

FILOCAM

DICIEMBRE 2022

**LA REVISTA DIGITAL DEL INSTITUTO DE
FILOSOFIA DEL DERECHO DEL COLEGIO DE
ABOGADOS DE MORON**

VOLUMEN XXVIII

Colegio de Abogados de Morón
Instituto de Filosofía del Derecho

Presidente: Jorge Omar Frega
Director: Cristian Callegari
Director adjunto: Osvaldo Nan
Co- directores: Adrián Cetrángolo
Secretario: Martín Aldax
Prosecretaria: María Eugenia Cavallo

Revista FILOCAM
Director
Jefa de Redacción y Coordinación General

Martín Aldax
Cynthia E. Callegari

Consejo de Redacción

Cristian E. Callegari - Osvaldo Nan

Staff permanente

Jorge Omar Frega - Gabriel Vignoni - Carlos Maddalena -
Mariana Kaul - Mariela Blanco - Mariana Rozenhauz -
Luciana Sofía Frega - Claudia Basiliz - Gustavo Baellia -
Héctor Raffo - José Luis Chammah - Juan Antonio Navarro
- Francisco Callegari - María Eugenia Cavallo - Pedro
Janevic - Olga Mater - Marcela Leal - Carlos Birocco -
Jorge Antonio Di Nicco - Elena Estela Ferrise - Pablo
Fernandez Steffe - Carolina Guerfell de Grenalfe - Jorge
Oscar Rossi - Gonzalo Rodríguez Naon - Paloma Gazzano
- Alberto Farinati - Max Molina - Patricia A. Cozzo
Villafañe

Arte de tapa

Gerónimo Giqueaux- Juana Illia

S U M A R I O

Presentación Filocam Volumen XXVIII.....	4
¿Somos los campeones? <i>Cristian Callegari</i>	5
El maltrato y abuso sexual infantil y las rispideces generadas por algunas líneas argumentativas <i>Hector Raffo - María Cassinari, Jorge Rómulo Mazzini y Juan Pablo María Viar</i>	7
Permanecí largo rato mirando el cielo decisiones al final de la vida <i>María Elena Vizcaychipi</i>	39
FILOCAM PREGUNTA <i>Entrevista a Graciela Morgade por Max Molina</i> .	53
El delito de peligro abstracto <i>Sandra Elizabeth Balzano</i>	60

Presentación Filocam Volumen XXVIII



[Presentación FILOCAM Volumen XXVIII](#)

¿Somos los campeones?



Cristian Callegari¹

El reciente campeonato mundial de fútbol nos ha entregado material de análisis para nuestro cosmos; este último mes desde un plano terrenal nos generó emociones, palabras, hermandades, disgustos, distracciones y sobre todo pasiones.

Con los resultados de la final en la que ganamos la Copa y una estrella más que señala el tercer campeonato obtenido, volcamos nuestras alegrías, justificamos carencias y en la épica representación de la guerra que significa la competencia deportiva, estuvimos por encima del resto de la humanidad, lo que evidentemente es mucho, muchísimo.

Luego de la muerte de Diego, cuya semblanza realizamos en la editorial “El año de la rata”², concluimos en que se nos había ido nuestro héroe, nos había dejado huérfanos y sin esperanzas.

De la nada, como en la mitología, nació otro líder, un nuevo semidios, que, por su talento natural, su liderazgo y con la ayuda del poder se convierte en otro héroe.

¹ Cristian Callegari, es abogado y procurador (UBA), fue vicepresidente 1ero. del CAM (2006/2008), fue consejero del CAM (2006/2014), es director de la Caja de la Abogacía (2018/2026), es miembro del Tribunal de Disciplina de la AAT, asambleísta en el CPACF, Revisor de cuentas de la AAT, además fue profesor de Filosofía del Derecho en la UBA y la UM, y es el director del Instituto del Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón, además de un dirigente colegial desde hace más de treinta años.

² Filocam, Cristian Callegari, pág. 19, ediciones DyD, 2021

Lionel Messi, ocupa ese espacio en el panteón de los dioses y héroes populares del mundo, superando todo lo imaginable, haciendo posible lo imposible, siendo un ser mágico que nos representa, nos redime y nos salva.

Si nuestra altura, como dice Marcial Gala, es de nuestra cabeza hacia el cielo, debemos repensar algunas cuestiones, ¿todos nosotros somos marionetas de fanatismos?, ¿los mundiales y juegos olímpicos no son parte del discurso de poder?, lo ocurrido durante el último mes, ¿nos adormeció como sociedad?

Para la antropología vivimos un tiempo de liminalidad, momento que es una suerte de limbo carente de status, un momento de paz social, de tregua, donde todos somos lo mismo, un momento fugaz donde nos fundimos detrás del fanatismo, la victoria, o la derrota. Es como ocurría con los carnavales, en donde nobles y siervos se mezclaban.

Este momento de liminalidad, nos permite aunarnos, el tiempo se ha suspendido y vivimos en forma efímera un momento de antiestructura. Disfrutemos y festejemos.

Lo mejor para el 2023.

