoyándose en su capacidad afectiva para desempeñar tareas de sostén como las que ejerce con su hija y los hijos de su pareja.

Respecto al tema central de litigio se hizo hincapié en que ambos jóvenes han fortalecido los vínculos con el progenitor afín conviviente, desempeñando éstos francas funciones parentales respecto de aquéllos, situación que torna extrema-

damente complejo el proyecto de un cambio en el cuidado personal. Se puntualizó que el momento en que el cambio de cuidado personal es planteado no responde estrictamente a las necesidades de los hijos/as, sino a otras cuestiones no debidamente explicitadas y que estarían vinculadas a temáticas no resueltas por los integrantes de la ex pareja, las que operarían como movilizadoras del desencuentro, la disidencia y la pelea. Asimismo, se reafirmó que un cambio en el régimen de cuidado personal supone la realización de un previo proceso de progresiva adaptación, planteándose como mucho más urgente y necesario implementar un dispositivo de comunicación que haga posible la continuidad del vínculo parento-filial y fraterno, cuestión que parece ser comprendida por los progenitores. También se indicó que el actual dispositivo de comunicación resulta inadecuado para las necesidades de los hijos, por lo que urge corregirlo y ampliarlo, sugiriéndose que cada adolescente visite el hogar del progenitor no conviviente cada quince días y durante un fin de semana completo, garantizándose así el encuentro de los hermanos durante todos los fines de semana. Se alertó sobre la responsabilidad de los progenitores en generar las condiciones que posibiliten el encuentro con el otro progenitor/a, garantizando a los niños la libertad y el derecho de crecer junto a ambos. Finalmente, y en razón de la disponibilidad de ambos progenitores, se propuso implementar entrevistas familiares que permitan abordar los obstáculos y establecer acuerdos negociados que promuevan el óptimo desarrollo psicosocial del grupo familiar.

“LLEVATE LOS CHICOS, CON VOS VAN A ESTAR BIEN”

Lucía y Miguel están divorciados y tienen dos hijos: Marcos y Daniel, de 8 y 5 años de edad. A pocos meses de producida la separación matrimonial, Lucía se trasladó con sus hijos a la provincia de Mendoza, residiendo en el medio rural durante algo más de tres años. Durante este período, Miguel visitaba mensualmente a sus hijos y les brindaba asistencia económica regular. Lucía mantuvo tres uniones convivenciales posteriores a su separación, todas de características conflictivas. Este episodio, sumado a la falta de asistencia médica de los niños operó como desencadenante de la preocupación paterna. Ante el pedido de Miguel que Lucía regrese a Buenos Aires, ella le propone que los niños vivan con él, lo que así se concreta. Lucía visitó mensualmente a sus hijos en el hogar paterno y tres meses después del cambio de domicilio de los niños vuelve a reclamar el cuidado personal de los mismos. Es entonces cuando Miguel informa a Lucía la necesidad de ordenar legalmente el régimen de comunicación con los niños, denunciando más tarde la amenaza materna de “no ver más a los chicos”, razón por la cual presenta la demanda de cuidado personal, propósito que hasta entonces no se había formulado como necesario. Lucía no contesta la demanda ni la propuesta del perito de entrevistarla en Buenos Aires.

Miguel insiste en la necesidad de asegurar el contacto de los niños con su madre y en todo momento propone obrar con prudencia puesto que teme provocar el alejamiento total de Lucía y que los niños se vean privados de su madre. Miguel

vive con sus hijos; recibe la intensa colaboración de sus progenitores y de una empleada para la atención de los niños en su ausencia. Mantiene una relación de noviazgo; tiene una inserción laboral estable y sus ingresos permiten una amplia cobertura de las necesidades de los niños. La interconsulta realizada en la escuela donde concurren los niños da cuenta de una inserción favorable; se trata de niños sanos, satisfactoriamente asistidos en sus necesidades psicofísicas y sociales, no haciéndose evidentes a partir de los contactos establecidos con ellos la presencia de situaciones de conflicto.

La evaluación diagnóstica destacó que el vínculo paterno-filial ha tenido características estables antes de la sustanciación de la demanda judicial, hecho que hace posible la permanencia de los niños en el hogar paterno. Se destacó la genuina preocupación paterna por propiciar y promover un encuentro de los niños con la madre, circunstancia que da cuenta, junto a los antecedentes referidos al desempeño paterno posterior a la separación, del comprometido y responsable ejercicio de la función parental en Miguel. Finalmente se recomendó el otorgamiento del cuidado personal a favor del padre, sugiriéndose como altamente recomendable el contacto regular de los niños con su madre, aunque de manera organizada, a fin de promover en ellos estabilidad y seguridad emocional.

RÉGIMEN DE RELACIÓN Y COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS/AS

Quizá el régimen de comunicación (antes llamado “régimen de visitas”) constituya, de entre los habituales conflictos que el divorcio difícil puede generar, una de las más dramáticas situaciones que progenitores, hijos/as y operadores/as judiciales deben enfrentar cuando reina el desacuerdo y el enfrentamiento. El mayor obstáculo radica tal vez en la dificultad y/o imposibilidad de los progenitores para garantizar al otro/a su derecho de participar en la vida del niño/a, y a éste/a, el derecho de un libre contacto con ambos linajes. Los/as ex-cónyuges libran una batalla de acusaciones y reproches -por lo general recíprocos- y muchas veces los/as hijos/as ocupan el lugar de monedas de intercambio, desatendiéndose sus necesidades y sus derechos.

La práctica judicial muestra cómo muchos hombres y mujeres disponen autoritariamente sobre los derechos de sus hijos/as, incurriendo en francos incumplimientos de su función parental y sometiendo a los/as niños/as a los vaivenes de una pelea que nunca debiera involucrarlos/as. Mientras el poder de algunos varones se despliega en una restricción del aporte alimentario -que en ocasiones llega a ser total-, ciertas mujeres se aferran a sus hijos/as como pertenencias, aislándolos/as del padre. En ambos casos, resulta notorio que los/as hijos/as terminan ocupando un descalificado lugar, cosificándoselos/as y restringiéndoseles seriamente sus posibilidades de desarrollo.

Es todavía muy frecuente que se interprete el régimen de comunicación exclusivamente como un derecho de los progenitores respecto de sus hijos/as. No sólo los progenitores así suelen entenderlo, sino también muchos abogados/as y una parte de los/as operadores/as judiciales –sea cual fuere el cargo que ocupen-. Sin embargo, la ley ha sabido recoger que el derecho de relación y comunicación le es inherente al niño/a, en tanto que para los/as progenitores también representa un deber, cuyo incumplimiento podría en ocasiones ser sancionado penalmente. En efecto, la Ley 24.270,²² complementaria del Código Penal, sancionada el 3-11-93 incorpora como delito la obstrucción o el impedimento en el contacto de menores de edad con sus progenitores no convivientes en una fórmula que dice en su Artículo 1°

“Será reprimido con prisión de un mes a un año el padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus progenitores no convivientes. Si se tratare de un menor de 10 años o de un discapacitado, la pena será de seis meses a 3 años de prisión”.

No obstante, son escasas las sentencias condenatorias que se conocen por la comisión de este delito, que en ocasiones adquiere características espectacularmente dramáticas.

La mudanza de domicilio de un/a niño/a sin autorización judicial, realizada para impedir el contacto de éste/a con el progenitor/a no conviviente hace incurso al progenitor/a conviviente o tercero responsable en las mismas penas. Si la mudanza es al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esa autorización, las penas se elevan. Esta ley ha sido incorporada al art. 72 del Código Penal -acciones dependientes de instancia privada- y ordena a los jueces disponer los medios necesarios para reestablecer el contacto del niño/a con sus progenitores y, de ser procedente, fijar un régimen de comunicación provisorio o hacer cumplir el establecido, debiendo remitir los antecedentes a la justicia civil.

La designación de trabajadores/as sociales en las causas donde el régimen de comunicación es motivo central de conflicto suele acompañarse de la expectativa de jueces y otros funcionarios judiciales de ejercer alguna forma de control, límite y censura en el comportamiento de progenitores incumplidores. Muchas veces se recurre a los trabajadores/as sociales con el anhelo o la convicción de reestablecer un orden perdido o vituperado por los integrantes del sistema familiar. El trabajador/a social puede abordar el caso con la fantasía omnipotente de resolverlo, expectativa que resulta de asumir el rol adjudicado de salvador/a.

Algunos/as jueces han sabido comprender que existen otros medios para garantizar el cumplimiento de la ley sin esperar que esa función sea desempeñada por profesionales del Trabajo Social. Cuando la intervención del trabajador/a social está orientada a evaluar los vínculos dentro de una organización familiar y acom-

²² Su texto puede ser consultado en el Anexo de esta obra.

pañar a la familia a reorganizar su dinámica atendiendo a las necesidades de todos sus miembros, es más posible operar para el cambio. Controlar, hacer cumplir la ley, garantizar el derecho de uno de los progenitores, etc. lleva implícita una tarea de carácter parcial y equívoca que no produce transformaciones sustanciales en el sistema familiar, al tiempo que posiciona a los/as trabajadores/as sociales en un rol más vinculado a la resistencia al cambio que al proyecto transformador.

Siempre he pensado que una intervención orientada a conocer la historia y dinámica familiar y unos pocos encuentros asistidos que permitan observar en acción las características de la relación entre el progenitor/a no conviviente y sus hijos/as, puede ofrecer los elementos necesarios para elaborar un pronto diagnóstico de la situación familiar. Sobre la base de éste, los/as jueces podrían adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho de relación y comunicación de los hijos/as. Por supuesto que existen algunas excepciones que hacen necesaria una intervención más directiva que posibilite el restablecimiento de las relaciones entre progenitores no convivientes y sus hijos/as, aunque ello debería estar siempre precedido de una evaluación familiar, con la que no siempre contamos cuando se solicita la intervención profesional en regímenes de relación y comunicación. En efecto, no pocas veces constatamos que se solicita la supervisión de un régimen de relación y comunicación en casos en que no se ha realizado una evaluación socio-familiar. Limitar la acción profesional a aquel acto de control puede producir una intervención desacertada y, en algunas ocasiones, reforzar las situaciones de conflicto o exclusión.

Supervisar un régimen de relación y comunicación requiere conocer los antecedentes del conflicto y la posición que cada uno de los integrantes del grupo familiar adopta frente al mismo. Si esa evaluación no existe, es posible realizarla durante la supervisión misma, de modo que el primer informe -de ser posible- dé cuenta de un modo más acabado e integral, de las características del conflicto.

La presencia de un/a tercero/a ajeno/a a la relación parento-filial e, incluso, desconocido/a para progenitores e hijos/as representa un ruido en el proceso de comunicación que es preciso silenciar a su mínima expresión. Es indudable que ese tercero/a ajeno/a existe y que es imposible ocultar su presencia; se trata de lograr el menor grado de intervención activa que haga posible que ese ámbito de encuentro sea protagonizado por los/as verdaderos/as actores de la situación, el progenitor/a y sus hijos/as. Si bien es esperable y atendible que los/as trabajadores/as sociales abordemos junto al progenitor/a no conviviente aquellas cuestiones que hacen a su desempeño parental y que pueden obstruir su relación con los hijos/as, no deberíamos dejarnos seducir por la fantasía de realizar un acompañamiento terapéutico que, en esencia, no prescribe nuestro rol. Claro que en este tipo de intervenciones se despliega una actividad educativa y orientadora, pero es preciso tener siempre presente el contexto en que nuestra práctica se desarrolla para delimitar la intervención y no prolongarla más allá de lo estrictamente necesario y conveniente. Progenitores e hijos/as deben disponer de la libertad de desplegar

sus vínculos y relaciones en un marco de intimidad que haga posible el fortalecimiento de la díada, siempre que las condiciones lo permitan. En otras ocasiones las presunciones de conducta violenta contra los niños/as harán necesario un rol más activo que preserve a los hijos/as de nuevas inconductas en el comportamiento parental.

La mayor “invisibilidad” de la figura del trabajador/a social podrá facilitar que ese ámbito de encuentro sea aprovechado por sus verdaderos destinatarios. Muchos hombres y mujeres, ansiosos de disponer de alguien que los escuche, suelen confundir ese momento -que está destinado a ser compartido con los hijos/as- esperando mantener prolongadas conversaciones con el/la perito para recibir su asesoramiento. Es por ello que, así como suele decirse que “el buen observador de un grupo es aquel que luego puede ser olvidado por sus integrantes”, el/la perito cuando interviene en encuentros asistidos deberá ubicarse en una posición de relativa prescindencia, reservando para un momento posterior las intervenciones o señalamientos que crea conveniente realizar.

En ocasiones, la conducta pasiva de algunos progenitores con sus hijos/as despierta en el operador/a fuertes deseos de intervenir activamente, como un medio de garantizar el éxito de ese encuentro, sobre el que existen muchas veces miradas censoras o que impulsan el desaliento, provenientes del progenitor/a conviviente. Es muy importante que el/la operador/a pueda registrar y reconocer esos impulsos, postergando su respuesta -estructura de demora- de modo de poder comprender que ese espacio no le pertenece y que será el padre o la madre no conviviente quien habrá de determinar qué relación establecerá con sus hijos. Obviamente, las mejores intenciones del perito no determinarán la relación entre progenitores e hijos, que abarcan un amplio abanico de posibilidades. Es absolutamente indispensable respetar la modalidad de cada progenitor -siempre que no resulte lesiva de la integridad de los niños/as-, puesto que, además, será ésa, muy probablemente, la característica que predominará en la relación paterno-filial cuando la intervención del perito haya cesado.

La justicia también ha sabido recoger los aportes realizados por los/as trabajadores/as sociales en el sentido de evitar intromisiones perjudiciales en torno a la relación entre progenitores e hijos/as. En el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la Resolución 164/87 excluyó de entre las tareas de los/as peritos trabajadores/as sociales oficiales (dependientes de la Dirección General de Asesorías Periciales de la SCJBA) la supervisión de “regímenes de visitas” por entender que no sólo se trataba de una tarea eminentemente asistencial que excedía la labor pericial en el marco de las funciones específicamente atribuidas por Acuerdo 1793/78, sino que además dicha tarea “... aparece como una función de vigilancia que impide que se desarrolle una relación materno o paterno-filial espontánea y auténtica, desvirtuando así la tarea técnica”. En aquellos casos en que la intervención del trabajador/a social fuera indispensable, la SCJBA ordenó que se recurriera a los/as peritos inscriptos en las listas de cada departamento judicial. Va de suyo –aunque es neces-

rio decirlo- que la misma fundamentación debería ser aplicada cuando interviene un/a perito de oficio, puesto que de lo contrario sólo quedan desafectados/as los/as peritos oficiales, delegándose en los de oficio la misma y cuestionable responsabilidad.

Existe jurisprudencia que ha sostenido la inconveniencia de incluir un tercero ajeno a la familia en los encuentros que se realizan entre los/as hijos/as y sus progenitores por entender que las *visitas “vigiladas”*²³ convierten a los progenitores en seres extraños de quienes hay que desconfiar o temer. También se ha entendido que tal modalidad importa una restricción al derecho de comunicación, pues se trababa la relación parento-filial al desaparecer el ámbito de naturalidad indispensable en el trato. Pero ocurre que, en casos complejos donde la comunicación está obstruida, los/as jueces encuentran en los/as trabajadores/as sociales un recurso para allanar los conflictos, en lugar de adoptar las medidas que la ley autoriza frente a los incumplimientos.

La intervención profesional frente a estas situaciones, inicialmente, debería estar reservada exclusivamente a problemáticas excepcionales en las que se advierte vulneración y/o sospecha de riesgo para el niño/a o adolescente. Asimismo, se debe partir de un conocimiento del problema que permita elaborar las primeras hipótesis y sirva de base para planificar los encuentros. Resulta inadmisibles que se nos convoque exclusivamente para el momento en que los encuentros están siendo obstaculizados y como garantes del cumplimiento de la ley. Es necesario proponer un período de evaluación diagnóstica que preceda la supervisión de los encuentros, los que deberían realizarse en un plazo muy acotado de tiempo (no superior a dos meses). Dicha evaluación preliminar debería ser exigible puesto que ningún régimen de relación y comunicación puede ser una decisión legal y unilateral adoptada en un juzgado, desconociéndose las características de los vínculos y la conveniencia o no de esa medida. Así lo han entendido un grupo de colegas que junto a otros profesionales del juzgado (jueza, secretario) han publicado un trabajo que aborda este tema.²⁴

Nuestro compromiso también radica en destacar en cada informe la inconveniencia de mantener encuentros supervisados cuando la situación no reúne las condiciones para su puesta en práctica. Imponer a los/as hijos/as encuentros contra su voluntad –es decir cuando resulta de una libre elección y no el efecto de la manipulación del progenitor conviviente- sólo atenta contra el bienestar de aquéllos. Los encuentros no pueden constituir un espacio para desacreditar al progenitor/a y contribuir así a aumentar la virulencia en los vínculos intrafamiliares.

²³ Aunque la denominación correcta –en aquel momento- era “visitas supervisadas” o “visitas asistidas”, la expresión “vigiladas” daba cuenta cabalmente del propósito que con ellas se perseguía.

²⁴ “Régimen de visitas asistido: ¿laberinto sin salida o intervención en la encrucijada?”. Autores: Rosa M. Enrich, Marta Fernández, Monica Martínez, Graciela Nicolini, Graciela Varela, Hector Pena y Bibiana Travi. Derecho de Familia. Rev. Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia N° 41. Abeledo Perrot. Nov-Dic. 2008.

El Poder Judicial de la provincia de Córdoba creó en el año 2000 –por medio de un acuerdo reglamentario- el Servicio de Asistencia de Regímenes de Visitas Controlados (SARVIC), con el fin de disponer de un espacio y ambiente adecuados y estructurado en forma tal que facilite los encuentros entre los niños/as y sus progenitores, encontrar soluciones diferentes y adecuadas al restablecimiento normal del vínculo paterno-filial afectado.²⁵ Dicho servicio prestó su asistencia a los Fueros Penal, Menores (hoy Niñez, Juventud y Violencia Familiar) y de Familia de la Ciudad de Córdoba. En la actualidad y en razón de las modificaciones normativas en materia de Familia, basándose en la protección de la persona humana a través de Derechos Humanos conforme los principios de igualdad y autonomía, cambió su denominación por Equipo Técnico de Intervención en Regímenes Comunicacionales (ETIRC). Depende de la Dirección de Servicios Judiciales, incluyendo al equipo técnico –conformado por trabajadoras sociales y psicólogas- como auxiliares de la magistratura. Este servicio pondera la responsabilidad parental en la inclusión de la co-parentalidad, así como sitúa el interés superior del niño/a y la relevancia que reviste la presencia de los diferentes referentes parentales como centro de vida.

El cambio de denominación modifica la mirada del viejo paradigma centrado en el “control” y el valor periférico que la anterior normativa confería al progenitor no conviviente, resignificando las funciones del equipo técnico y asignando desde la intervención el carácter de sujeto de derecho a todos los miembros familiares en aquellos casos donde la crisis familiar impacta en la resolución del régimen comunicacional.

El ETIRC ha sido previsto como un espacio técnico-profesional donde efectivizar y/o evaluar los encuentros de una familia en crisis o con dificultades, en cuyo proceso de ruptura, el impacto se ha reflejado en la comunicación con referentes parentales no convivientes. La función principal del equipo es producir los informes y realizar las actividades que le encomienden los miembros de la Magistratura de Familia y en las que resulte necesaria la evaluación de posibilidades vinculares de familias en conflicto, con utilización o no del dispositivo Cámara Gesell, por un lapso de tiempo transitorio y acotado, no mayor a sesenta días. La solicitud de intervención de la magistratura puede estar dirigida a un acompañamiento vincular comunicacional con desarrollo de encuentros entre hijos/as y progenitores no convivientes en sede, durante ocho encuentros, que se concretan una hora una vez por semana, o con la modalidad de retiros-reintegros desde la sede judicial.

Se trata de intervenir interdisciplinariamente en aquellas situaciones donde resulta de importancia relevar los efectos que las crisis y rupturas familiares producen en el vínculo parento-filial en el adecuado ejercicio de la coparentalidad. En los procesos intrafamiliares se producen, entre otros aspectos, movimientos y reacomodaciones de funciones y posiciones parentales, pudiendo los niños/as ser testigos y partícipes de innumerables conflictivas y problemáticas -violencia familiar, aleja-

²⁵ Agradezco a la Lic. Marcela Córdoba la información actualizada sobre este dispositivo de intervención.

mientos de referentes familiares no convivientes, adultización, parentalización del discurso, abuso sexual, abuso emocional y físico, etc.-. En estas circunstancias, el espacio de encuentros dispuestos en sede judicial, con utilización del dispositivo Cámara Gesell permite al acompañamiento técnico considerando la intervención de forma transitoria, debiendo promover la búsqueda de acciones de ambos progenitores tendientes al ejercicio autónomo de la parentalidad y co-parentalidad, evitando la exposición y asistencia innecesaria de los niños/as a sede del Tribunal.

Se busca así amortiguar el impacto de riesgo emocional de un modo preventivo, a fin de preservar al niño/a y/o adolescente, actuando como facilitador y nexo de la interacción vincular, sujeto a las características de cada grupo familiar. Durante el encuadre de la intervención técnica se promueve la puesta en palabras de las situaciones del conflicto que involucra a los niños/as, favoreciendo durante el proceso interaccional vincular la reformulación de la crisis familiar y el esclarecimiento de la conflictiva.

El Equipo Técnico acompaña y orienta a los niños/as y a sus referentes en el régimen comunicacional. Durante el tiempo de intervención, se pueden efectivizar diferentes acciones profesionales (entrevistas disciplinarias e interdisciplinarias, en sede del tribunal y domiciliarias, con niños, con referentes familiares convivientes y red familiar afectiva, con otros profesionales e instituciones intervinientes, etc.). Ello, en vistas a producir y remitir un informe con evaluación y propuesta de la posibilidad o no de un régimen comunicacional parento-filial, y en su caso la modalidad a desarrollarse en función de la disponibilidad de recursos familiares valorados en promoción a la mejora de los sistemas de relaciones y comunicación, conforme al interés superior del niño/a y/o adolescente, la autonomía progresiva y el derecho del niño/a a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta conforme edad y grado de madurez.

EL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN Y LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS

Es habitual escuchar a los progenitores no convivientes relatar cambios favorables que se van produciendo en sus hijos/as a nivel adaptativo a medida que transcurre la permanencia del niño/a en su casa durante los encuentros. Los niños/as pueden pasar de una actitud de aparente apatía inicial cuando se despiden del progenitor/a conviviente (habitualmente la madre) a una franca integración al hogar del progenitor/a no conviviente. En casos extremos se producen reacciones psicósomáticas antes, durante o después de la visita, que suelen ser interpretadas como síntoma de rechazo por parte del niño/a. Estos síntomas -que sí dicen algo a ser descifrado- pueden ser utilizados por los/as progenitores en su propio beneficio. Evidentemente resulta difícil abstraerse a un niño/a que tiene dolor de cabeza o está vomitando cuando su padre o su madre lo vienen a buscar. Si bien se trata de situaciones no habituales, se pueden constatar estos episodios cuando el deterioro comunicacional entre los progenitores es marcado. Por supuesto que no existe

una regla que indique cómo proceder en tales casos; sin embargo, tratándose de síntomas menores éstos no debieran ser un obstáculo para el cumplimiento de los encuentros supervisados, en tanto exista capacidad parental para atender tales emergencias.

Acerca de estas reacciones psicosomáticas, la psicoanalista Françoise Dolto (1991) ha señalado que se trata de un lenguaje que se expresa corporalmente, asegurando que no constituye en general una señal que merezca preocupación. Sostiene esta autora que en tales circunstancias los vómitos expresan la incapacidad del niño/a para integrar en su interior a una mamá y un papá –hoy podríamos decir también a dos papás o dos mamás- que, juntos/as, pueden estallar en guerra. Vaciar el estómago es, entonces, una forma de eliminar inconscientemente a un progenitor/a para poder incorporar al otro/a. En opinión de esta autora, las respuestas psicosomáticas que los niños/as manifiestan (vómitos, dolores de cabeza, fiebre, etc.) son un lenguaje a descifrar, una expresión del cuerpo que la palabra no puede formular y que por lo general no representan una señal preocupante. Tales síntomas, dice, no son atribuibles a las personas en concreto sino a la peculiaridad de la situación, aunque a menudo se los interprete como el rechazo del niño al encuentro con el otro progenitor/a.

Dolto ha señalado la importancia que reviste para los hijos/a el contacto con sus linajes paterno y materno (hoy agregaríamos con sus dos linajes, cualquiera sea la forma que revisten), puesto que ello lo integra en una historia, una lengua y una cultura. En su opinión, la desaparición de uno de los linajes (lo llama el “progenitor/a discontinuo”) parece no dejar secuelas durante la infancia, aunque se paga siempre muy caro cuando los hijos/as son a su vez progenitores.

Esta prestigiosa psicoanalista ha sostenido la importancia de cumplir con los regímenes de comunicación, proponiendo la creación de lugares neutrales donde los niños/as permanezcan esperando a sus progenitores para el encuentro, sin la presencia de sus madres (tarea que podía desarrollarse en lugares que denominó “La Casa Verde”),²⁶ como un modo de transmitir la importancia del cumplimiento de las leyes.

Aunque en la práctica resulte difícil obtener el consentimiento del progenitor conviviente para que el encuentro se lleve a cabo, es importante considerar estos aportes teóricos puesto que amplían la mirada y asignan sentido a lo que suele presentarse como un hecho evidente, naturalizado y socialmente incuestionable como es afirmar que “el nene/la nena está enfermo/a”.

Pruett (2001) aclara que la presencia del padre en la psique de la madre (el padre-en-la-madre)²⁷ afecta la forma en que la madre promueve o desalienta la relación del padre con el hijo, y que la significación y el sentido que para la madre

²⁶ La Casa Verde fue fundada por Dolto en 1979 como centro para la educación y la socialización de niños entre 0 y 4 años. El éxito de esta iniciativa la llevó a abrir diversos centros similares en Europa y Latinoamérica.

²⁷ Deberíamos agregar: el padre-en-el-padre o la madre-en-la madre.

tenga la transacción padre-hijo resultará de enormes consecuencias para los hijos/as y para el acceso que tendrán a su padre. Es en razón de esta afirmación que tantas veces los/as trabajadores/as sociales sugerimos a las madres que alienten el encuentro de sus hijos/as con el padre, facilitando la relación y transmitiéndoles que los regímenes de comunicación están pensados para ser cumplidos, muy a pesar de las pequeñas insatisfacciones referidas por los/as hijos/as. Como dice Pruett (2001): *“lo que convierte a un hombre en padre es la madre y lo que piensan y sienten las mujeres sobre los hombres con quienes tienen hijos modela muy fuerte las oportunidades de desempeñarse como progenitores”*. O como sostiene F. Dolto: *“conviene que la madre le hable del padre ausente a fin de que éste continúe existiendo en la palabra de la madre”* (1993).²⁸

Cuando la relación de los hijos con el padre no resulta de la aprobación del otro/a progenitor/a (excluimos aquellos casos en que tal reprobación está fundada en hechos que ciertamente ponen en riesgo la vida y desarrollo de los hijos/as), resulta muy frecuente que se ejerza un control –generalmente materno- sobre el comportamiento del padre, que sólo tiende a debilitar su ejercicio y promover su hostilidad o dependencia. Estas interferencias en los encuentros pueden provocar un progresivo distanciamiento del progenitor no conviviente y la consecuente sobreinvolucración materna que conducirá, más tarde, a una apropiación del hijo/a. No desconocemos, claro está, la existencia de muchos progenitores que encuentran en estas condiciones la “vía reggia” para justificar su inacción y su falta de compromiso en el ejercicio de sus funciones parentales. Aquello que queremos destacar es que sólo una activa y sostenida participación de los progenitores en todos los aspectos inherentes a la vida de los hijos/as puede promover el desarrollo de progenitores responsables. Cuando esto ocurre, aumentan considerablemente las posibilidades de una relación parento-filial satisfactoria para ambos integrantes de la díada. Pruett (2001) ha señalado que existen evidencias de que es mucho menos probable que los hombres que se sienten comprometidos en la vida de sus hijos/as dejen de apoyarlos/as después del divorcio.

Nicolini, Enrich B., Fernández y Martínez (2011) exploran la temática de los regímenes de relación y comunicación a partir de la intervención y la investigación, intentando problematizar esta práctica profesional. Señalan las autoras que el acceso a los datos de la investigación permitió asumir otra percepción de la situación, lo que da cuenta de un correcto posicionamiento que como investigadores debemos asumir frente al objeto de estudio, para no concluir en resultados auto-cumplidos, permitiéndonos también ser interpelados en nuestras prenociones. Las colegas se proponen transformar la sensación de laberinto sin salida del régimen de relación y comunicación, en una encrucijada de afrontamiento exitoso.

Es necesario recordar que, en tanto pericia, el carácter de la intervención en los regímenes de relación y comunicación debe ser diagnóstico. La dimensión asistencial que se despliega en ella la ubica, sin embargo, en un tipo especial de in-

²⁸ Estas expresiones merecen ser ampliadas a la luz de los avances en materia de homoparentalidad.

intervención pericial, cuestión que amerita profundizar sobre sus alcances, límites y posibilidades. Recordar el carácter esencialmente evaluativo de toda pericia parece constituir la vía idónea para evitar un uso distorsionado de este recurso técnico y procesal.

Otro aspecto necesario de ser pensado es la dimensión ética de la intervención pericial y en particular, la de los regímenes de relación y comunicación. Es preciso asumir la responsabilidad resultante de una designación pericial y desarrollar la tarea profesional con alto sentido ético, lo que supone posicionarse claramente frente a los progenitores/as y frente a funcionarios y magistrados, diciendo y haciendo aquello que corresponde, más allá de eventuales inconveniencias. No es ésta una tarea sencilla, ni necesariamente placentera y no es posible buscar en ella gratificaciones inmediatas. Tampoco es un trabajo fácil por el que podamos ser siempre reconocidos/as; la dinámica de este conflicto implicará muchas veces ocupar un lugar persecutorio para alguno o para ambos progenitores.

Es indispensable distinguir las categorías de conyugalidad y parentalidad, puesto que de su confusión resultan muchos de los conflictos abordados en la justicia, en los que el régimen de relación y comunicación no es sino uno de ellos. Y si se trata de un tema con visos de dramatismo psicosocial es porque la interrupción en el libre contacto que un niño o una niña deben mantener con su progenitor/a no conviviente representa en la mayoría de los casos una vulneración de sus derechos. De allí resulta tan atinada la necesidad de definir el derecho de relación y comunicación también como un deber de los adultos. La desatención del derecho de niños, niñas y adolescentes resulta una cuestión de índole constitucional; de allí la importancia de inscribir la problemática que sufren como un problema público, en tanto incumplimiento de sus garantías constitucionales, sea por la restricción o por el impedimento de contacto con sus progenitores. Es el libre contacto con ambos linajes (sean parejas de distinto o del mismo sexo) lo que conforma y solidifica los procesos identitarios en el marco de matrices de aprendizaje familiar, por diferentes y antagónicas que éstas sean.

Para las referidas autoras, la demanda de regímenes de relación y comunicación asistidos sólo se observa en el 27 % de expedientes cuyo objeto fue específicamente el régimen de relación y comunicación, dato que puede mostrar que nuestra profesión habría podido instalar cierta conciencia en el colectivo jurídico respecto del carácter excepcional que debe tener un régimen asistido. Sin embargo, también deberíamos llamarnos a la reflexión sobre el significado que reviste que uno de cada cuatro expedientes de regímenes de relación y comunicación requiera de su supervisión.

Las indagaciones realizadas en esta investigación llevan a sus autoras a identificar como maltrato infantil las limitaciones del progenitor no conviviente en el vínculo con los hijos/as. En efecto, advierten que en el 91% de los casos estudiados se detectó alguna limitación compatible con la definición de maltrato infantil, es decir situaciones en que los niños/as son abiertamente utilizados/as por los progenitores

en su recíproca disputa. Este dato, alarmante, por cierto, da cuenta del problema al que nos enfrentamos en los regímenes de relación y comunicación. No obstante, también advierten que en la amplísima mayoría de los casos esa limitación vincular responde al conflicto entre los progenitores, lo que nos conduce una vez más a la dificultad que presentan estos progenitores para distinguir las categorías de conyugalidad y parentalidad. Si bien la incidencia del maltrato se reduce drásticamente entre el 9 y el 14% al excluir esta forma de violencia, no debe resultarnos menos alarmante a la hora de pensar en sus efectos.