El maltrato y abuso sexual infantil y las rispideces generadas por algunas líneas argumentativas



Héctor Raffo¹

Para abordar acerca de tan delicada cuestión hemos elegido escuchar a tres expertos en la materia, quienes elaboraron especialmente para nuestra revista un aporte significativo, aunque no excluyente sobre tema tan complejo.

Ellos son María Cassinari,* Jorge Rómulo Mazzini** y Juan Pablo María Viar***, profesionales que desde hace mucho tiempo se abocaron a investigar

¹ Abogado - Ex – Juez de Menores del Departamento Judicial de Morón – director de la Comisión de Abogados del Niño del CAM – Ex Integrante del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires – Docente Universitario – Ex presidente de la Asociación Argentina de Magistrados de la Justicia de Menores y de Familia.

¹ Enrique Eduardo Marí fue Licenciado en Filosofía, Abogado, ex profesor de Epistemología del Conocimiento Social en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de UBA.- Investigador Principal del CONICET, Autor de “Neopositivismo e Ideología” (Eudeba), El Discurso Jurídico, perspectiva psicoanalítica y otros a(Hachette), “La Problemática del Castigo” (Hachette), “Elementos de Epistemología Comparada” (Punto Sur), “Materiales para una Teoría Crítica del Derecho” (Abeledo Perrot).

* Magíster en Historia Social (UNLu), integrante del Programa de Estudios de Política, Historia y Derecho (UNLu) y de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Prevención del maltrato infantojuvenil (ASAPMI).

** Abogado. Asesor externo del Servicio de Violencias de Género del Hospital Municipal “Dr. Julio Méndez”, exintegrante de “Shalom Bait” –Asociación Civil de Prevención de la Violencia Familiar– y miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Prevención del maltrato infantojuvenil (ASAPMI).

*** Abogado (UBA). Especialista en Violencia Familiar (UBA). Profesor a cargo de la materia Aspectos Jurídicos en la Violencia Familiar y el Maltrato Infanto- Juvenil del Programa de Actualización Abordaje Interdisciplinario del Maltrato Infantojuvenil y la Violencia Familiar e Institucional que se dicta en la Facultad de Filosofía (UBA). Docente a cargo de la materia Aspecto Jurídicos-legales y

y estudiar el tema del maltrato y abuso sexual infantil las argumentaciones enarboladas en los litigios.

Para tener un panorama integral del problema, los autores sostienen que corresponde engarzar los contenidos no fragmentadamente, sino concatenados cuando se articula el “Síndrome de Alienación Parental” como pieza argumentativa, en cuanto a los efectos que su fundamentación acarrea en la tarea de los distintos profesionales intervinientes, tales como el efecto denominado backlash generador de un serio desgaste profesional.

Introducción

La problemática del maltrato infanto-juvenil intrafamiliar ha cobrado relevancia en los últimos tiempos. A treinta años de la sanción de la Convención de los Derechos del Niño y su posterior incorporación mediante la ley 23.849² ratificada por la Constitución Nacional argentina en 1994, sumado a la sanción de la Ley N° 26.061³ de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes y sus homónimas provinciales; la sociedad se ha ido concientizando y, por ende, presentado recursos de variada forma e intensidad para abordar dicha cuestión. El resultado es la visibilización exponencial de casos de maltrato que, en su forma más atroz, incluyen el abuso sexual infantojuvenil; lo que claro está no implica desconocer los efectos también traumáticos de otras formas de violencia hacia la infancia.⁴

Éticos de la Carrera de Especialización en Violencia Familiar de la Facultad de Ciencias Sociales y de la Salud (UNMDP). Actual Vicepresidente de la Asociación Argentina para la Prevención del Maltrato Infanto-Juvenil (ASAPMI). Prosecretario de la Asociación de Especialista en Violencia Familiar (ACEVIFA). Autor y co-autor de varios libros y artículos sobre la temática de la violencia familiar.

² <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-23849-249>

³ http://www.jus.gob.ar/media/3108870/ley_26061_proteccion_de_ni_os.pdf

⁴ El Anteproyecto de Ley de Protección del Maltrato Infanto-Juvenil Intrafamiliar de autoría de los abogados Lucas Díaz, Diego Freedman, Jorge Rómulo Mazzini y Juan Pablo Viar; pretende ser una norma articuladora “no penal” exclusivamente para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y establece