Una de las conclusiones más relevantes del estudio de Nicolini y otras indica que la prolongación de la asistencia de los regímenes de relación y comunicación en el tiempo y/o la mayor cantidad de horas de acompañamiento no garantiza mejores resultados en función del objetivo de mejorar la vinculación entre progenitores e hijos/as y entre progenitores entre sí. Por el contrario, los resultados muestran que aquellos casos que insumieron más tiempo continuaron dos años más tarde en situación de querrela, perpetuando la disputa. Esta importante observación habla de la imperiosa necesidad de acotar el tiempo de intervención, puesto que su prolongación contribuye a reforzar pautas repetitivas de conducta, propósito al que la institución judicial no debería ligarse. O como señalan las autoras, el espacio judicial pierde su potencialidad ordenadora, pudiendo resultar una intervención dispendiosa e iatrogénica.

La investigación permitió conocer que no existe una explicitación de los objetivos de los regímenes de relación y comunicación; esta omisión contribuye a que se diluya la intervención profesional y da cuenta de la importancia central de su inclusión. Resulta autoevidente, entonces, el efecto que sobre la intervención profesional puede arrojar la ausencia de este “para qué”, que en términos de Susana Cazzaniga (2009) constituye el primer paso de la matriz de intervención profesional: su intencionalidad. Sin esta definición, puede resultar comprensible que las expectativas de magistrados, progenitores/as y trabajador/a social no resulten compatibles.

Las autoras observan que en el 82% de los casos estudiados se logró la vinculación entre el progenitor/a y su hijo/a –durante la vigencia del régimen de relación asistido-, dato que muestra un alto nivel de efectividad de la medida. A ello se suma la observación de una vinculación fluida en el 70 % de los casos. Recomiendan, en tanto, algunas pautas del encuadre que debe guiar este tipo de intervenciones profesionales, entre las cuales destaco: el conocimiento de las partes y la conflictiva mediante evaluación previa, para orientar sobre la modalidad, extensión y lugar propicio para realizar la medida; explicitación de días, horarios y período del régimen de relación y comunicación asistido; intervenciones complementarias con los progenitores; presentación de informes sociales periódicos con evaluación del proceso; recontractación, en caso de ser necesario un nuevo plazo de asistencia del régimen de relación y comunicación. Y si estas recomendaciones resultan importantes es porque la indagación puso en evidencia que la tarea se lleva a cabo sin

un encuadre preestablecido, situación que sin lugar a dudas contribuye a su posible volatilidad. Respecto de la necesidad formulada por las autoras de otras estrategias y formas de resolución de este tipo de conflictos cuando afecta a personas carentes de recursos, entiendo que si el argumento es instrumentar estrategias relacionadas a redes socio-familiares sin la inclusión de terceros profesionales, amerita pensar esos nuevos dispositivos para todas las familias, con prescindencia de su capacidad económica.

Estas autoras realizan una interesante analogía entre el régimen de relación y comunicación y la propuesta terapéutica de Joel Bergman (1991), quien propone un “servicio de emergencia” que permita “reiniciar la marcha”, en este caso a las familias afectadas por problemas en la vinculación entre progenitores e hijos/as. Si bien es cierto que la ley resulta en ocasiones insuficiente para dar respuestas a las familias en crisis, no menos cierto resulta que los objetivos de la intervención judicial no pueden extenderse al tratamiento sistemático de sus dificultades sino, como señalan las autoras, para que sirva de base a una fundada y ordenadora resolución judicial.

También a partir del análisis de demandas judiciales por regímenes de relación y comunicación, Marta Albarracín, Mónica Berjman y Dolores Albarracín (1991) describen seis estadios en el proceso de exclusión, que va de la amenaza a la consecución de la exclusión. Para las autoras, este proceso incluye:

1. La sospecha: sospecha del progenitor no conviviente de ser desplazado; rivalidad con la familia del progenitor no conviviente; acercamiento de la familia de origen del progenitor conviviente. Este proceso se ve facilitado por la falta de comunicación directa entre los cónyuges y la interpretación tendenciosa de lo que informan los niños/as.
2. La coalición: es la acción conjunta de dos personas contra un tercero/a. El progenitor/a atacado/a realiza críticas contra el otro/a progenitor/a, a oídas del niño/a, situación que afianza la coalición. Conflicto de lealtades en el niño/a por temor a traicionar al aliado/a; se eluden los encuentros con distintos argumentos y aumenta la desconfianza del progenitor/a excluido/a.
3. Los encuentros irregulares: disminución del tiempo y frecuencia de los encuentros e imposibilidad de pernoctar por causas atribuidas al progenitor conviviente, al niño/a y/o al progenitor/a no conviviente.
4. Incumplimiento sin intimación: primer tipo de interrupción de los encuentros, por negativa del progenitor/a conviviente, del no conviviente o de los niños/as. Las razones esgrimidas incluyen prescripciones médicas o psicoterapéuticas, frustración, maltrato, negativa a someterse al chantaje, locura, homosexualidad y temor al abuso sexual.
5. Cumplimiento por intimación: medidas judiciales coactivas: internación, cambio de modalidad de cuidado personal, astreintes (multa), apercibi-

miento de dar intervención a la justicia penal, designación de trabajador/a social. Los encuentros forzados suelen ser breves, tensos y propensos a las agresiones y la intervención de un trabajador/a social suele dar lugar a denuncias de parcialidad y recambios de profesional.

6. Incumplimiento con intimación o exclusión: ya dispuesta la intimación judicial, se produce:

Denuncias graves del progenitor/a conviviente para postergar la ejecución de las medidas.

- Oposición activa del niño/a.
- Suspensión temporaria de los encuentros.
- Resignación del excluido/a y esperanza de que el tiempo solucione las cosas.
- Continuación del litigio y pedido de nuevas pericias.
- Intervención de otros familiares del excluido para lograr un acercamiento.
- Se instala la exclusión y se extiende a otros familiares: pérdida de abuelos/as, primos/as, tíos/as y personas allegadas al progenitor/a excluido/a.

Para referirse al proceso de exclusión recientemente descrito, Carlos M. Díaz Usandivaras (2003) recogió la denominación “síndrome de alienación parental” propuesta por el psiquiatra infantil y psicoanalista Richard Gardner en 1987. Un año más tarde, el Comité de Mediación del Colegio de Abogados de Florida (USA) definió este “síndrome” como el *“proceso por el cual un progenitor, en forma abierta o encubierta, habla o actúa de manera descalificante o destructiva a o acerca del otro progenitor durante o subconsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor”*.

Esta categoría ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la comunidad científica, especialmente por parte de especialistas en abuso sexual infantil; no obstante, su uso continúa siendo extendido incluso en la actualidad.²⁹ En mérito de

²⁹ En Brasil, por ejemplo, se sancionó en 2010 la ley 12.318, de alienación parental. La ley considera alienación parental a la interferencia en la formación psicológica de niños o adolescentes promovida o inducida por uno de los progenitores, por los abuelos o por quienes tengan al niño o adolescente bajo su autoridad, guarda o vigilancia para que repudie al progenitor o cause perjuicio al establecimiento de vínculos con éste. La ley menciona entre las formas de alienación parental: las campañas de descalificación de la conducta del progenitor en el ejercicio de la maternidad o la paternidad; dificultad el ejercicio de la autoridad parental; dificultar el contacto de niños y adolescentes con el progenitor; omitir deliberadamente al progenitor informaciones personales relevantes sobre el niño o adolescente, inclusive escolares, médicas y cambios de domicilio; presentar falsa denuncia contra el progenitor, sus familiares o abuelos para dificultar la convivencia de ellos con el niño o adolescente; cambiar el domicilio a un lugar distante, sin justificación, en vistas a dificultar la convivencia del niño o adolescente con el otro progenitor, sus familiares o abuelos. Las medidas judiciales posibles de ser adoptadas son: declaración de ocurrencia de alienación parental y advertencia al alienador; ampliación del régimen de convivencia familiar en favor del progenitor alienado; multa al progenitor alienador; determinar acompañamiento psicológico

estas circunstancias, estimo conveniente realizar una síntesis del autodenominado SAP, para luego sumar las críticas y finalmente ofrecer mi punto de vista sobre el tema.

Este proceso ha sido descrito como una situación de maltrato emocional, encubierto bajo la apariencia de una acción protectora, señalándose que casi en el 90% de los casos, el progenitor alienado u odiado es el padre y el alienante o amado es la madre.

Díaz Usandivaras describe entre las causas de producción de este fenómeno:

- La confusión resultante de la incapacidad de discriminar (voluntaria o involuntariamente) las funciones y aptitudes maritales de las parentales.
- El prejuicio machista-matriarcal que asigna el dinero al padre y los hijos a la madre; prejuicio de características rígidamente complementarias.
- El mito científico que sostiene que la función materna o paterna puede ser transferible o ejecutable, indistintamente, por cualquier persona.

Según este autor, el yo es el resultado de la internalización e integración de identificaciones paternas y maternas. Cuando un padre o una madre es atacado/a o su imagen es destruida, aquello que se ataca o destruye es la identidad del niño/a, pudiendo fracasar el proceso de socialización.

Las formas más frecuentes en el autodenominado SAP son:

- La obstrucción del régimen de comunicación.
- La alteración emocional del progenitor/a conviviente ante la presencia del otro/a, como medio de buscar la protección y el rechazo de los hijos/as.
- El envenenamiento moral de los hijos/as contra el otro/a progenitor/a (forma más grave del SAP).
- Posición de neutralidad ante los encuentros, concediendo a los niños/as la libertad y el poder de decidir si aceptan o no el encuentro con el otro/a progenitor/a.
- Traslado de la familia a un lugar distante del domicilio del progenitor/a no conviviente.
- Falsas denuncias de abuso sexual o maltrato.

Este autor sostiene que el apego de los hijos/as a un progenitor/a es vulnerable a la pérdida de contacto, razón por la cual resulta fundamental lograr regularidad en los encuentros. En efecto, esta responsabilidad debería ser competencia de

y/o social; determinar cambio de guarda o guardia compartida; determinar la fijación cautelar del domicilio del niño o adolescente; declarar la suspensión de la autoridad parental.

ambos progenitores y de los juzgados, quienes no deberían hacer lugar a procesos judiciales que pretenden ser interminables.

Finalmente, Díaz Usandivaras recomienda que el tratamiento de estos casos debe incluir al sistema terapéutico -concentrado en un solo terapeuta- y el sistema judicial, con un permanente intercambio entre ambos. Al referirse a las condiciones del terapeuta, señala:

“... No todos los terapeutas son aptos para trabajar con estas familias... deberán tener piel gruesa para tolerar las pataletas de los chicos cuando reclaman que están siendo expuestos a terribles traumas e indignidades en los hogares de sus progenitores. Deben ser profesionales que se sientan bien tomando alguna posición de autoridad. Los terapeutas que aceptan como válidos los deseos de los pacientes y consideran contraindicado ejercer coerción sobre ellos son también malos candidatos para servir a tales familias (...) Hacer lo que los pacientes quieren y hacer lo que los pacientes necesitan pueden ser cosas enteramente diferentes (...) Cuando está presente un síndrome de alienación parental, la aproximación terapéutica debe involucrar primero un grado importante de manipulación y estructuración (...) La mayor parte de la terapia se relaciona más con la manipulación y la estructuración de situaciones que con la posibilidad de proveer insight” (1993).

Las principales críticas realizadas al denominado SAP provienen, como señalamos, de los especialistas en abuso sexual infantil, quienes sostienen que este supuesto síndrome desacredita la palabra de los niños que acusan a los mayores de haberlos sometido sexualmente. Puntualizan que se trata de una pseudo teoría psicológica que carece de credibilidad científica y que no reúne las condiciones para denominársela “síndrome”, lo que implicaría incluirla entre los trastornos de la salud mental. Se afirma que se basa exclusivamente en las propias observaciones personales de Gardner y no en una investigación científica sistemática. La consideran, en cambio, una “ideología perversa”, basada en que la causa del rechazo al padre obedece al lavado de cerebro de los niños/as, realizado por la madre. Sus detractores postulan que el SAP parte de premisas con valor de verdad: los niños son “programables” y las mujeres son alienadoras de sus hijos, sin considerar los mecanismos de defensa propios de los seres humanos, que llevan a los niños/as a defenderse frente a la agresión. Refieren, asimismo, que sus fundamentos son sintónicos con el patriarcado como ideología dominante.

Algunos críticos del SAP³⁰ señalan enfáticamente que su creador, Richard Gardner, fue un psiquiatra pedófilo que creó una teoría inexistente al servicio de los abusadores sexuales de niños y niñas a quienes defendía; que utilizó sin escrúpulos y para sus propósitos económicos su trabajo como voluntario en la Universidad de Columbia, trabajando como “perito de parte” en divorcios controvertidos en donde había acusaciones de abuso sexual de hijos e hijas. Agregan que Gardner no fue profesor de psiquiatría de esa universidad, sino que publicó sus libros en

³⁰ CREUS URETA, Mónica. “Un perverso y su estafa”. Mimeo.

Creative Therapeutics, su propia editorial; que su curriculum vitae es inaccesible, que se sabe que fue sargento del ejército estadounidense y que terminó suicidándose en el año 2003.

Otras opiniones críticas describen citas textuales de las obras de Gardner, entre las que se menciona: *“el niño sexualmente abusado es generalmente considerado como la víctima, a pesar de que el niño pueda iniciar encuentros sexuales ‘seduciendo’ al adulto”*; *“...el niño tiene que ser ayudado a apreciar que en nuestra sociedad tenemos una actitud exageradamente punitiva y moralista sobre los encuentros sexuales entre adulto-niño”*; *“la obligación de informar el abuso sexual ha dado por resultado la denuncia de las más frívolas y absurdas acusaciones de niños de dos y tres años, ex esposas vengativas, madres histéricas de niños de jardín de infantes, y mujeres severamente alteradas contra sus ancianos progenitores”*.

Como señalamos, la mayoría de las críticas al SAP se centran en la idea de falsas denuncias de abuso sexual, resultando entonces un instrumento al servicio de la dominación patriarcal y de los sectores acomodados que tienen recursos intelectuales y económicos para pagar abogados/as y peritos cómplices. Se afirma que los niños no mienten ni manipulan a los adultos y que jamás se puede fantasear acerca de lo que no conoce, tal el caso de la genitalidad adulta; que se desconoce la psicología infantil y que sólo sirve para absolver a abusadores sexuales infantiles. También se sostiene que quienes se declaran a sí mismos “injustamente” alejados de sus hijos difunden y convencen acerca de la existencia del SAP y logran que la opinión pública ingenuamente les crea.

Según el abogado argentino Juan Pablo Viar, el SAP se encuentra básica e íntimamente vinculado a la posición previa de Gardner acerca de la pedofilia y el abuso sexual infantil según la cual la “ola de histeria” relacionada con el abuso sexual infantil en los Estados Unidos se basaba en gran parte sobre acusaciones falsas y aun aquellas comprobadas eran tratadas de un modo “excesivamente dramático” por la sociedad. Viar afirma que los desarrollos de Gardner son teorías conspirativas que no resisten un examen lógico, en las que el comportamiento y las actitudes del “progenitor alienado” no son estudiados, ni mínimamente puestas en discusión, exponiéndose a los niños/as a verdaderas situaciones de riesgo. Por el contrario, se plantea una dicotomía padre-sano-alienado versus madre-enferma-alienadora, estudiando a los hijos/as como meros aliados-programados de la madre, sin antes descartar otras posibles motivaciones: un niño puede rechazar a su padre por ser éste negligente, violento, tener graves disturbios emocionales y de conducta o ejercer real maltrato físico, psicológico y/o abuso sexual sobre el niño. Viar cita algunos fallos en la justicia norteamericana en los que se alude al SAP como una “teoría apócrifa”, no aceptándose la admisible por sus controversias y riesgos inciertos. Agrega este autor que el síndrome no se encuentra aprobado como tal por la Sociedad Americana de Psiquiatría, y no se encuentra en el DSM IV como diagnóstico psiquiátrico. Asimismo, se rechazó la “Escala de Legitimación

del Abuso Sexual” elaborada por Gardner por no existir “un razonable grado de reconocimiento y aceptación a su respecto por parte de expertos médicos y científicos”. Finalmente, Gardner retiró la escala, luego de que su uso fuera prohibido en las Cortes y severamente criticado en varios artículos.