y propone los siguientes subtipos **1. Maltrato Físico:** cualquier acción no accidental por parte de los padres o cuidadores, que provoque daño físico o enfermedad en el (NNoA) o lo/a coloque en grave riesgo de padecerlo. **2. Abandono Físico:** aquella situación en que las necesidades físicas básicas del NNoA, (alimentación, vestido, higiene, protección y vigilancia en situaciones potencialmente peligrosas y/o cuidados médicos) no son atendidos temporal o permanentemente por ningún miembro del grupo que convive con él o ella. **3. Maltrato emocional:** a) Toda forma de relación perjudicial persistente con el NNoA, b) Asustar, aterrorizar y amenazar; explotarlo/a y corromperlo/a; desdeñarlo/a y rechazarlo/a; aislarlo/a, ignorarlo/a y discriminarlo/a; c) Desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas; d) Insultar, injuriar, humillar, menospreciar, ridiculizar y herir sus sentimientos; e) Exponerlo/a a la violencia doméstica; f) Impedir injustificadamente el régimen de comunicación y la frecuentación con los miembros de la familia nuclear y ampliada y/o con los referentes afectivos; g) Someterlo/a a la intimidación o acoso por medio de tecnologías de la información y las telecomunicaciones como los teléfonos móviles o Internet. **4. Abandono Emocional:** la falta persistente de respuestas a las señales, expresiones emocionales y conductas procuradoras de proximidad e interacción iniciadas por el NNoA, y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de alguna figura adulta estable. **5. Conducta sexual inapropiada:** utilización sexual de un NNoA por parte de una persona que se encuentra en una situación de superioridad. Ello, con independencia de la diferencia de edad, haya o no gratificación por parte de quien abusa.⁴ **6. Explotación laboral:** imposición al NNoA con carácter obligatorio la realización continuada de trabajo –doméstico o no– que exceden los límites de lo habitual, que deberían ser realizados por adultos, interfieren de manera clara en las actividades y necesidades sociales y/o escolares de los NNyA y, por último, son asignadas con el objetivo fundamental de obtener un beneficio económico. **7. Mendicidad:** aquellas acciones que exponen o utilizan directa o indirectamente al NNoA a requerir dinero en la vía pública más allá de la cobertura de las necesidades básicas insatisfechas en forma sistemática o habitual por parte de adultos y para su propio beneficio. **8. Crianza impropia:** Aquellas modalidades de crianza que se aparten de los estándares normales con la finalidad de promover, incitar o estimular conductas antisociales o delictivas por parte de los responsables de la crianza. **9. Síndrome de Münchhausen por Poderes:** simulación por parte de los adultos integrantes de la familia nuclear o ampliada o que sea referente afectivo del NNoA de síntomas físicos patológicos, mediante la administración de sustancias o manipulación de excreciones o sugerencia de sintomatologías difíciles de demostrar, llevando a internaciones o estudios complementarios innecesarios. **10. Incapacidad parental de control de la conducta del niño o de la niña o del adolescente:** Manifestación o demostración clara por parte del padre, madre o persona encargada de la crianza de su total incapacidad para controlar y manejar de manera adaptativa el comportamiento de los niños, de las niñas o de los adolescentes. **11. Maltrato prenatal:** abarca todas las acciones que con direccionalidad e intencionalidad causan o pueden causar daño en el feto: consumo de drogas o alcohol durante el embarazo que provoque que el

Como plantea Volnovich⁵ el fenómeno de la visibilización del abuso sexual infantil interpeló a las Ciencias Sociales, la Psicología y la Ética, pero principalmente a los operadores de todos los ámbitos en los que se trabajaba con niños, niñas y adolescentes.

Por ello jueces, peritos, psicólogos y trabajadores sociales buscaron referencias en los países que ya estaban abordando, en la teoría y en la praxis, estas cuestiones; fundamentalmente Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá, para poder dar respuestas a situaciones complejas que comenzaron a desbordar los espacios de la justicia, los centros de salud y el ámbito educativo.

De manera positiva, se percibió un abordaje novedoso que incluía la perspectiva de género y de infancia; se abrieron en nuestro país centros especializados y de asistencia en hospitales, se comenzaron a investigar seriamente en la justicia delitos que habían permanecido en la penumbra del interior de los hogares y, principalmente, se fue tomando conciencia de que existen niños, niñas y adolescentes abusados en su mayoría por personas que integran su núcleo familiar que habían permanecido impunes.

El *backlash*: la tensión entre la mentalidad autoritaria y el pleno goce de los derechos

niño o la niña nazca con un crecimiento anormal, patrones neurológicos anormales o con síntomas de dependencia física a las drogas, falta de controles médicos.¹² **Afectación a la identidad:** aquellas situaciones en que se altera la identidad de un NNoA con la finalidad de ocultar o modificar total o parcialmente su origen biológico; como también aquellas situaciones en que los adultos se apartan de los procedimientos establecidos para la adopción o la guarda o bien hacen un uso abusivo o irregular de los mismos, en perjuicio de los NNoA.

⁵ Juan Carlos Volnovich, "Del silencio al grito: abuso sexual infantil", en *El sigma*, 2001. Disponible en: <https://www.elsigma.com/columnas/del-silencio-al-grito-abuso-sexual-infantil/1335> [Fecha de consulta: 11/11/2019].

El *backlash* o reacción negativa y/o violenta comenzó siendo un posicionamiento que se consideraba un resabio de prácticas autoritarias, mayoritariamente de un estatus masculino, que instalaba a los varones en un rol de actores omnímodos y omnipotentes dentro del bastión familiar.

Planteándolo desde una mirada de la adquisición de derechos, esto parecía ser solamente una tensión entre el interés superior del niño, niña o adolescente -amenazado en el descreimiento y negación de un relato idiosincrático y creíble, sus manifestaciones gestuales e incluso la signo-sintomatología médica- ante la protección integral de la familia;⁶ sin embargo, estas reacciones lentamente se han extendido a todo el campo de la violencia intrafamiliar, alcanzando principalmente a la violencia de género, como también al maltrato a adultos mayores e, incluso, a la población más vulnerable: los/las discapacitados/as.

No obstante, estos posicionamientos que presumíamos se irían desvaneciendo a medida que la sociedad tomara conciencia de la vulnerabilidad en la cual estaban insertos nuestros niños, niñas y adolescentes, fueron confluyendo en un entramado legal, asistencial y teórico hasta transformarse en un contramovimiento, una especie de “... trama organizada de nuevas creencias que se ha convertido en un riesgoso ‘patrón de respuesta de los operadores judiciales frente a las denuncias por sospechas de abuso sexual incestuoso de niños/as, que se desplaza luego, con matices, a las distintas formas de maltrato intrafamiliar’”.⁷

⁶ Cuestión que es mucho más amplia, y que tiene como principal eje de discusión el problema de las revinculaciones, del rol asignado a las mujeres dentro del núcleo de las familias y de la perpetuación de una serie de falsas concepciones en cuanto a sus aptitudes.

⁷ Comunicado de la Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infantojuvenil, 2012. Disponible en: www.asapmi.org.ar

El *backlash* ha tomado una multiplicidad de estrategias y mecanismos generando una red multiforme y, por lo tanto, de relevante peligrosidad. Entre ellas encontramos:

Artículos y *papers* publicados en revistas jurídicas de prestigiosos autores en materia de derecho de familia o terapia familiar, que bajo una pretendida cientificidad –como es el caso de los trabajos de Gardner– ponen en un manto de sospecha a aquellos actores que denuncian o intentan visibilizar el maltrato, entre ellos, puntualmente el abuso sexual infantojuvenil.

Dichos trabajos resultan en una especie de salvavidas a la hora de legitimar dictámenes que terminan en la revictimización de aquellos que se han animado a denunciar o que son víctimas directas.

El surgimiento de organizaciones de padres y madres separados de sus hijos e hijas, que intentan anteponer el derecho de estar con ellos a las condiciones que han llevado al alejamiento de los mismos y que desembocarían en la perpetuación de las situaciones que llevaron a suspender el contacto; como así también, la fundación de colectivos de mujeres que se autoreivindican como portadoras de actitudes sanas, puras, tradicionales atacando a aquellas que tienen la valentía de creer, defender y buscar mecanismos resarcitorios y condenatorios ante la develación de un delito.

Junto con lo planteado, el rebrote de campañas que se dedica a hacer *lobby* con personalidades de la política para convalidar y difundir prejuicios, como así también la proliferación de documentales y películas que circulan por medios alternativos intentando dar cuenta de cuan “perjudicados y dolidos” están los padres y las madres ante las disposiciones judiciales.

En paralelo, se busca perpetuar el bastión familiar como una entidad privada de la esfera pública. El eslogan “mis hijos son míos” o “lo que sucede

en casa se resuelve en casa” no han hecho más que culpabilizar a los operadores que intervienen en casos de maltrato y eternizar los pactos de silencio, conllevando la perpetuación del abuso intrafamiliar.

La profusión de acusaciones y de juicios contra las y los profesionales que se dedican al tema. Son ejemplo de esto el agravio y la injuria en artículos y jornadas, denuncias por mala praxis infundadas e impunes sostenidas por beneficios de litigar sin gastos; amenazas telefónicas; mails con textos altamente amenazantes; injurias, calumnias, difamaciones a través de páginas de Internet; pintadas y pegadas y, en casos extremos, ataques físicos. A ello deben agregarse burdas descalificaciones que los asimilan a “nazis”, “cazadores de brujas”, “generadores de histeria de masas”.

Los reparos puestos por los jueces ante la gravedad de las penas que debían imponer y la falta de una gradación en el castigo de las conductas punibles que permitiera matices más flexibles. Pero, por sobre todo, los jueces y las juezas se han visto presionados por el temor a vulnerar los derechos del denunciado o denunciada, ponderando que era más importante la libertad ambulatoria del acusado o acusada que la integridad física, cuando no, la vida misma de la víctima.

La falta de credibilidad a la factibilidad de ocurrencia del abuso en la vida de los/as niños/as, tildando de “falsa” la denuncia.

Esto se resume en dos frases que resuenan en los pasillos que transitan las mujeres que acompañan a sus hijos en el tortuoso tránsito de la denuncia: “Los niños mienten”, “las mujeres son vengativas”, omitiendo o soslayando intencionalmente que, como plantea Sanz:⁸ **“La creencia en la**

⁸ Sanz, Diana, “Obstáculos empíricos, conceptuales e ideológicos en la detección y asistencia del maltrato y del abuso sexual en la infancia” en *Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006, pp. 135 y ss.

verosimilitud del abuso es una postura diagnóstica hasta tanto la evidencia clínica demuestre lo contrario”.

Una industria de asesoramiento defensivo⁹ que habilita, desde las ramas de la medicina, la psicología como del derecho, a muñir de herramientas a aquellos imputados e imputadas, principalmente de delitos de abuso sexual infantil, buscando mejorar su situación de sospechas.