El psicólogo Nelson Zicavo Martínez (1999; 2016), de la Universidad de Bio-Bio, parte del análisis del mito del instinto materno para afirmar que del mismo se desprenden otros mitos que tienden a anular todo acercamiento paternal. Para el autor, las ideas que elevan y a la vez reducen la condición femenina a la maternal también promueven la condición de hijos a la de “prisioneros” de un amor que sería pecaminoso no sentir, resultando ésta una apropiación cultural e histórica reforzada a menudo por la ciencia. Zicavo Martínez llama padrectomía al alejamiento forzado del padre, cese y/o extirpación del rol paterno y la pérdida parcial o total de los derechos paternales y del vínculo físico-afectivo con los hijos, lo cual conduce a una vivencia de menoscabo con fuerte impacto negativo para la estabilidad emocional del hombre, sea este progenitor o no. La padrectomía es originada por la privación del rol paternal a través de la desestructuración y anulación de la función consolidada por la ausencia de compromiso y responsabilidad, así como por medio de la abolición o eliminación del lugar ocupado antes por el padre. Conforme sus ideas, cuando la funcionalidad parental se fragmenta y comienza a desaparecer hasta el extremo de correr el riesgo de abolirse completamente, algunos progenitores asisten al crecimiento y desarrollo de un fenómeno denominado “síndrome del padre destruido”. Este proceso se vivencia a partir de la privación o la carencia de la relación afectiva significativa con los hijos como resultado de la separación conyugal. Dicho síndrome es concebido como la constelación de síntomas (depresión, desesperación, sufrimiento, sentimientos de minusvalía, ansiedad, culpa, ira, evitación, agresividad o rechazo) que en el plano emocional y conductual provoca en el padre la vivencia de la pérdida de su hijo en el proceso post-divorcio.

Vale aclarar que las críticas referidas a la acientificidad de la categoría síndrome aplicada al SAP, también deberían alcanzar a esta denominación en torno al padre destruido. No obstante, la categoría síndrome no aparece mencionada por el autor en su obra más reciente.

Hasta aquí, la información y sus críticas, muchas de las cuales comparto. Ahora bien ¿qué hemos advertido los/as trabajadores/as sociales en nuestras prácticas habituales y en las reiteradas supervisiones de regímenes de relación y comunicación? Son frecuentes las ocasiones en que los niños y niñas manifiestan una aparente negativa al encuentro con su progenitor –generalmente el padre-. En tales circunstancias, ello es coincidente con una actitud de complacencia materna con la “decisión” del niño/a; he llegado a escuchar frases tales como “que lo decida mi hijo/a”, advirtiendo que la estatura del niño o niña apenas supera en ocasiones las rodillas de su madre. Una actitud de supuesta neutralidad frente a los aparentes deseos del hijo o hija llama la atención del trabajador/a social y cuando éste/a intenta persuadir a la madre acerca de la necesidad de dar cumplimiento a

la medida ordenada judicialmente –muchas veces previamente consentida por las partes intervinientes–, la respuesta comienza a resultar hostil hacia el operador/a, hasta alcanzar en ocasiones una franca oposición, que incluye escenas de violencia verbal y/o desacreditaciones al profesional interviniente, incluso en presencia del niño/a. Resulta habitual la alegación materna a enfermedad de los niños/as, negativa de éstos/as o actividades impostergables que impiden el desarrollo del encuentro. Las respuestas del operador/a que intentan disuadir la actitud materna y/o transmitir seguridad en tanto el niño/a contará con la compañía del trabajador/a social no resultan en absoluto convincentes.

Hemos observado en numerosas oportunidades en que se obtiene finalmente el acuerdo materno para garantizar la salida y el encuentro con el progenitor, que el niño/a –en oportunidades inicialmente apático/a o aparentemente desinteresado/a– comienza a deponer gradual pero rápidamente su actitud, hasta disfrutar genuinamente con su padre del encuentro. No ha sido tan excepcional que, al finalizar la salida, el niño/a manifieste que no desea regresar al hogar materno.

Las observaciones sistemáticas que venimos realizando en materia de regímenes de relación y comunicación nos permiten concluir que, en efecto, muchos niños y niñas son sometidos a un conflicto de lealtad que les lleva a resistir el encuentro con su progenitor, satisfaciendo así la expectativa materna. Es inadmisibles que esta afirmación implique, sin más trámite, una actitud patriarcal; se trata de hechos reiterados que se verifican en la práctica profesional. En la amplia mayoría de estos casos no existen denuncias o sospechas maternas de abuso sexual contra los niños/as, aunque sí descalificaciones sobre la aptitud paterna, que suelen ser utilizadas para oponerse a los encuentros con el progenitor.

Acuerdo en términos absolutos en la necesidad de no consentir la categoría de “síndrome”, puesto que no se trata de una patología demostrada científicamente. Apoyo también la necesidad de dar credibilidad al discurso de niños y niñas cuando afirman que han sido abusados/as sexualmente. Pero en la mayoría de nuestras intervenciones en regímenes asistidos de relación y comunicación, no existe denuncia o sospecha de abuso y se advierten muchas de las descripciones en torno a la alienación parental, por lo que se requiere de jueces y juezas comprometidos con los derechos de los niños y niñas que adopten las medidas necesarias que eviten la desvinculación paterna, circunstancia que suele tener efectos devastadores en la vida ulterior de esos niños y niñas.

Hace poco tiempo recibí un correo electrónico de una mujer de 27 años, quien me informaba que cuando ella tenía 8 años, yo había supervisado el régimen de relación con su padre. 19 años después, esta joven mujer deseaba conocer mi opinión acerca de aquel conflicto y en particular acerca de su padre, de quien había estado desvinculada durante los años posteriores a aquella intervención en razón de la negativa materna. Un proceso psicoterapéutico reciente le había permitido vincularse nuevamente con su padre, por lo que toda información que se le pudiera aportar contribuía a esa reconstrucción vincular que, satisfactoriamente para ella,

había logrado iniciar. Esa entrevista me permitió —en virtud de conservar los informes sociales— aportarle información acerca del favorable vínculo que su padre tenía con ella y la evidente resistencia y rechazo que su madre manifestaba ante los encuentros y que incluía gritos y agravios públicos por mi desempeño. Esta lectura coincidía con sus apreciaciones en torno a sus progenitores y le permitía afianzar el vínculo paterno-filial.

No es posible negar la existencia de procesos en que niños y niñas son sometidos a una persistente violencia invisible, a través de una sistemática influencia tendiente a desacreditar al otro/a progenitor hasta el punto de lograr su total apartamiento de la vida del niño/a. Y tampoco parece razonable desestimar la validez de ciertas descripciones en torno a los procesos de desvinculación parental argumentando que su aplicación en los casos de abuso sexual infantil resulta espuria, infundada y violatoria de los derechos de niños y niñas. Quizá debamos encontrar el modo de nominar este proceso de desvinculación, pero su existencia es innegable en el marco de divorcios conflictivos, aunque dejando a salvo las cuestiones referidas a las denuncias de abuso sexual, que merecen otro particular análisis y tratamiento.

EL TRABAJO SOCIAL Y LA PREVENCIÓN

En la Ciudad de Buenos Aires funciona un programa de asistencia a las familias en las que existen conflictos en torno a la comunicación entre progenitores e hijos/as. Este programa, denominado “Encuentros entre padres e hijos” ha sido elaborado por una trabajadora social, Lic. Susana Lima Quintana y una psicóloga, Lic. Irene Domínguez y presentado en 1992 por el Juzgado Nacional en lo Civil N° 23 (Familia) a cargo del Dr. Jorge Noro Villagra para su aprobación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la SCJN.

Inspirado en la experiencia francesa realizada por Françoise Dolto y motivado en la necesidad de proponer soluciones alternativas a los regímenes de comunicación supervisados, las citadas profesionales propusieron la realización de una serie de encuentros entre progenitores e hijos/as, a realizarse en un espacio abierto donde a través del juego, establecer una relación de progresivo acercamiento, en vistas a acordar un régimen de comunicación. El equipo interdisciplinario inicialmente estuvo integrado por una trabajadora social, una psicóloga y una profesora de Educación Física y recreación; el lugar ofrecido para la realización de los encuentros fue el Jardín Japonés, ubicado en el barrio porteño de Palermo. El criterio para la selección de los participantes del programa fue la existencia de serias dificultades en la comunicación entre progenitores e hijos/as; la desvinculación entre ellos o la negativa de los niños/as a participar de lo que por entonces se llamaba “visitas”.

Este programa -que mantiene vigencia en la actualidad- se propone entre sus objetivos facilitar la revinculación paterno-filial y/o de familiares directos (abuelos/as, tíos/as, hermanos/as u otros familiares que así lo requieran), en un espacio neutral que garantice la seguridad y el bienestar de niños/as en situaciones de conflicto. Asimismo, se brinda orientación profesional para la mejora de las relaciones paterno-filiales y las habilidades de crianza en pro de la coparentalidad, acompañando a las partes para ayudarles a reconstruir una comunicación respetuosa en función de sus hijos/as.

Desde un punto de vista más específico se pretende, ante todo, garantizar que el cumplimiento del régimen de comunicación no suponga una amenaza para la seguridad de los niños/as y/o de la parte más vulnerable, evitando los sentimientos de desprotección y abandono de los niños/as y las manipulaciones y conflictos entre las familias en presencia de éstos/as. También se brinda orientación a las familias para obtener una mayor autonomía que les permita no depender del programa, así como se controlan los encuentros paterno/materno filiales y con familias biológicas que en razón de sus especiales características hayan requerido –en sede administrativa o judicial- la supervisión profesional de los intercambios.

La dinámica del programa –coordinado actualmente por un equipo interdisciplinario conformado por trabajadoras sociales, psicóloga y docente especializada en recreación formadas en Mediación Familiar- incluye tres etapas. La primera etapa consiste en la entrevista de admisión en sede judicial; recepción de las partes junto a sus letrados, presentando el oficio de derivación de los Juzgados de Familia del Poder Judicial de la Nación. Se acuerda con las partes intervinientes una entrevista individual, luego de la cual se evalúa la mejor modalidad de abordaje para esa familia específica. La segunda etapa es el encuentro propiamente dicho, en el espacio de revinculación, el Jardín Japonés de la Ciudad de Buenos Aires, los días sábados, de 10 a 12 horas. El primer encuentro, en dicho espacio, es de adaptación del niño/a con su familiar conviviente. La función de los profesionales en los encuentros posteriores consiste en acompañar al familiar no conviviente a reestablecer el vínculo por medio de actividades lúdicas, acordes a la edad de los niños/as. El equipo efectúa una observación al grupo familiar interviniendo si la situación lo requiere. El tiempo estimativo de trabajo con las familias participantes es de seis meses, período que puede variar según las particularidades del caso. La tercera etapa es el acuerdo; en la medida que la revinculación paterno-filial se ha reestablecido y que la comunicación de la pareja parental se modifica favorablemente, se los/as convoca a una entrevista de mediación en la que se intentará lograr un acuerdo entre las partes para continuar trabajando y ampliando paulatinamente los encuentros en un ámbito público, en horario y día convenido por las partes.

Las actividades se realizan al aire libre o en espacios cubiertos y las mismas son planificadas por el equipo técnico, quien además realiza la evaluación de cada encuentro y de cada familia. Entre las consignas que se trabajan -todas muy creativas y con un alto grado de simbolismo acerca de la relación entre progenitores e

hijos- se solicita a los progenitores llevar una pequeña cajita de cartón, donde luego se propondrá guardar en ella las frustraciones, dolores, desamparos y broncas, mientras permanezcan en ese espacio, estimulándose de este modo el comportamiento cooperativo. Asimismo, se proponen juegos en que cada progenitor ayude a su hijo/a en el logro de algún resultado, o que ambos deban ayudarlo/a, alternativamente, para acceder a una meta. También y a través del juego de “las visitas”, el progenitor no conviviente pasea por el Jardín Japonés con su hijo/a, durante el tiempo que cada niño/a así lo requiera o pueda tolerar.

Este programa preventivo y asistencial -dotado de una notable riqueza- ha evidenciado muy favorables resultados y en mérito de ello sería de gran valor la multiplicación de este tipo de experiencias, que exploran, estimulan y acentúan las capacidades de sus protagonistas para hallar soluciones a las crisis familiares.

A continuación, expondremos algunos ejemplos de intervenciones profesionales en regímenes de comunicación asistidos.

CUANDO “... ELLOS NO QUIEREN SALIR”

Gabriel inicia una demanda por régimen de comunicación a Silvia, la madre de sus hijos Mauro y Silvina, de 9 y 5 años de edad. Silvia sostiene que los niños no quieren ver al padre, en especial Mauro, quien dice tenerle “terror”, comentando que sus hijos han llegado a esconderse debajo de la cama frente a la llegada del padre. Para Silvia, esta actitud se asienta en las descalificaciones, insultos, desvalorizaciones y castigos físicos de Gabriel hacia Mauro, un niño asmático que interrumpió su tratamiento psicoterapéutico. Silvina, en tanto, parece apoyarse en la decisión de su hermano y tampoco quiere ver al padre.

Se mantiene una entrevista previa con los niños, a quienes se informa acerca de la función del perito, aceptando los niños la visita paterna en presencia del profesional. La actitud inicial de ambos frente al padre es de absoluto silencio y rigidez. Mauro dice que el padre le pega y refiere dos episodios en los que fue agredido: le tiró de los pelos porque rompió el guardapolvo y, en otra oportunidad, le pegó en la pierna. También le recrimina al padre por no haberlo llamado telefónicamente durante los últimos dos meses. Silvina permanece en silencio. Gabriel, que está muy impactado por la respuesta de sus hijos, les dice que no puede convencerlos ni obligarlos a salir con él, proponiendo finalizar el encuentro. Más tarde rechazará enfáticamente las acusaciones de violencia, sosteniendo que no ha advertido situaciones de malestar, incomodidad o rechazo durante los dos años posteriores a la separación, tiempo en que sus hijos disfrutaban plenamente de su compañía.

Silvia critica duramente -y en presencia de sus hijos- la nueva relación de pareja de Gabriel, afirmando, incluso, que él es el padre del menor de los hijos de su pareja. Entre los antecedentes post-divorcio pudo saberse que Silvia ha enviado

a sus hijos mensajes en ocasión de sus salidas con el padre, diciéndoles que los amaba.

Tras la primera y frustrada salida con sus hijos, Gabriel pidió ayuda a Silvia para vincularse a sus hijos. Los niños mantienen su negativa a ver al padre, sin advertirse hechos manifiestos que lo justifiquen. Así planteado y en tanto "... son ellos los que no quieren" -estar junto a su padre-, el conflicto tiende a dilematizarse, naturalizándose bajo la pretendida legitimidad del deseo de los niños.

Luego de una interrupción durante un mes y a posteriori de una audiencia en la que participa el perito y en la que se abordan en profundidad los beneficios del vínculo paterno-filial en el desarrollo psicosocial de los hijos, se acuerda mantener el régimen de comunicación vigente, el que se reanuda con supervisión pericial. Los niños reciben en su casa al padre con muy buena disposición y disfrutan de su compañía. A pesar de la afirmación de Silvia respecto de la negativa de sus hijos a realizar salidas con el padre, los niños acceden con entusiasmo a la propuesta paterna, poniéndose en evidencia la disparidad en el registro de la necesidad por parte de los niños y de su madre. Esta salida se realiza sin la supervisión del perito y su resultado es muy satisfactorio, circunstancia que los niños no informan a la madre, en un claro intento de mantener fuera de su órbita dichos encuentros y preservarse de toda posible intromisión materna. Según la madre, Silvina continúa manifestando rechazo a salir con el padre, aunque no es ésta su actitud ante las propuestas de Gabriel. Todo parece indicar que la niña sufre un conflicto de doble lealtad, por medio del cual no le es posible amar a su padre sin sufrir la pérdida del amor materno.

Las salidas subsiguientes se realizan sin la presencia del perito y su desarrollo mostró resultados favorables para los niños y el padre, por lo que se juzgó innecesaria la participación del perito en los encuentros. Finalmente, los progenitores aceptaron la propuesta del perito de realizar entrevistas psicoterapéuticas familiares, las que reforzaron la tarea iniciada por el trabajador social y facilitaron la continuidad de los encuentros.

CUANDO "... ES MUY CHIQUITA PARA SALIR DE CASA"

Federico y Laura están separados desde hace un año; tienen una hija de 4 años, Brenda. Federico vive con sus progenitores y Laura vive con su hija, aunque pasa mucho tiempo en casa de sus progenitores. Federico presenta una demanda por régimen de comunicación, luego de un año de continuas dificultades para ver a su hija en el jardín de infantes, a raíz de las frecuentes inasistencias por enfermedad de la niña y la imposibilidad de verla en su domicilio por negativa materna. Esta situación implicó que sólo pudiera ver a su hija tres veces en el último año.

Laura dice estar convencida de la importancia de reafirmar el vínculo paterno-filial, aunque se niega a que su hija almuerce con el padre porque "... come sólo conmigo". Se observa una relación de exigencia, intolerancia y mutua descalificación entre los miembros de la pareja parental que obstaculiza la comunicación y que hace que el campo de interacción resulte poco propicio para el establecimiento de acuerdos. Las ausencias frecuentes de Brenda al jardín hicieron necesaria una resolución judicial que dispusiera que el padre retiraría a la niña del jardín al día siguiente de su inasistencia.

La intervención pericial incluyó en su primera etapa la supervisión de los encuentros, lo que permitió conocer que el padre y los abuelos paternos son favorablemente recibidos por la niña. Laura acusa a Federico de los resfríos que contrae Brenda en los encuentros, cuando éste es el estado habitual de la niña. Laura se niega a suministrar a Federico los datos del pediatra de Brenda, por lo que las tareas de esclarecimiento y fortalecimiento del vínculo paterno-filial se priorizan en la tarea pericial con la finalidad de facilitar el aprendizaje de nuevas conductas.

Los resultados favorables de los encuentros de Brenda con su padre aumentan la resistencia de Laura, que ahora toma mayor distancia del perito, se niega a hablar y apela a la enfermedad de su hija para no enviarla al jardín. En mérito a ello, el juzgado ordena la presentación de certificaciones médicas frente a tales inasistencias.

Los dos meses subsiguientes a los encuentros asistidos se supervisa el régimen de comunicación sin permanencia en los encuentros, manteniendo entrevistas con los progenitores. El informe social destaca el progresivo y favorable proceso de integración de la niña al grupo familiar paterno y la conveniencia de limitar la presencia del perito en los encuentros. Sin embargo, la mayor resistencia de Laura hace necesario retomar algunos encuentros asistidos, alternando luego la presencia del perito con encuentros libres. En tanto, se mantienen entrevistas con los abuelos maternos, a quienes se les solicita su colaboración.

Luego de una prolongada intervención que se extendió por espacio de algunos meses, se elabora un informe final en el que se concluye que no se observan situaciones conflictivas en la relación del padre con su hija, sino un progresivo proceso de integración y complementariedad en los roles; que no se advierte disposición materna a la intervención profesional, revelando una marcada resistencia al cambio de la situación familiar y un profundo deterioro en las relaciones interpersonales de los ex cónyuges que dificulta el establecimiento de mínimos acuerdos. Asimismo, se señala que la favorable evolución del régimen de comunicación posibilitó una ampliación del mismo; que se alcanzaron gran parte de los objetivos propuestos en la estrategia de intervención; que es necesario generar un proceso de autonomía de las partes entre sí, e individualmente; que los actuales conflictos exceden las posibilidades de intervención en el ámbito de la función pericial. Por ello se sugiere dar por finalizada la intervención del perito y propiciar una progresiva ampliación

del régimen de comunicación que incluya la permanencia de la niña junto a su padre los fines de semana, lo que así fue resuelto más tarde.

CUANDO “... AL CHICO NO TE LO LLEVÁS”

Irma y Sergio están separados de hecho y tienen un hijo de 6 años, Brian, que sufre obesidad y trastornos en el lenguaje. Los progenitores han cruzado diversas imputaciones en las que se incluyen denuncias por exhibiciones obscenas frente al niño, maltrato psicológico y conductas de abandono de la función materna. La decisión de Irma de dejar el hogar conyugal significó su posterior imposibilidad de ver a su hijo, por decisión de su cónyuge, por lo que reclamó un régimen de comunicación y la restitución del cuidado personal del niño. El tenor de los hechos denunciados (que incluían posibles abusos sexuales hacia el niño), motivó al juzgado a disponer encuentros supervisados.

Tanto Irma como Sergio mostraron una actitud de apertura y colaboración, resolviéndose inmediatamente con ellos la cuestión vinculada a los horarios, acordándose que los encuentros supervisados serían limitados en su extensión y que el actual régimen de comunicación resultaba de carácter transitorio y que podía estar sujeto a modificaciones.

Luego de conocer a Brian, se realiza una salida a una plaza cercana; se observa una relación afectuosa entre la madre y él, siendo la actitud materna serena y tranquila. Irma solicita la posibilidad de concurrir a la casa de su sobrina el día de su cumpleaños, donde le realizarían un pequeño festejo, respondiéndosele que sí luego de consultar al juzgado. La recepción de Brian en la casa de su prima se realiza en un marco de gran afecto y bienvenida. La actitud del niño durante el encuentro es de distensión y espontaneidad. Se reencuentra con sus mascotas (tortuga, cobayo), las que luego se llevará a su casa, con mucha alegría. La relación de Brian con su madre aparece afectuosa y carente de situaciones de malestar, conflicto y/o rechazo. En el arribo al domicilio paterno, Brian no quiere bajar del auto; llora y abraza a su madre. La actitud materna es de continencia, tratando de generar las condiciones óptimas para una despedida menos traumática. El tercer encuentro coincide con el cumpleaños de Irma, extendiéndose una hora más el horario del encuentro, con el acuerdo de Sergio, quien manifestó que toda decisión avalada por el juzgado sería aceptada por él. Se observa muy buena interacción del niño con sus tíos y primos, de quienes recibe afecto y buen trato.

Según Sergio, Brian presenta síntomas luego de cada salida a la casa de sus tíos (vomita y se orina), los que él asigna al conflicto que le genera al niño tales encuentros. Se intenta disminuir la ansiedad de Sergio haciéndole saber que pueden ser variadas las razones por las que dichos síntomas se hacen presentes, y no sólo aquella, debiéndose estar alerta ante su recurrencia.

Brian continúa mostrando una muy favorable relación con su madre. Ésta -como es su costumbre- lleva jugos, agua para jugar en la arena, golosinas. El niño se muestra contento y no desea regresar a su domicilio; en cada despedida repite a su madre que la extrañará. Por acuerdo del perito con los progenitores, se concurre junto a la madre y el niño a consulta médica, informándose más tarde al padre los resultados de esa evaluación.

Se acuerda con Sergio que sea él quien reciba al niño luego de cada encuentro (en lugar de la abuela paterna), a fin de atenuar los efectos desfavorables de cada despedida. Asimismo, se conversó sobre la necesidad de ampliar el régimen de comunicación en días y horarios, con el objeto de promover un mayor encuentro entre el niño y su madre.

Las observaciones realizadas permitieron afirmar más tarde que el vínculo de Brian con su madre no muestra signos de rechazo, malestar, temor y/o desconfianza, ni se evidencian signos de conflicto que merezcan especial consideración a los fines del régimen de comunicación. Se hizo hincapié en el informe pericial acerca de la significación que tienen los contactos de Brian con su linaje materno, los que suponen un ámbito de sostén y reconocimiento afectivo, muy importante para su desarrollo emocional y psicosocial, por lo que se recomendó que no deberían existir limitaciones a dicho encuentro. Se concluye en la urgente necesidad de ampliar el régimen de comunicación en favor de la madre, habida cuenta las favorables características del vínculo materno-filial y la corta edad del niño. Asimismo, se destacó la inexistencia de razones de consideración para que dichos encuentros sean asistidos por un profesional o un tercero cercano a las partes, aclarándose que el temor a una no restitución de Brian al hogar paterno no puede configurar razón para la intervención de un trabajador social, cuya función es de índole socio-educativa. Se propuso que hasta tanto se resuelva el tema central de la demanda (restitución del niño a su madre) se ampliara el régimen de comunicación.

No obstante las formulaciones del perito, el juzgado dispone la continuación del régimen de comunicación asistido. La imposibilidad del perito de asistir a uno de los encuentros configura un episodio generador de importantísimos cambios en la dinámica, ya que Irma y Sergio logran acordar la ampliación del horario del encuentro, desde media mañana hasta las 19 hs., en que es retirado por Sergio de la casa de la madre de Irma. Según información suministrada por ambos progenitores, la respuesta de Brian a dicho cambio fue muy favorable. Días después y frente a la reacción del niño, Sergio consintió que pernoctara en el domicilio materno.

Una intervención quirúrgica menor realizada a Brian motiva a la madre a permanecer con su hijo en el domicilio paterno puesto que su decisión era no apartarse del niño “nunca más”. Se inició así un proceso dificultoso (convivencia de la ex-pareja en el mismo domicilio) que culminó con la partida de Irma a la casa de su madre, acompañada por su hijo.

Dos meses después de iniciado el régimen de comunicación y tras la partida de Irma se sucedieron inconvenientes en torno a los encuentros de Sergio a su hijo, en razón de las resistencias y limitaciones impuestas por Irma a Sergio. Se abordó con Irma la vital importancia que revestía para Brian el contacto con su padre y se le propuso organizar un régimen de comunicación que estableciera días y horarios a los que acogerse. Sergio se mostró preocupado por la desvinculación de su hijo, no obstante lo cual le resultó muy difícil formular alguna propuesta tendiente a acordar o resolver un régimen de comunicación. Más tarde se manifestó partidario de un régimen de comunicación de fin de semana, habida cuenta sus actividades laborales. Finalmente, las partes acuerdan la iniciación de un trabajo psicoterapéutico de la relación parental y psicopedagógico de Brian, así como un régimen de comunicación amplio para el padre.

El informe pericial final destacó la necesidad de Brian de mantener un contacto periódico y regular con su padre, sugiriéndose (más de allá de la disposición de ambos progenitores a acordar un régimen de comunicación amplio y libre) que sería prudente establecer un régimen de comunicación, sin perjuicio de los acuerdos que las partes realicen y que permitan su eventual ampliación en beneficio de Brian.

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El art. 638 del CCCN define la responsabilidad parental como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. Este nuevo código parte del concepto de la autonomía progresiva, que permite que a medida que los niños/as adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus progenitores, democratizando de este modo las relaciones filiales.

Conforme Pellegrini (en Herrera, 2015), la palabra de origen latino “potestad” evoca a la “potestas” del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño/a en una estructura familiar jerárquica. El término remite a la idea de poder o posesión sobre los objetos, noción completamente alejada de la función de orientación, cuidado y acompañamiento de los progenitores ante el crecimiento de sus hijos/as. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño/a o adolescente.

La nueva norma se sostiene sobre tres elementos distintivos: 1) la responsabilidad, como eje fundante del conjunto de deberes y derechos de ambos progenitores; 2) el reconocimiento del principio de coparentalidad en un pie de igualdad, sin

preferencias de un género sobre el otro, sean del mismo o diferente sexo; y 3) con una clara finalidad: la protección, desarrollo y formación integral de los niños, niñas y adolescentes, receptando el principio de autonomía progresiva.

La titularidad de la responsabilidad parental refiere al conjunto de deberes y derechos, que esta nueva norma jurídica coloca en cabeza de ambos progenitores, salvo los casos de extinción o privación -en este último caso, convivan o no, sean o no matrimonio-. En cambio, el ejercicio de la responsabilidad parental implica la puesta en acto de esos deberes y derechos, en la toma de decisiones concretas orientadas a la protección, desarrollo y formación integral de los hijos (anteriormente llamado “tenencia”). De esta manera y como lo sostiene Pellegrini, se configura un modelo de un progenitor “principal” (la madre) y otro “periférico” (el padre), a quien se le asignaba un “régimen de visitas”.

El nuevo CCCN dispone el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, convivan o no los progenitores, colocando en pie de igualdad a ambos progenitores, lo que configura un modelo del principio de coparentalidad. Asimismo, se recoge el derecho de los hijos/as a relacionarse con ambos progenitores tras la ruptura de la convivencia.

Este CCCN incorpora la posibilidad de otorgar la guarda a un tercero, lo que implica el otorgamiento de las funciones de cuidado personal del niño, niña o adolescente sin perjuicio de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, que permanece en cabeza de los progenitores.

Respecto de desacuerdo en torno al ejercicio de la responsabilidad parental, ambos progenitores están legitimados para acudir al juez competente y requerir la intervención judicial para poner fin al desacuerdo planteado. También el niño, niña o adolescente puede presentarse en el proceso judicial en el cual se esté ventilando un conflicto respecto de alguna decisión que le compete, en ejercicio de su derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta.

El art. 644 del CCCN habla de los progenitores adolescentes (de 13 a 18 años) y en sintonía con el reconocimiento del carácter de sujetos de derecho y el principio de su autonomía progresiva, establece que estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos/as pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Asimismo, establece que las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden

lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

El art. 641 establece que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

- A ambos progenitores, en caso de convivencia con ambos progenitores, cese de la convivencia o divorcio, presumiéndose que los actos realizados por uno/a cuentan con la conformidad del otro/a.
- Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo/a, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades.
- Al otro progenitor, en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor.
- Al único progenitor, en caso de hijo/a extramatrimonial con un solo vínculo filial.
- En caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro/a progenitor. En interés del hijo/a, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

La nueva norma mantiene, a través del art. 465, la exigencia del consentimiento expreso de ambos progenitores para ciertos actos:

- Autorizar a los hijos/a adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio.
- Autorizarlo/a para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad.
- Autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero.
- Autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí.
- Administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos/as adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Tal como sostiene Pellegrini (en Herrera, 2015), dada la gravedad de las consecuencias de la privación, la enumeración de casos que la tornan procedente es taxativa. Agrega la autora que en el dictado de estas medidas se debe tener en cuenta si es una decisión que hace al mejor interés del hijo/a, ya que de lo contrario también se estaría sancionado a éste/a. Es en mérito de ello que la privación de la responsabilidad parental no es definitiva ya que es admitida su rehabilitación.

El art. 700 establece que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por las siguientes causas:

- Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo/a de que se trata;
- Abandono del hijo/a, dejándolo/a en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;
- Poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;

La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo/a.

SUSPENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

A diferencia de la privación, la suspensión de la responsabilidad parental provoca una limitación a su normal desarrollo. Sus causas no implican un juicio de reproche respecto a las conductas desplegadas por los progenitores, tratándose de una figura legal diseñada para resolver el impacto que ciertas situaciones fácticas provocan en el ejercicio de la responsabilidad parental (Pellegrini en Herrera, 2015).

La suspensión de la responsabilidad parental se relaciona con su ejercicio; se trata de una decisión judicial de carácter no sancionatorio y, en principio, transitorio, cuya finalidad es brindar una adecuada protección a las personas menores de edad.

El art. 702 hace referencia a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Dicho ejercicio queda suspendido mientras dure:

- La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;
- El plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;
- La declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;

- La convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

En los casos de privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental de uno de los progenitores, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según corresponda y siempre en beneficio e interés del niño/a o adolescente.

El art. 704 indica que el deber alimentario de los progenitores subsiste durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

La jurisprudencia ha sostenido que la privación de la responsabilidad parental implica una sanción de extrema gravedad puesto que ocasiona la extinción de todos los derechos y deberes emergentes de ella, aunque, como señalamos, mantiene subsistente la obligación alimentaria. El fundamento de su gravedad es el que explica que las demandas de privación de la responsabilidad parental ante los juzgados civiles tengan menor frecuencia. No obstante, existen algunas circunstancias que hacen inequívoca su petición, como en el caso de delitos sexuales cometidos contra los hijos menores de edad o cuando el abandono se encuentra claramente configurado. Pero ocurre que, en ocasiones, la demanda por privación de la responsabilidad parental (casi siempre incoada por la madre) muestra aristas complejas que tornan por demás complicada la actividad pericial. Se trata de situaciones en que el abandono no se encuentra ciertamente presente, o cuando aun configurado, no se han evaluado los riesgos psicosociales que la privación pueda ocasionar en el desarrollo de los hijos/as.

Por supuesto que no atañe a los/as trabajadores/as sociales interpretar la ley y determinar si existen o no causas jurídicas para resolver las cuestiones de fondo, puesto que ésa es una atribución de los/as magistrados/as. Pero ¿qué hacer cuando se reclama la privación de la responsabilidad parental de un padre ausente, cuya presencia es anhelada por el hijo/a, quien además presenta diversos síntomas de una relación materno-filial de características patológicas? ¿O cuando la notoria inmadurez de un padre que no asume responsablemente su obligación parental y mantiene con sus hijos/as una relación más fraterna que parental lleva a la madre a pedir la privación de la responsabilidad parental, aun cuando el padre nunca haya abandonado a sus hijos/as? Allí radica el mayor aporte que disciplinas como el Trabajo Social pueden ofrecer al Derecho, cuya mirada de los conflictos no siempre incluye una lectura profunda de las relaciones vinculares y de los efectos psicosociales que algunas resoluciones judiciales pueden provocar en el desarrollo futuro de niños/as y adolescentes.