Efectos principales del *backlash*

El conjunto de prácticas, mecanismos y estrategias discursivas utilizadas en el contramovimiento denominado *backlash* tiene como objetivo detener el proceso de visualización del abuso sexual infantil. Para lograrlo tienen que, en una primera instancia, atacar y neutralizar “a aquellos/as profesionales que, de acuerdo al conocimiento consensuado en el campo de protección de la infancia en riesgo, evalúan y abordan los vínculos familiares fallidos con estrategias acordes a la gravedad de sus consecuencias”.¹⁰

Así, a la pesada carga que implica el desgaste profesional de trabajar con las problemáticas de las múltiples vulneraciones a los derechos, estos profesionales deben exponerse a juicios, injurias y denuncias que surgen de su propio entorno laboral. El desaliento y la renuncia es la opción de muchos “contra un poder al que no le falta ninguno de los atributos que caracterizan las organizaciones fundamentalistas”.¹¹

⁹ Rosansky, Carlos, “Avances y retrocesos en abuso sexual infantil. Cuando la verdad tiene importancia” en *Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006, pp. 105 y ss.

¹⁰ Ganduglia, Alicia Haydeé, “El *backlash*. un nuevo factor de riesgo” en *Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006., pp. 75 y ss.

¹¹ Volnovich, Juan Carlos, “Del silencio al grito: abuso sexual infantil” en *Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006., pp. 33 y ss.

Ante el retraimiento de las/os operadoras/es se reducen a su mínima e inefectiva expresión los centros y servicios asistenciales destinados a las víctimas; lo cual un observador acrítico puede considerar que si no hay centros de atención ni operadores, no es necesario que la problemática del abuso sexual infantil y del maltrato en general sea agenda.

En segunda instancia, el *backlash* cierra en un laberinto de imposibilidades a los denunciantes y a las víctimas, en su mayoría mujeres y niñas. ¿A quién recurrir cuando las puertas se cierran sobre su dolor? ¿Cuántas horas de vigilia tienen que hacer para poder ser atendidas? ¿Quién les creerá? ¿Qué aspectos de sus vidas serán utilizados para dismantelar su decisión? Ante estos interrogantes solo un número pequeño de ellas seguirá adelante y, así, la trama de la persecución logra su objetivo primario pero también perpetúa la violencia familiar en cualquier de sus manifestaciones, acallando a sus víctimas. Solo la capacitación permanente, unida a la convicción de vigilancia epistemológica de nuestras prácticas, puede revertir esta situación.

Debe destacarse que el backlash tiene tres claros niveles de impacto:

1.- El/la profesional u operador/a atacado/a.

2.- El equipo o servicio en el que trabaja la víctima del backlash (una de cuyas acepciones en inglés es “latigazo”), que sufre un efecto vicario directo.

3.- La comunidad profesional que sufre también un efecto vicario menos directo aunque más acumulativo por la cantidad de casos

La INTERNATIONAL SOCIETY PROTECTION OF CHILD ABUSE AND NEGLECT recomienda: ¿Qué hacer si se está implicado en el backlash?

1.-Ser profesional en todo lo que se haga.

2.- Deben estar presentes en el trabajo con Abuso Sexual Infantil los mismos altos niveles de precisión y cuidadosa comunicación que deber presidir cualquier disciplina profesional.

3.- Mantener registros escritos de los casos, donde conste lo dicho y las decisiones tomadas.

4.- No decir ni escribir lo que no se pueda comprobar.

5.- Actualización permanente mediante lecturas especializadas, asistencia a conferencias y siendo parte de una organización profesional.

6.- Recuerde que Ud. no está solo. Muchos otros colegas han estado en situaciones similares.

7.- Busque apoyo en sus colegas y decanos en la materia; especialmente aquellos que se encuentran en condiciones de darle apoyo emocional y que saben que Ud. trabaja bien.

8.- Puede ser útil dirigirme a aquellos que han estado en situaciones similares.

9.- Recuerde que Ud. ha estado trabajando responsable y profesionalmente. De allí que el comportamiento de los generadores del backlash no se refleje en sus patrones e integridad profesional.¹²

El desgaste profesional

Los ataques provenientes del *backlash* no son los únicos factores que inciden en el desgaste de los profesionales y operadores/as que trabajan en el campo de la protección de la infancia en riesgo que, por su capacidad de

¹² Viar, Juan Pablo: Backlash: 20 años después. Mesa: El abordaje hacia niños, niñas y adolescentes: una mirada interdisciplinaria y de cuidado. Precongreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia, Mar de Ajó. 04 de octubre de 2022.

empatía, teniendo en cuenta las temáticas abordadas, son víctimas de sentimientos de indignación, sufrimiento y dolor.

El malestar sufrido por profesionales o trabajadores involucrados en el manejo de situaciones altamente estresantes como son los casos de víctimas de violencia y/o abuso, puede identificarse con diferentes términos: “desgaste por empatía”, “traumatización vicaria” o “síndromes traumáticos secundarios”.