Pruett (2001) alude a una investigación del psicólogo John Gottman que muestra que es más probable que los hombres, en un matrimonio insatisfactorio, se aparten de su esposa e hijos, con o sin divorcio, que aquellos que tienen un matrimonio satisfactorio. Para Pruet, después del divorcio los progenitores se sienten

más inseguros acerca de cómo vincularse y conducirse con sus hijos/as. El autor sostiene que existe una conflictiva tensión emocional entre la necesidad del padre de mantenerse cerca de su hijo/a por amor y obligación legal, por un lado, y su deseo de huir de la vergüenza de un matrimonio fallido, por otro, cuestión que enreda a muchos hombres decentes, pudiendo provocar depresión y retracción parental y socavar la actitud parental. También Wallerstein y Blakeslee (1990) señalan que las actitudes y sentimientos de un padre hacia su hijo/a pueden atenuarse a causa del divorcio y que el compromiso que un padre asume ante sus hijos/as no se prolonga necesariamente después del divorcio. Estas autoras observaron que el final del matrimonio puede provocar la merma de los sentimientos profundos que los progenitores tienen hacia sus hijos/as y la disminución de su capacidad para asumir las responsabilidades que conciernen a éstos. Señalaron que estos progenitores parecen extrañamente en paz consigo mismos al no ayudar a sus hijos/as y parecen alegrarse de no tener que hacer los sacrificios que las familias intactas consideran normales. La investigación de Hetherington y Cox citada por Pruett (2001), en tanto, da cuenta de que el 100% de los progenitores que se habían comprometido con sus hijos/as antes del divorcio y no tuvieron contacto con ellos después, demostraron un alto nivel de ira y problemas de salud mental.

Resulta obvio que no es posible reducir la comprensión del fenómeno del alejamiento parental a un puñado de causas, como peligroso también resulta subsumirlo a motivos de estricto orden psicológico/psiquiátrico. Si los fenómenos sociales tienen incidencia directa sobre el comportamiento de las personas, por cierto, las condiciones de vulnerabilidad y exclusión social tienen también un peso gravitante sobre la abdicación parental. Una investigación de Elder, Kiker y Cross, citada por Pruett (2001), de 1984, permitió describir que el impacto del desempleo es mucho mayor en la paternidad de los hombres que en la maternidad de las mujeres y que el sentimiento de fracaso en el papel de proveedor económico de la familia es muy desmoralizador para los progenitores y puede hacer que su relación con sus hijos/as se degrade. Deberíamos agregar que la conducta de unas y de otros no están en absoluto disociadas de la cultura patriarcal en la que se inscriben, que impone responsabilidades a las madres y libera de las mismas a los padres.

Expondremos a continuación algunos ejemplos de las distintas situaciones que venimos describiendo:

RAMIRO

Se trata de una típica desvinculación total del padre, que adquiere características de franco abandono. Una madre solicita la privación de la responsabilidad parental del padre de su hijo de 7 años, a quien el padre no ve desde poco después de su nacimiento. El padre no responde la demanda judicial (a pesar de estar debidamente notificado), ratificando su aparente decisión de permanecer al margen de la vida del niño. El pequeño convive con su madre y mantiene una óptima relación con su familia extensa materna, especialmente con sus tíos y abuelo, figuras que juegan una activa presencia en su vida. La familia paterna no mantiene contacto

alguno con él, muy a pesar de los intentos realizados por la madre desde que se produjera la desvinculación paterna. Los estudios psicológicos y psicopedagógicos realizados al niño, así como las evaluaciones sociales realizadas, tanto en el ámbito familiar como escolar, dan cuenta de una evolución exenta de conflictos.

ROMINA Y BÁRBARA

Romina y Bárbara son dos niñas de 8 y 4 años de edad y viven junto a su madre. El padre ha sido desvinculado de ellas luego de que abusara sexualmente de Romina, cuando tenía 5 años.³¹ Por ser autor penalmente responsable fue condenado por abuso sexual en perjuicio de la niña. Este hecho, sumado a la violencia ejercida por el padre sobre ambas niñas, provocó en ellas trastornos de conducta que requirieron de asistencia psicoterapéutica.

Las niñas manifiestan un evidente rechazo a la figura paterna, a quien viven como fuente de peligro e inseguridad. Las pruebas agregadas al juicio dan cuenta de un inadecuado ejercicio de la responsabilidad paterna. Estos hechos motivaron la suspensión del régimen de comunicación en favor del padre, prohibición que se mantuvo vigente hasta el dictado de la sentencia judicial de privación de la responsabilidad parental. Las evaluaciones realizadas desaconsejaron todo contacto de las niñas con su progenitor por considerar ese vínculo de muy alto riesgo psicológico y social.

La sentencia judicial dictada más tarde puntualizó que la conducta paterna es merecedora del mayor de los reproches y causa más que suficiente para privarlo de la responsabilidad parental por ser autor de un delito doloso en perjuicio de su hija. Señala un tramo del pronunciamiento: *“... resulta lamentable evaluar y juzgar conductas de progenitores que obran con una total irresponsabilidad hacia quienes son sus hijos. Tales sujetos, personas sólo por su aspecto físico obran con un total desprecio por la familia y por un ser indefenso. La insensibilidad que los motiva constituye un hecho incalificable con consecuencias psíquicas impredecibles en la víctima...”*

³¹ Cabe mencionar que desde la sanción de la Ley 27.363, en el año 2017, se incorpora al Código Civil y Comercial el artículo 700 bis: “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: a) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de homicidio agravado por el vínculo o mediando violencia de género conforme lo previsto en el artículo 80, incisos 1 y 11 del Código Penal de la Nación, en contra del otro progenitor; b) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito de lesiones previstas en el artículo 91 del Código Penal, contra el otro progenitor, o contra el hijo o hija de que se trata; c) Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice del delito contra la integridad sexual previsto en el artículo 119 del Código Penal de la Nación, cometido contra el hijo o hija de que se trata.

¹a privación operará también cuando los delitos descriptos se configuren en grado de tentativa, si correspondiere.

¹a condena penal firme produce de pleno derecho la privación de la responsabilidad parental. La sentencia definitiva debe ser comunicada al Ministerio Público a los fines de lo previsto en el artículo 703, teniéndose en cuenta la asistencia letrada establecida en el artículo 26, segundo párrafo y a la autoridad de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes competente en cada jurisdicción, a efectos de que proceda en sede civil, a los efectos de este artículo. Se deberá observar lo previsto en el artículo 27 de la ley 26.061”.

DAMIÁN

Damián es un niño de 10 años de edad; vive con su madre y mantiene escaso e irregular contacto con los integrantes de la familia extensa materna. Sus progenitores se separaron cuando él tenía 2 años de edad, luego de un episodio de agresión física en que la madre recibe un cachetazo de su esposo. Diez meses después de la separación ya estaba divorciada.

Damián es un niño solitario; no tiene amigos y sólo mira TV; es obeso (al igual que su madre) y presenta un retraso madurativo de origen emocional, principalmente vinculado a la deficitaria relación con la madre, una mujer de características sobreprotectoras, impedida de poner límites claros a su hijo. Asistió a cuatro escuelas diferentes desde su iniciación escolar y recibe tratamiento psicoterapéutico individual. Su terapeuta ignora la iniciación del juicio sobre privación de la responsabilidad parental puesto que la madre optó por mantenerlo en silencio ante el eventual desacuerdo del profesional tratante. Ya con anterioridad, la madre había interrumpido el tratamiento por no compartir las hipótesis de abordaje terapéutico elaboradas por el psicólogo del niño.

El padre quedó desvinculado del niño tras la separación y sólo ocasionalmente los abuelos paternos han tenido algún contacto con Damián. El padre es desconocido en la escuela y nunca ha cumplido su obligación alimentaria. Tres años antes de la iniciación de la demanda, negó a la madre la autorización para salir del país, hecho que la motivó a solicitar la privación de la responsabilidad parental.

Damián dice lo que la madre quiere que diga y en tal sentido repite sus palabras. No obstante, puede expresar algunas opiniones que, aunque ambiguas, están cargadas de sentido: "... capaz que lo odio, capaz que lo quiero...", para concluir con una frase más que elocuente: "... no quiero saber nada de la patria potestad... no me importa nada".

El dictamen pericial destacó las características personales y familiares de este niño, principalmente las dificultades en la relación con su madre. Se señaló la ambigüedad que recorre el planteo de Damián acerca del destino de la relación con su padre y la esperanza (aunque nunca del todo explicitada) de hallarlo, esperanza de la que también participa en algún grado su madre. Se destacó el silencio con que la madre cubrió su demanda legal ante aquellas autoridades que pudieran cuestionarla (docentes y terapeuta). Asimismo, se señaló la real desvinculación paterna y la abdicación en la función de sostén, aunque estimándose insuficiente desde el punto de vista psicosocial para proceder, sin más, a hacer lugar a la demanda habida cuenta los antecedentes antes descriptos. Finalmente se sugirió la realización de nuevas evaluaciones que permitieran fundamentar la conveniencia y oportunidad de la demanda planteada, requiriéndose la intervención de aquellos profesionales cercanos a la problemática y cuya voz pretende silenciarse (docentes y psicólogo).

Las conclusiones de la pericia psicológica realizada en el mismo expediente se orientaron en idéntico sentido, sugiriendo un tratamiento psicológico para la madre, que la ayude a escuchar las necesidades de su hijo.

MARIANA Y DARÍO

Mariana y Darío son progenitores de cuatro hijos varones; llevan cinco años de separados y están divorciados. Ella vive con sus hijos y él, con sus progenitores. Ambos pertenecen a familias de altos ingresos, dedicados a la actividad empresarial. Luego de un matrimonio conflictivo desde su inicio, Mariana insta la separación y el divorcio, apoyada por sus progenitores, quienes pretendían obtener la nulidad religiosa de esa unión. Darío ha cumplido irregularmente sus obligaciones parentales durante y después del divorcio y todas las referencias obtenidas se orientan a su inmadurez y su falta de responsabilidad. Darío reconoce que su actitud ha sido la de retraerse ante los obstáculos y las dificultades, aunque también parece claro que en ocasiones se le ha impedido mantener una libre relación con sus hijos, quienes siempre le brindaron una favorable acogida.

Luego de un período de varios meses de una desvinculación paterno-filial no suficientemente demostrada, Mariana solicita la privación de la responsabilidad parental de Darío, fundamentándola en su abandono. La respuesta inmediata de Darío es solicitar un régimen de comunicación, petición de la que Mariana descrea que sea genuina y que responda al interés paterno, sino que atribuye al deseo de los abuelos paternos. Mariana asegura que a sus hijos “no les falta figura masculina” pues la encuentran en su abuelo materno, mientras que éste y su esposa juzgan pernicioso la influencia del padre sobre los hijos, aunque no se hayan relevado comportamientos que así lo expliquen.

La evaluación social incluyó a progenitores, hijos y abuelos y resultó suficiente para concluir de manera contundente en la inconveniencia de privar de la responsabilidad parental a un padre deseoso de ejercer su rol y capacitado -más allá de sus limitaciones- para asumir su función parental. Se hizo hincapié en la suplementariedad producida en la relación entre ambos progenitores y del lugar de exclusión que Mariana y sus progenitores asignaban a Darío, lo que reforzaba sus resistencias y dificultades. La favorable recepción paterna por parte de los hijos constituyó un dato vital a la hora de realizar sugerencias y recomendaciones sobre el tema de fondo. Se recomendó una intervención terapéutica familiar para trabajar acuerdos en beneficio de los hijos y se sugirió la fijación de un régimen de comunicación. Por razones estratégicas se consideró conveniente que los encuentros con el padre fueran asistidos, por lo cual se acordó un régimen de comunicación supervisado por el trabajador social, que se extendió durante algunos meses. Dicho período -si bien más extenso de lo necesario- gestó las condiciones para fortalecer la relación de los niños con el padre y la familia extensa y posibilitó la ampliación del régimen de comunicación, ya sin supervisión profesional.

LAS DEMANDAS ALIMENTARIAS

*Los pobrecitos tal vez
no tengan ande abrigarse,
ni ramada ande ganarse,
ni rincón ande meterse,
ni camisa que ponerse,
ni poncho con que taparse.*

“Martín Fierro”. José Hernández.

“...con mi mujer cuando nos vemos
nunca tenemos el más mínimo conflicto;
ella se ocupa de alimentarme los niños
y yo le paso un tanto al mes por los servicios”.

“Yo me manejo bien con todo el mundo”. Joan Manuel Serrat.

Grosman (1994) ha señalado que numerosas investigaciones han demostrado un empeoramiento en el nivel de vida del hogar encabezado por la madre que cuida a sus hijos/as, empobrecimiento que afecta la calidad de vida de los hijos/as y que se origina en diversos factores, entre los que señala: el incumplimiento alimentario de progenitores a hijos/as, que se agudiza con el correr del tiempo; la insuficiencia de los aportes alimentarios para cubrir el costo de manutención y la falta de reclamos de alimentos de la mujer para sí y para sus hijos. Concluye la autora que el trabajo personal realizado por la mujer en las tareas relacionadas con los aspectos cotidianos de la vida de sus hijos se suma, por lo general, al trabajo que debe realizar para mantener a sus hijos/as, situación que vulnera los derechos de los hijos/as y los de la mujer. Para Grosman, las normas que sancionan el proceder negligente de los progenitores que se desentienden de sus responsabilidades deben ir acompañadas de una justicia eficaz y accesible a la comunidad y de normas de derecho social (como ocurre en países como Francia, Suecia, Suiza, Finlandia y Canadá), que intenten subsanar la excesiva desigualdad que sufre la mujer por la ruptura conyugal.

La prestación de alimentos comprende, tal como lo indica el art. 541 del CCCN, lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación. La norma establece que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

Como sostiene Molina de Juan (en Herrera, 2015), la obligación se extenderá a la necesidad, en concurrencia con la posibilidad, tratándose de parámetros sumamente relativos que dependen de las circunstancias concretas de cada caso ante la ausencia de criterios fijos para evaluarlos. En cuanto al alimentante, la

afectación no debe ser tal que le imponga privaciones a él o su familia, no obstante lo cual, la falta de posibilidades económicas de un obligado a prestar alimentos no hace cesar el derecho alimentario del peticionante, sino que dará lugar a la obligación de otro/a pariente obligado en relación subsidiaria, siempre que éste/a tenga las posibilidades requeridas.

La prestación alimentaria se cumple, como lo indica el art. 542, mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado/a puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes. Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva, pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por periodos más cortos. En tanto, la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos.

El art. 537 del CCCN indica que los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes (progenitores, abuelos/as, hijos/as, nietos/as mayores de edad). Entre ellos/as, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los/as hermanos/as bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez/a puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Conforme Molina de Juan (en Herrera, 2015), la obligación alimentaria entre los/as parientes es recíproca y encuentra su fundamento en la solidaridad familiar y responde a la finalidad de asegurar la digna subsistencia de los/as parientes más cercanos. Los progenitores deben alimentos a los hijos/as menores de edad hasta los 21 años y con posterioridad a esa edad y hasta los 25 años, para el hijo/a mayor que se capacita. Si el demandado considera que existe un/a pariente en mejores condiciones para prestar los alimentos, puede ser desplazado/a de su obligación, si alega y prueba esta situación fáctica.

El art. 676 del CCCN expresa que la obligación alimentaria del progenitor afín -cónyuge o conviviente- respecto de los/as hijos/as del otro/a, tiene carácter subsidiario y cesa en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Su duración debe definirla el juez, de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado/a, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo/a del otro/a, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio.

Como lo señala el art. 548, los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente —se

refiere a la mediación prejudicial-, siempre que la demanda se presente dentro desde los seis meses de la interpelación.

Destaca Molina de Juan que las cuotas de alimentos fijadas no son definitivas y siempre son susceptibles de modificación ya que no se puede establecer a priori su duración, ni tampoco en forma definitiva su cuantía. En mérito de ello, la sentencia que determina la cuantía de la prestación es revisable cuando varíen los presupuestos que se tuvieron en cuenta para determinarla. En cuanto a sus efectos, la sentencia que ordena el aumento es retroactiva a la interposición de la demanda o la mediación, mientras que la que ordena la disminución produce efecto hacia el futuro a partir del momento en que queda firme.

Videtta (2015) sostiene que el derecho de alimentos de los hijos constituye un derecho civil nacido del nexo filial, a la vez que implica un derecho social que debe ser protegido por el Estado y que, en consecuencia, violan los derechos del niño/a tanto el padre que incumple su obligación alimentaria como el Estado que no asume la responsabilidad a la cual se comprometió. Ello, en razón de que el Estado debe suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que implican una ayuda directa a dicha persona, tal como lo exige la Convención de los Derechos del Niño (CDN). La autora puntualiza que esta norma sostiene que incumbe al Estado el tomar “todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los progenitores u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño”. Va de suyo que medidas tales como la AUH, el registro de deudores alimentarios, la legislación que castiga el incumplimiento alimentario o las pensiones no contributivas se complementan frente a ese propósito, aunque no suplen la obligación parental incumplida.