Paggi y Gens describen este fenómeno con la claridad propia de las personas dedicadas e implicadas a la problemática: *“Somos las personas a las que se les delega que resuelvan o tomen determinaciones sobre graves conflictos socio-familiares, sobre la vida de niños, niñas o adultos que han visto vulnerados sus derechos. Esta responsabilidad conlleva un alto grado de exposición, no siempre percibido o asociado a la actividad por sí mismo o por terceros, que oscila en los hechos entre situaciones de daño físico grave (ataques por parte de sujetos violentos a la persona del operador) hasta serios cuestionamientos en diferentes ámbitos sobre la validez de los fundamentos y aún de los objetivos de la intervención, con el consiguiente daño a la identidad profesional...”*.

Así, en escenarios desoladores (espacios reducidos, sin privacidad, no acondicionados para la tarea), sometidos a los vaivenes tormentosos de administraciones erráticas o especulativas, reescribimos historias de terror y dolor con la ideal intención de conferirles ese matiz técnico necesario para que sean escuchadas y creídas por aquellos y aquellas que deben proteger a las víctimas, sin percibir claramente en qué medida nos impacta este rol en el que ambas partes depositan sus expectativas de resolución. Actores y

guionistas, tramoyistas y productores del drama familiar desencadenado sin otro recurso que nosotros mismos”¹³.

También desde la práctica profesional y el estudio exhaustivo de esta temática, Susana Cuadro propone: “¿Cómo se puede prevenir el efecto traumático secundario?

Entonces es evidente que podemos enfermar por empatía. Por lo tanto, lo que tenemos que en práctica es cómo prevenir este efecto traumático secundario: pensemos que, si el proceso y los síntomas son similares, entonces podemos emplear lo que venimos aprendiendo del quehacer con las víctimas de abuso sexual infantil y violencia de género, para nosotros/as mismos/as.

En primer lugar, el consejo de proveerles espacios saludables de comunicación y escucha: Poder tener un grupo de trabajo comprensivo y empático a nuestra necesidad de catarsis o de intento de comprensión/teorización del caso es importantísimo.

También vamos a necesitar un contexto que nos permita espacio para pensar, para sentarnos a escribir tranquilos, espacios respetuosos de nuestros propios tiempos. Todo esto vale absolutamente para la niña/o abusado o la mujer que sufre violencia. Seguramente vamos a recomendar espacios de terapia, esto será siempre observando el caso por caso, igual

¹³ Paggi, Patricia y Gens, Isabel: Síndromes Traumáticos Secundarios. El daño del operador en el trabajo con personas víctimas. en Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006., pp. 197 y ss.

para nosotros. Lo que sí es ineludible son los espacios de capacitación y de supervisión que son importantísimos trabajando con violencias”.¹⁴

La identificación del concepto específico de traumatización vicaria fue realizada por McCann y Pearlman ¹⁵ para referirse a síntomas traumáticos sufridos por los profesionales que integran equipos que trabajan con víctimas que sufren violencia extrema. El término “traumatización vicaria” se refiere a una situación puntual que aparece inesperadamente y sin demasiado aviso, y que se convierte en un estado que se puede ir repitiendo a lo largo del tiempo con unos efectos acumulativos y permanentes que tendemos a concebir más como una reacción a acontecimientos concretos que a un proceso.

Los autores que han trabajado este tema describen la existencia de cambios generales y específicos en la conducta personal de los profesionales. En cuanto a los cambios generales, se encuentran con una falta de tiempo para uno mismo, aislamiento social, sensibilidad aumentada a la violencia, cinismo, desesperanza generalizada, pesadillas, entre otros. Por lo que se refiere a los cambios específicos, se dan: interrupciones en el esquema referencial, cambios en la identidad, la perspectiva del mundo, recursos del yo afectados, interrupción de las necesidades psíquicas y los esquemas cognitivos, alteraciones en las experiencias sensoriales (imágenes intrusivas, disociación, despersonalización), entre otros.

Por todo ello, se ha de tener muy en cuenta todas las situaciones a las que puede derivar el hecho de estar en contacto con una situación crítica.

¹⁴ Cuadro, Susana: Cuando la empatía nos puede enfermar. La intervención en violencia de género y abuso sexual infantil en Palazzesi (comp). Violencia de género. Conceptualizaciones y herramientas de abordaje e intervención. Vergara ediciones. Bs. As. 2020, pag. 31 y s.s.

¹⁵ McCann, I. L. and Pearlman, L. A. "Vicarious traumatization: a framework for understanding the psychological effects of working with victims", *Journal of Traumatic Stress*, 3, 1990, pp.131-150.

De este modo, se podrán divisar todas las consecuencias y síntomas que un profesional puede tener.

Todos estos factores inciden negativamente en el profesional y en su desempeño en el campo del maltrato infantil, haciendo que muchas veces, ante el temor a las represalias y sintiéndose no acompañados desde la institución, surjan sentimientos contradictorios y falta de compromiso que terminan por desgastarlos (*burn out*).

Como ejemplos de acciones que contribuyen a la traumatización vicaria se pueden citar: exigencias desmedidas por parte de la institución, no dar suficiente supervisión calificada, negar la gravedad de las consecuencias traumáticas de los pacientes, no dar suficientes vacaciones, no encontrar formas de que el personal tenga psicoterapia, la indefensión y la vulnerabilidad de los pacientes niños, expectativas no realistas de la profesión, una historia personal de trauma que puede ser movilizaba por el material del paciente, creencias infundadas sobre el valor del estoicismo o la supuesta neutralidad que determina que el profesional se avergüence y silencie sus sentimientos, circunstancias actuales de vida estresantes, trabajar en áreas en las que el profesional tiene insuficiente entrenamiento o una comprensión teórica inadecuada de las problemáticas.¹⁶

¹⁶ El artículo 18 del Anteproyecto de Ley de Protección del Maltrato Infante-Juvenil Intrafamiliar reza: **DESGASTE PROFESIONAL.** El trabajo asistencial con niños, niñas y adolescentes víctimas de maltrato infante-juvenil será considerado tarea insalubre, sin importar el área o ministerio del cual dependan. Dentro de los 30 días de la sanción de esta ley se dictarán las resoluciones administrativas respectivas que establezcan un régimen especial al que actualmente existe dentro de la égida del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. De la misma manera el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se ocupará de garantizar en forma gratuita y anónima el tratamiento especializado por las situaciones de desgaste profesional preventivo y/o para aquellos/as que lo requieran.

Por eso, hoy más que nunca se torna imprescindible la sanción de una ley de protección a estos profesionales como la que ha sido impulsada desde Asapmi (Asociación Argentina de Prevención del Maltrato Infantojuvenil), ya que la legislación actualmente vigente es insuficiente para una adecuada protección de quienes trabajan en la protección de los derechos de la infancia.

A los fines de otorgar una verdadera protección y garantizar el libre ejercicio a los profesionales que asisten a las víctimas de violencia o abuso sexual, que abarque desde su primera intervención antes de la propia intervención judicial hasta la conclusión de su asistencia a estas, se propone propiciar una reforma legislativa que comprenda dos cuestiones:

La primera es establecer que los obligados a denunciar –como así también quienes intervienen a lo largo de todo el proceso– gocen de inmunidad civil y penal excepto en los casos de mala fe.

La segunda cuestión es la que permite al/la profesional asistente su legitimación para promover una acción dentro del marco de las leyes de violencia familiar.

Si bien el proyecto de ley tiene trámite en la Cámara de Diputados de la Nación, aún espera su tratamiento en la Comisión de Familia.¹⁷

¹⁷ Proyecto de ley para la protección de las personas que por su cargo, función, profesión o desempeño institucional asisten a las personas víctimas de la violencia familiar.

“Art. 1. Las personas obligadas a denunciar de acuerdo a las previsiones de las leyes sobre violencia familiar, sobre violencia de género o de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes, tanto nacionales como locales gozarán de inmunidad e indemnidad civil y penal, salvo supuestos de mala fe o culpa grave ante el cumplimiento de sus obligaciones.

Dicha obligación está comprendida dentro de las previsiones de los arts. 1718 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación y 34 inc. 4ª del Código Penal.

Art. 2. Las personas obligadas a denunciar estarán relevadas y exentas de cualquier obligación de guardar secreto profesional en todos los casos, y ajenos a la sanción prevista en el artículo 156 del Código Penal en los supuestos establecidos en el art. 1 de la presente Ley.

Art. 3. En el caso de que la persona obligada a denunciar fuese demandada en acción civil por daños y perjuicios por considerársele denunciante de mala fe, podrá oponerse a dicha acción fundado en no haber incurrido en tal supuesto. Esta defensa podrá ser planteada como de previo y especial prejuzgamiento en los términos del art. 346 y concordantes del Código Procesal de la Nación o sus equivalentes en las normas procesales provinciales, la cual en ningún supuesto podrá diferirse al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Art. 4. Las personas con título profesional y/o técnico, acompañantes, con asignación de funciones para intervenir asignadas al cuidado o guarda que atiendan, asistan o acompañen a las víctimas, y que con motivo de dichas intervenciones sufrieren alguno de los tipos de violencia contemplada en las leyes enunciadas en el art.1 de la presente, están legitimados para accionar de manera independiente según las normas de los procesos sobre violencia familiar.

También gozarán de idéntica protección las personas integrantes del servicio de Justicia y de los organismos administrativos que intervengan en los procesos referidos.

Art. 5. Los organismos administrativos o judiciales que intervengan en la recepción de denuncias o en la aplicación de medidas ordenadas en el marco del proceso por violencia familiar, deberán adoptar las medidas necesarias para evitar todo tipo de amedrentamiento, coacción moral, intimidación, desacreditación o cualquier otra acción que por cualquier medio o modo por sí o por terceros, afecte la tranquilidad espiritual y moral o que implique una restricción de los derechos de las personas intervinientes durante las tramitaciones iniciadas. Para ello, se deberán tomar en forma inmediata las medidas necesarias enumeradas en el artículo 6 e incluso solicitar el auxilio de la fuerza pública de ser necesario, pudiendo incluso disponerse el arresto de las personas agresoras, sin perjuicio de la remisión inmediata a la justicia penal. El incumplimiento por parte de las personas con funciones judiciales o administrativas en el ámbito judicial de esta disposición será considerado falta grave.