Para la autora, estos incumplimientos de obligaciones establecidas judicialmente se producen, muy frecuentemente, de forma deliberada por la negativa del obligado/a al pago de alimentos a satisfacerlos y, en otros casos, por la imposibilidad real del deudor/a de hacerlos efectivos. En ambos supuestos, el resultado es que se producen numerosas situaciones de precariedad para los/as hijos/as menores y, con ello, para la unidad familiar en que se integran junto con la persona que los tiene bajo su guarda.

El Estado tiene la obligación -en virtud de los tratados de derechos humanos que ha ratificado y en especial, la Convención de los Derechos del Niño-, de asumir su responsabilidad y velar por el bienestar psicofísico de sus niños, niñas y adolescentes. En consideración a dichos fundamentos, Videtta propone un Proyecto de Ley de Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, a cargo del Ministerio de Desarrollo Social, con la finalidad de garantizar a los hijos e hijas menores de edad y a los mayores incapacitados el pago de los alimentos reconocidos en virtud de resolución judicial firme o convenio judicialmente aprobado, cuando los mismos estén impagos, mediante el abono de una cantidad que tendrá la condición de anticipo. Dicho monto está destinado a aquellos/as titulares de un derecho de alimentos judicialmente reconocido e impago, que forme parte de una unidad familiar que

carezca de recursos y/u otra fuente de ingreso regular o suficiente para satisfacer las necesidades básicas. La cuantía del anticipo que abonará el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (FGPA) será la que fije la resolución judicial y se abonará en forma mensual en concepto de pago de alimentos.

El plazo máximo de percepción del anticipo reconocido a cada beneficiario es de dieciocho meses, ya sea que se perciba el anticipo en forma continua o discontinua. El proyecto se propone tutelar el interés superior del niño/a, por sobre cualquier otra consideración, tal cual lo dispone la Convención de los Derechos del niño. Se trata para la autora de una iniciativa política que aborda la solución de un problema social de indudable importancia y que avanza en la protección integral de niñas, niños y adolescentes en consonancia con las leyes vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Una cuestión que reviste especial significación en los litigios de familia es la relación existente entre alimentos y régimen de comunicación. No obstante la claridad con que la jurisprudencia se ha expresado en el sentido de destacar que no puede haber relación de reciprocidad entre ambos derechos puesto que el incumplimiento de un progenitor/a no autoriza el incumplimiento del otro/a, la realidad parece circular por otro andarivel. Es alarmante la frecuencia con la que los/as operadores/as judiciales escuchamos decir a los/as progenitores que ellos/as no pagan alimentos puesto que se les impide ver a sus hijos/as, o que no se les permitirá verlos hasta tanto no cumplan con su obligación alimentaria. Se trata de una dramática realidad, que resiste muchas veces la intervención judicial y que requiere de un arduo trabajo con los progenitores, por lo general poco dispuestos/as a favorecer los derechos del otro/a, aunque siempre se trate de los derechos de los hijos/as. En efecto, tanto los alimentos como la comunicación con los hijos/as son derechos que corresponden básicamente a éstos/as, siendo un deber de los progenitores garantizar el cumplimiento de dichos derechos, obligación inherente a sus funciones parentales.

Sin perjuicio de ello, es notoria la relación causal que impera entre ambas obligaciones. Grosman (1994) ha planteado que diversas investigaciones verifican que cuanto mayor es el contacto del padre con su hijo/a, más fuerte es su compromiso para pagar alimentos y, a la inversa, aumenta su resistencia y desinterés a medida que deja de ver a sus hijos/as, demostrándose de este modo cómo la asiduidad en el trato estimula el cumplimiento de la responsabilidad de sustento. También Pruett (2001), estudiando la relación entre alimentos y cuidado personal compartido, afirma que el incumplimiento del pago de la cuota de alimentos de los/as niños/as se ve prácticamente eliminado cuando se acuerda ese tipo de cuidado personal. Aporta cifras censales que señalan que el 90% de los progenitores con cuidado personal compartido pagan en tiempo la cuota alimentaria, frente al 56% de progenitores que sólo tienen régimen de comunicación. Para Pruett, sólo cuando el cuidado personal y la comunicación con los/as hijos/as se niegan sistemáticamente, el pago de alimentos cae por debajo de la línea del 50%.

El incumplimiento de la obligación alimentaria no sólo supone la existencia de una norma legal desoída, sino que además tiene graves efectos sobre las relaciones vinculares entre padre e hijos/as y constituye un caso de violencia económica. Cuando un progenitor no asume la responsabilidad de sostener económicamente a sus hijos/as -pudiendo hacerlo- los expone a una situación de carencia cierta, ya que la falta de apoyatura material implica la privación de las necesidades más elementales. A ello podríamos sumar que los/as niños/as (principalmente los de edad pre-escolar) experimentan la fantasía de no ser alimentados/as tras la separación de sus progenitores. Finalmente, una suerte de presión familiar puede ubicar al incumplidor -generalmente el padre- como desinteresado por el bienestar de los/as hijos/as, noción que se cristaliza como mandato en ellos/as, apoyada sin duda en fuertes e irrefutables elementos empíricos. Como resultado de este panorama, realidad, fantasía y mandato se unen en una trama compleja y vienen a reforzar un sistema de ideas y creencias sobre el progenitor no conviviente que puede propiciar, favorecer o acentuar un probable proceso de exclusión parental.

Es preciso puntualizar que la noción de “alimentos” debería extenderse a una variada constelación de necesidades inherentes al proceso de crecimiento y desarrollo de los/as hijos/as, aunque traducida en términos económicos. En efecto, parece resultar habitual en las demandas para fijación de cuota alimentaria que nos encontremos con otra demanda (más amplia, aunque de carácter implícito) que se relaciona con la necesidad de lograr una presencia más activa y responsable del padre en la vida de los/as hijos/as. Pareciera que ante la imposibilidad de lograr esto, se circunscribe el reclamo principal en los aspectos económicos, expresión que traducida al lenguaje cotidiano escuchamos como “... por lo menos que pague lo que le corresponde”. Es dable imaginar que cuando se ha llegado a la instancia judicial para reclamar lo que es un derecho de los/as hijos/as y un deber de los progenitores, es porque generalmente han fracasado los intentos de resolver la cuestión por otros medios no adversariales.

La práctica indica que salvo casos excepcionales (vinculados a personas y/o familias de elevado poder adquisitivo), los montos reclamados –aunque en ocasiones sobredimensionados- resultan compatibles con las necesidades de los/as hijos/as y con la capacidad económica del alimentante, que constituyen los dos parámetros utilizados para la fijación de la cuota alimentaria.

Otra cuestión que se despliega cuando un padre no cumple con su obligación alimentaria guarda un carácter más latente y se vincula, en mi opinión, a la idea de una adultez responsable y un ejercicio también activo y responsable de la parentalidad. La imagen que muchos hombres pretenden mostrar como sujetos desprotegidos y limitados en su capacidad guarda una íntima relación con un debilitado ejercicio de su paternidad. Lo que tales progenitores enseñan a sus hijos (probablemente sin quererlo y aun a pesar de sus declaraciones en contrario) es a asumir con irresponsabilidad las tareas y funciones adultas, transmitiendo además

un modelo paterno poco favorable para el proceso de identificación de niños y adolescentes, sean éstos varones o mujeres.

Son sabidas las dificultades que, por lo general, existen para garantizar a los/as hijos/as y obligar a los progenitores el pago de las responsabilidades alimentarias. A los ardides planteados por muchos hombres incumplidores, se suma una legislación que, habitualmente, parece ajena a estas graves omisiones en el cumplimiento de los deberes parentales. Se consolida de este modo una situación injusta, impune, que parece legitimar aquella irresponsabilidad, dejando a los/as hijos/as a merced del deseo de “colaborar” que tengan sus progenitores, desvirtuándose así el sistema de valores y responsabilidades jurídicas.

Con el propósito de hallar soluciones a este grave problema, en la Ciudad de Buenos Aires y desde el 29-3-00, rige la Ley 269 “Registro de Deudores Alimentarios”, aplicada para sancionar a quienes no cumplen con su obligación alimentaria. Esta ley impone restricciones a quienes adeuden tres cuotas alimentarias consecutivas o cinco alternadas, ya sean alimentos provisorios o definitivos fijados u homologados por sentencia firme. Entre tales restricciones se menciona: no podrán obtener y/o renovar licencia de conducir, obtener créditos o tarjetas de crédito del Banco Ciudad, ser proveedores del gobierno porteño, solicitar habilitaciones, transferir la titularidad de un negocio, ser funcionarios públicos o jueces del fuero local, ser candidato para cargos electivos, hasta que paguen sus deudas.

La inclusión o la baja del registro de deudores alimentarios sólo puede solicitarla un/a magistrado/a, de oficio o a petición de parte. El listado es público, pero sólo se puede requerir información sobre una persona determinada.

Según estadísticas judiciales, en siete de cada diez litigios alimentarios existen incumplidores, resultando deudor el varón, en la mayoría de los casos. La ley recoge la idea que sostiene que la cuota alimentaria es un derecho de los/as hijos/as, contemplado por la Convención Internacional de los Derechos del niño. Los estudios de Cecilia Grosman concluyen que la proporción más alta de incumplidores corresponde a los estratos medios de la sociedad: hombres vinculados al comercio, la industria o profesionales liberales y en más de la mitad de los casos no se encuentran en relación de dependencia.

Estudios de legislación comparada permiten conocer que en algunos países de Europa el progenitor moroso es deudor del Estado, siendo éste quien abona un salario mínimo al progenitor/a perjudicado/a, a título de adelanto de la cuota, mientras que el Estado persigue el cobro de la deuda alimentaria. Molina de Juan (en Herrera, 2015) describe ejemplos de tribunales de Argentina, Costa Rica, El Salvador, en los que se dispuso la prohibición de salida del país de los deudores alimentarios.

En referencia a los procedimientos para la fijación de la cuota alimentaria, Jay Folberg y Alison Taylor³² describen tres métodos para su determinación:

- El método caso por caso: considera, entre otros, el nivel de vida de los progenitores; sus medios financieros; su capacidad para obtener ingresos; las necesidades de los/as hijos/as; sus edades; la capacidad de éstos de obtener ingresos.
- El método de porcentaje: es el más simple ya que se trata de establecer un porcentaje de los ingresos del alimentante.
- El método de fórmula: establece la proporción de alimentos de cada progenitor en relación a la combinación entre ingresos y necesidades de los/as hijos/as. La ecuación es:

Obligación del padre no conviviente:

$$\frac{\text{ingreso del progenitor no conviviente} \times \text{necesidades de los hijos}}{\text{ingreso del progenitor no conviviente} + \text{ingreso del progenitor conviviente}}$$

Ejemplo: Ingreso anual del progenitor conviviente: \$ 60.000
Ingreso anual del progenitor no conviviente: \$ 480.000
Necesidades de los hijos: \$ 160.000

De ello resulta:
$$\frac{480.000 \times 160.000}{480.000 + 360.000} = \frac{76.800.000.000}{840.000} = \$91.428$$

Es decir que la obligación anual del progenitor no conviviente es de \$ 91.428.

No obstante la importancia que reviste el tema en cuestión, es preciso considerar que la actividad pericial no persigue la finalidad de establecer el monto de la cuota alimentaria puesto que ésta es una atribución de los/as magistrados/as sobre la que no se expide el perito. Habitualmente, aquello que se requiere de los/as trabajadores/as sociales es la determinación del nivel de vida y la capacidad económica del alimentante y/o la consideración de las necesidades de los/as hijos/as, a veces merituada en valores económicos mensuales.

En referencia a los tres métodos expuestos diremos que la fijación de un porcentaje de los ingresos del alimentante parece resultar en la justicia argentina el medio más habitual para la determinación de la cuota alimentaria. Dicho porcentaje suele oscilar entre el 20 y 30% de los ingresos.

³² FOLBERG-TAYLOR. Op. Cit.

ALGUNAS SITUACIONES DE DEMANDAS ALIMENTARIAS

AUMENTO DE LA CUOTA ALIMENTARIA

Alicia y Emilio están separados hace ocho años; su único hijo de 11 años, Emiliano, vive con Alicia y mantiene contacto permanente con su padre, cuyo domicilio frecuenta todos los fines de semana. Alicia es una mujer independiente que siempre trabajó como empleada administrativa. Ella fue quien decidió separarse, muy a pesar del deseo de Emilio, un hombre con escasa capacidad para registrar los conflictos vividos en la pareja que llegó a proponerle continuar la convivencia y que "... cada uno haga su vida". Para él, la separación fue un suceso repentino del que no encontró causas aparentes. Emilio vive con sus progenitores octogenarios y con su hermana, también separada.

Emiliano sufre una enfermedad hematológica que requiere tratamiento interdisciplinario intensivo que incluye la práctica de deportes. Actualmente realiza con cierta discontinuidad el tratamiento psicológico iniciado hace siete años y ha suspendido las tareas deportivas y sus estudios particulares de idioma y computación en razón de la imposibilidad de su madre de afrontar dichos gastos.

Emiliano quiere mucho a su padre, a quien protege y justifica por sus incumplimientos, exigiéndole, en cambio, a su madre lo que a su padre no le reclama. Emilio es mecánico; ha vendido un automóvil sin el consentimiento de su cónyuge y utiliza un vehículo para sus traslados que, dice, es cedido en préstamo por un amigo (según versión de Alicia dicho vehículo está inscripto como propiedad de ese amigo). Alicia reclamaba de Emilio el pago de un estudio médico de alta complejidad y frente a su silencio decidió interrumpir durante dos meses el régimen de comunicación, que fue reiniciado cuando el padre se hizo cargo de aquel pago.

Alicia presenta una demanda por aumento de cuota alimentaria, solicitando un monto que triplica la suma aportada por Emilio, que es exigua y no permite cubrir las necesidades de su hijo. De hecho, Alicia debió suspender varias de las actividades que Emiliano realizaba, ante la imposibilidad de asumir su pago. Esto significó un importante recorte en los contactos sociales del niño y un mayor repliegue al ámbito materno, donde es sobreprotegido.

Emilio no apoya la psicoterapia de su hijo ni la realización de deportes puesto que cree que la enfermedad del niño (demostrada por pericia médica) es "... un invento de la madre". Juzga la demanda alimentaria como un interés material de su ex-esposa y a pesar de reconocer lo reducido de su aporte económico (el 25% de sus ingresos declarados), asegura que no dispone de posibilidades de aumentar la cuota mensual.

Las conclusiones de la pericia se focalizaron en el tema objeto de tratamiento judicial, sin perjuicio de incluir en su análisis otras variables que también inciden en

su emergencia, entre ellas: una inadecuada elaboración de Emilio de su separación matrimonial, su dependencia de la familia de origen y la sobreprotección materna hacia el niño. Se destacó el importante lugar que el padre ocupa en el universo emocional de Emiliano y la necesidad de preservar ese vínculo, sin la interferencia materna, cuya decisión de interrumpir el régimen de comunicación puede provocar mayores dificultades en la inserción psicosocial de Emiliano.

Respecto del tema central (alimentario) se concluyó que Emiliano ha mostrado un progresivo y sostenido deterioro de sus actividades terapéuticas y de socialización, destacándose que estas últimas constituyen un medio de reforzar sus capacidades que permanecen intactas y no expuestas a la condición de “discapacidad”. En razón de ello, con el objeto de garantizar la satisfacción de las necesidades del niño y habida cuenta la capacidad económica del padre, se estimó que resultaba imprescindible adecuar la cuota alimentaria a las necesidades de Emiliano ya que el aporte vigente no satisface esos requerimientos básicos.

¿ALIMENTOS O CUIDADO PERSONAL?

Ruth y Hugo convivieron en matrimonio por espacio de aproximadamente trece años, fruto de cuya relación nacieron tres hijos, quienes tienen en la actualidad 15, 10 y 8 años de edad. Se encuentran separados hace cinco años y recientemente han acordado su divorcio, lo que permitió regularizar los aportes alimentarios, hasta entonces interrumpidos largamente por el padre. La intervención pericial es requerida a los fines de indagar acerca del conflicto familiar y sugerir eventuales soluciones.

Entre los antecedentes de la pareja se mencionó que el matrimonio fue un “arreglo familiar”, que existió violencia sexual en la pareja y una reiterada conducta de infidelidad masculina durante el matrimonio. Luego de dos años de producida la separación matrimonial los niños debieron volver a vivir con el padre en razón de la imposibilidad económica de la madre de cubrir sus necesidades materiales y la ausencia de aportes alimentarios. Tras dos años de convivencia en la casa paterna, los niños vuelven a vivir con su madre, junto a quien residen hace dos años. A diferencia del período en que vivieron con el padre -en que estuvieron desvinculados de la madre-, la convivencia con la progenitora ha posibilitado un régimen de comunicación regular en la casa paterna.

Luego del acuerdo de divorcio, el principal tema de controversia gira en torno a los alimentos y el cuidado personal de los hijos, aunque este último no ha sido requerido legalmente por el padre. Si bien la intervención solicitada al perito lo fue en el marco del primero de los temas aludidos, se destacó la imposibilidad de soslayar el conflicto en torno al cuidado personal por la fuerza que adquiriría esta temática para la madre y para los hijos, por cuanto constituía un obstáculo generador de incertidumbre e inestabilidad emocional.

En cuanto a la relación de los niños con el padre se indicó que ese vínculo podía ser reforzado, no obstante algunas críticas que los niños formulaban en torno a la permanencia en el hogar paterno -las que tampoco eran percibidas por el padre-. Por tal razón se alentó la continuidad del régimen de comunicación tal como se estaba desarrollando en la práctica.

En referencia al tema alimentario se puso de relieve que la madre presenta importantes dificultades económicas, en especial la falta de vivienda, resultando sus ingresos inestables. Asimismo, se destacó que no quedaba clara la vinculación de Hugo con el negocio familiar en el que trabaja, existiendo algunas reservas respecto de los ingresos mensuales referidos. Respecto de las óptimas condiciones de la vivienda que ocupa se mencionó que no resultaban compatibles con los ingresos declarados, ni se presentaba verosímil la versión ofrecida al perito en el sentido de que dichas obras habían sido encaradas por la madre de Hugo, una anciana jubilada que carece de otras fuentes de ingresos, como él mismo lo informara. Se señaló que era vital mantener la continuidad de los aportes económicos paternos y que las dificultades habitacionales vividas por la madre (y cuestionadas por el padre) podrían tener solución en la medida en que dichos aportes resultaran estables.

Respecto al tema cuidado personal, se puntualizó que los/as hijos/as mantienen con la madre una favorable relación de convivencia, ocurriendo lo propio con la pareja de aquélla. No se observaron signos de malestar, desatención o rechazo en el vínculo materno-filial. En suma, no habiéndose observado situación de riesgo psico-social en torno de dicho vínculo y habida cuenta de los antecedentes del caso, se concluyó que era altamente aconsejable resolver el cuidado personal de los/as hijos/as en favor de la madre, puesto que ésta, además, garantizaba la continuidad de la relación paterno-filial.

FIJACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA

Alcira es madre de cinco hijos varones, de 18, 15, 13, 11 y 10 años de edad. Es docente y percibe una renta mensual por el alquiler de una vivienda de su propiedad. Sus ingresos ascienden a \$64.000 mensuales. El padre de sus hijos, Alberto, es abogado y asegura percibir \$40.000 mensuales. Están separados hace un año, momento desde el cual los hijos viven con la madre. Alcira solicita la fijación de una cuota alimentaria de \$35.000, tres veces superior al monto que Alberto aporta mensual y regularmente.

De los datos recabados se concluye que el nivel de vida de los hijos ha sufrido una disminución a partir de la separación de sus progenitores, hecho frecuente en este tipo de situaciones, en tanto el aporte alimentario que recibe la actora resulta insuficiente para atender las necesidades de los hijos en forma integral. Se mencionó que el 65% de dicho aporte es destinado al pago de servicios educativos,

destinándose el resto para atender las necesidades de alimentación, vestimenta, recreación, salud, servicio doméstico y otros gastos eventuales.

De los datos aportados por el padre se concluye que los ingresos mensuales declarados resultan inferiores a sus gastos fijos, cuestión que así se destacó en el informe pericial), dato que permitía inferir algún error u omisión en la información suministrada por el demandado. Ello era así puesto que, incluso, el monto declarado de egresos no incluyó los gastos que demandaba su propia alimentación, vestimenta, recreación, etc.

En el aspecto habitacional se destacó que se encontraban satisfechas las necesidades de los hijos, quienes disponían de una vivienda que satisfacía los requerimientos de un grupo familiar integrado por seis personas. Respecto del valor de la cuota alimentaria se hizo hincapié en que las necesidades económicas de los hijos triplicaban la suma aportada por el padre, debiendo meritarse en razón de la capacidad económica paterna -cuestión que sería probada en juicio-, a cuánto debía ascender el aporte alimentario mensual.

Luego de hacerse hincapié en que hasta allí se trataron datos referidos a la cuestión económica se destacó que existía otra problemática, silenciada por las partes -al menos en su aspecto formal, es decir no vertida en el expediente judicial- y que estaba relacionada a los problemas vinculares en este grupo familiar. Se puntualizó entonces que se trataba de un sistema que se encontraba en permanente estado de conflicto, donde las relaciones vinculares entre el padre y sus hijos no satisfacían las necesidades del padre; existían reproches mutuos acerca de la forma en que se desempeñaban los roles parentales; se observaba una comunicación distorsionada en el sistema parental y un grado de desconfianza permanente acerca del otro. Asimismo, se puso de relieve que ninguna de las partes parecía francamente dispuesta a encarar una solución de tales conflictos a través de un proceso de cambio, concentrándose ambos progenitores sólo en la lucha por cuestiones económicas.

Se planteó que el pronóstico de este grupo familiar era desfavorable si cada uno de los progenitores no tomaba cuenta de la importancia de aunar mínimos criterios que salvaguardaran el adecuado desarrollo psicosocial de sus hijos menores de edad. Estos se encontraban expuestos a una situación de permanente confrontación entre sus progenitores, modelo que probablemente adoptarían en su vida de relación si no disponían de la posibilidad de aprendizaje de otra modalidad relacional.

LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD

En el derecho existen dos tipos de capacidades, la capacidad de derecho y la capacidad de hecho. La primera otorga al sujeto la titularidad del derecho, mientras que la capacidad de hecho permite a la persona ejercerlo por sí mismo. El nuevo código Civil y Comercial establece en su artículo 100 que por regla general las personas incapaces ejercerán por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí mismos.

El nuevo código establece quiénes serán los representantes de los incapaces y dice que de las personas por nacer y de los menores de edad serán representantes legales sus progenitores. En el caso que éstos no pudieren serlo -por fallecimiento, incapacidad- se les designará un tutor. Por último, explica que en los casos de personas con capacidad restringida podrá designarse un curador.

La tutela está destinada a brindar protección a la persona y a los bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental. El artículo 117 del nuevo código establece que el tutor es el representante legal del niño, niña u adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

El CCCN establece que son representantes: a. de las personas por nacer, sus padres; b. de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c. de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez/a que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los/as titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez/a que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los/as titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente. Si es ejercida por más de una persona,

las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el/la juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público.

Existen tres tipos de tutela: 1) la designada por los padres respecto de sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública (debe ser aprobada judicialmente). Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad. 2) la tutela dativa. Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos/as designados/as, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad. 3) la tutela especial, designada judicialmente, en general, cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar; cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.

La tutela no puede ser ejercida por quienes no tienen domicilio en la República; quebradas no rehabilitadas; privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible; quienes deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país; quienes no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria; condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad; deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela; quienes tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos/as; inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida; quienes hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente.

La tutela es siempre discernida judicialmente; para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente; tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Quien ejerce la tutela debe llevar cuenta fiel y documentada de las entradas y gastos de su gestión. Debe rendir cuentas: al término de cada año, al cesar en el cargo, y cuando el/la juez lo ordena, de oficio, o a petición del Ministerio Público.

La tutela termina: a) por la muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela; b) por la muerte, incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. Son causas de remoción del tutor: a) quedar comprendido en alguna

de las causales que impide ser tutor; b) no hacer el inventario de los bienes del tutelado, o no hacerlo fielmente; c) no cumplir debidamente con sus deberes o tener graves y continuados problemas de convivencia.

Acerca del curador: la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

Los progenitores pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos/as incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el/la juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los/a hijos/as, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

LA DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA

En esta materia es vital detenernos en la idea que sostiene la existencia de “familias con padecimientos mentales”, ya que ello abre un debate sobre una larga discusión sobre la emergencia y la comprensión de la enfermedad mental. Pichon-Riviere (1985) sostuvo que la unidad de análisis del emergente llamado enfermedad mental es el grupo familiar, cuestión que muchas veces fue erróneamente interpretada y simplificada a la idea que sostiene que “la familia está enferma”. Y la distinción no resulta ni inocente, ni indistinta, ni inocua, máxime si lo que nos convoca en ocasiones en la actividad pericial es pensar el desempeño de las funciones parentales al interior de las organizaciones familiares con miembros con padecimiento mental. No cabe duda de que la emergencia de la enfermedad mental involucra y compromete a todos los miembros del grupo familiar, y en tal sentido la idea de familias con padecimientos mentales nos hace reflexionar sobre ciertos grupos familiares en los que esta problemática emerge. Pero si aceptamos la presencia de una familia enferma resultará mucho más complejo encontrar caminos de resolución al problema presentado, por cuanto se restringirán las posibilidades de soluciones alternativas a los cuidados parentales.

No existen dudas de los efectos deteriorantes que los procesos de enfermedad generan muchas veces en las personas. Y en ocasiones no sólo los procesos patológicos generan tales inconvenientes sino también otras situaciones de crisis vitales, aunque no lleguen a conformar enfermedad. De modo que por obvio que resulte, inicialmente deberemos aceptar que las crisis (y el surgimiento de un padecimiento mental lo es en grado extremo) tienen la capacidad de alterar seriamente nuestros desempeños cotidianos, generando extrañeza, distancia o apatía donde antes había ciertos niveles de eficacia adaptativa. Y comprender esta cuestión es

central para evitar deslizamientos personales y expectativas desmedidas sobre nuestros usuarios, que parten del deber ser y nos conducen a prácticas disciplinadoras y adaptativas. Abordar lo obvio también es interrogarnos sobre la minimización de los conflictos, perspectiva desde la cual todo se reduce a lo irrelevante y nos ubica en posiciones cercanas a la iatrogenia. La ingenuidad y el voluntarismo constituyen ejemplos nocivos en la práctica profesional con familias.

La Ley 26.657 de Salud Mental, sancionada en 2010, incorpora cambios sustantivos en materia de derechos en el campo de los padecimientos mentales y marcó un hito en el camino de reformular el paradigma, aún hoy hegemónico en la Argentina, que se basa en la concepción de que las personas usuarias de los servicios de salud mental son objetos de tutela y protección y, que deben ser sustituidas en la toma de decisiones. Asimismo, esta ley reconoce el derecho de todas las personas a acceder a la atención integral en salud mental, de acuerdo a sus necesidades, en un marco de igualdad y no discriminación.

Esta ley también establece la imposibilidad de realizar diagnósticos en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de la elección o identidad sexual, impidiendo de este modo abordar las orientaciones sexuales no hegemónicas en términos de patologías. Lo propio prescribe respecto a la realización de diagnósticos psicopatológicos o psiquiátricos de las identidades sexuales, que otrora posibilitaron tratar a las personas trans como enfermas mentales. Tanto la ley de salud mental como la ley de identidad de género ponen el acento en los derechos de los ciudadanos y ciudadanas a la diversidad sexual y despatologizan así las diferencias al modelo heteronormativo.

Nuestras sociedades tienen una larga trayectoria de negación, expulsión y segregación de las diferencias. La categoría de estigma desarrollada por Erving Goffman (2008) viene a explicar con claridad los mecanismos citados; se trata de un atributo personal profundamente desacreditador que convierte al sujeto en alguien menos apetecible y, en casos extremos, en una persona malvada, peligrosa o débil. Las disciplinas científicas han utilizado y utilizan todavía criterios de peligrosidad para evaluar las conductas humanas y las lecturas reduccionistas y totalitarias reemplazaron criterios situacionales, contextualizados y transitorios sobre el devenir de los sujetos. La salud mental en tanto dispositivo ha sido víctima de ese reduccionismo que podía dar por perdida para siempre la capacidad de un sujeto. Como sostienen algunos criminólogos críticos al referirse a la problemática del delito -aunque es perfectamente aplicable al tema que aquí nos convoca- si algo requiere ser resocializado es el contexto social en el que emerge el problema. No es posible segregar para integrar; excluir para socializar.

Pensar una intervención en consonancia con el derecho a la salud exige de nosotros y nosotras y de las instituciones en las que nos desempeñamos, adecuar nuestras prácticas a los derechos humanos y sociales, como también lo ha recogido recientemente nuestra Ley Federal de Trabajo Social. Podemos sostener sin temor a equivocarnos que con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial

se avanza en un camino iniciado por la Ley Nacional de Salud Mental, norma que involucró un gran avance en materia de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Respecto de la incorporación de la interdisciplina a varias de las normas y procesos alcanzados por el nuevo Código Civil y Comercial, cabe considerar que la Ley Nacional de Salud Mental se ocupó de definir a la salud mental como *“un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”*. Asimismo, estableció que

“en ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) elección o identidad sexual; d) la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización”.

Al respecto huelga destacar que no es posible abordar la complejidad de las nuevas concepciones en materia de salud mental, si no es a través de un trabajo que aborde los factores multidimensionales del problema, a partir de un diálogo fecundo, igualitario y complementario de los diferentes campos del saber, incluyendo los saberes de los usuarios y usuarias con padecimientos mentales. Y específicamente, cuando se trata de una persona con padecimientos psicosociales, no podría disociarse dicho padecimiento al de su trayectoria vital, de sus condiciones concretas de existencia, que son aquéllas en las cuales ese problema emerge.

No podría avanzarse en la construcción de metodologías de intervención y acompañamiento, si no es, claro, desde la interdisciplina y la intersectorialidad, abandonando miradas unidisciplinarias y hegemónicas, que reducen el problema a principios de causalidad lineal. Y es por ello que el nuevo Código Civil y Comercial recoge el paradigma de la Ley Nacional de Salud Mental al prescribir que todo proceso de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial. Al mismo tiempo establece que las sentencias sobre restricción de la capacidad de las personas se deben pronunciar sobre diagnóstico y pronóstico; época en que la situación se manifestó; recursos personales, familiares y sociales existentes; régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible; y que, para expedirse, es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario. Finalmente, este nuevo marco normativo establece que *“la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado”*. Y en lo atinente a la definición de apoyos para el ejercicio de la capacidad, se sostiene que

“las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

En suma, los nuevos paradigmas normativos establecen que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados (art. 22). Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas por el Código y en una sentencia judicial (art. 23). Se suprimen las categorías insania e inhabilitación, así como la designación de curador como medida generalizada. Se incorpora la noción de capacidad restringida, pudiendo el juez restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (art. 32).

Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador.

La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa (art. 36). Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez/a correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio (art. 36). La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados (art. 36). La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Respecto a la intervención del Trabajo Social en los equipos interdisciplinarios para la determinación de la capacidad jurídica, destacamos el protocolo elaborado por Angelini, Correa y Matteucci (2011), que propone indagar las áreas de comunicación; autocuidado; vivienda; cuidado de las pertenencias, del espacio; manejo y administración del dinero; preparación de alimentos; desempeño socio-comuni-

tario; convivencia, redes familiares y sociales; actitud hacia terceros; manejo en la vía pública; participación en instituciones; realización de gestiones; cumplimiento de los tratamientos; uso del tiempo libre; trabajo e ingresos; vida sexual y profilaxis; desempeño de las funciones parentales; participación política y derechos electorales, entre otros. En general, se evalúa si en cada una de las áreas se observa autonomía, si la realiza con supervisión, si requiere asistencia de terceros o si no lo lleva a cabo. Finalmente se concluye si el sujeto puede o no ejercer actos tales como casarse/divorciarse; votar; reconocer hijos y testar. Y si ejerce con autonomía, requiere supervisión o no logra ejercer por sí solo actos tales como: administrar ingresos mínimos mensuales (uno o dos haberes); administrar ingresos de sumas superiores a tres haberes mensuales; disponer de sus bienes (comprar, vender, alquilar, ceder); vivir solo/a; manejarse en la vía pública; ejercer la responsabilidad parental; sostener redes familiares y sociales; sostener tratamientos médicos y si cuenta con referente/s que sirvan de sostén.