Art. 6. Enumeración. Se considerarán medidas de protección a las siguientes:

a) Restringir el acercamiento de la persona denunciada a las personas que se encuentren interviniendo en la situación por su profesión o función, como así también a sus lugares de trabajo, estudio o recreación.

-
- b) Prohibir todo contacto de la persona denunciada -incluido el personal, el telefónico, el de correo electrónico o por terceros, redes sociales o cualquier otro medio electrónico- con las personas damnificadas.
 - c) Suspender a la persona denunciada el permiso de portación de armas si lo tuviere y decomisar las que posea en su domicilio, aun cuando se encuentre legitimada para su uso o portación.
 - d) Requerir la intervención de programa especializado dependiente de la jurisdicción local.
 - e) Conceder a la persona protegida por la presente Ley que por sus funciones o desempeños es víctima de acciones enumeradas en las leyes que regulan la materia, una licencia extraordinaria, que interrumpa las licencias ordinaria o extraordinaria. Dicha medida será comunicada al organismo empleador y no podrá originar la cesantía, despido, exoneración o rescisión del contrato de trabajo.
 - f) Brindar a las personas profesionales o técnicas que toman las denuncias en ámbitos de seguridad o judicial o realizan los diagnósticos de interacción de riesgo o interacción familiar, un marco de protección para su integridad psicofísica durante el proceso, disponiendo medidas de seguridad y personal de seguridad idóneo en cantidad suficiente.
 - g) Asegurar que el acceso a cualquiera de los derechos de la persona denunciada no ponga en riesgo la seguridad ni la integridad de las personas obligadas a continuar la intervención en la asistencia a las víctimas. Se pondrá especial atención en consignar los espacios educativos, de salud o asistenciales a los que podrá recurrir la persona denunciada.
 - h) Brindar custodia policial a las personas que en el marco de las intervenciones asistenciales u ordenadas por Juez interviniente deban realizar actuaciones en el domicilio de la persona denunciada.
 - i) Cualquier otra que se considere adecuada al caso, directamente relacionada con los hechos en cuestión.

Art. 7. Créase dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación un área de investigación y asesoramiento respecto a la victimización terciaria que sufren las personas obligadas a intervenir por su cargo, desempeño o profesión, que asisten a las víctimas de la violencia familiar en cualquier modalidad. Se establecerá a través de la reglamentación de la presente Ley la capacidad técnica de las personas que integren esta unidad técnico-operativa.

Art. 8. Asígnense las partidas presupuestarias necesarias para el cumplimiento de lo establecido en el art. 8°.

Art. 9. Se invita a las Provincias a adherir a la presente Ley.

Del mismo modo sería deseable avanzar en paralelo en alguna legislación que reconozca la toxicidad del trabajo diario en esta problemática; labor que además en muchos casos se agrava y se acelera por el accionar concreto del *backlash*

El pretendido “Síndrome de Alienación Parental”

Conforme sostiene Berlinerblau: “En USA, por los ´ 80s surgió un dramático incremento de denuncias de ASI y negligencia infantil. Con más clase media denunciada y sus recursos económicos para financiar defensas fervorosas surgió el fenómeno del ´ defensor experto ´. Richard Gardner, médico psiquiatra, descollaba por sus críticas extremadamente agresivas contra el Sistema de Protección Infantil. Continuamente se refería en sus escritos a ‘madres histéricas’, ‘ex esposas vengativas’ y ‘mujeres severamente perturbadas’. El antecesor del falso SAP era denominado el ‘Síndrome de la Mujer Maliciosa’ o el ‘Síndrome de Medea. En 1987 Gardner acuñó el término ‘Síndrome de Alienación Parental’”.¹⁸

El síndrome de alienación parental (SAP) es un trastorno infantil que surge casi exclusivamente en el contexto de disputas por la custodia de los niños. Su manifestación primaria es la campaña de denigración del niño contra un padre, una campaña que no tiene justificación. Ello resulta de la combinación de una programación (lavado de cerebro) de adoctrinamiento parental y de las propias contribuciones del niño para el vilipendio del padre objetivo. Cuando un ‘maltrato/abuso sexual’ está presente, la animosidad puede estar justificada y así la explicación del síndrome de alienación parental para la hostilidad del niño no es aplicable.

¹⁸ Berlinerblau, Virginia: Falso SAP Síndrome de Alienación Parental en <https://redviva.org.ar/falso-sap-sindrome-de-alienacion-parental-virginia-berlinerblau/>

De la propia definición surgen los dos elementos que son centrales según Gardner para definirlo como “trastorno infantil”: la programación (“lavado de cerebro”) del niño por un progenitor (generalmente la madre) para denigrar al otro y la contribución del propio niño en la campaña de denigración del padre alienado.

Se ha constituido en una estrategia usual de las defensas en los casos de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes (NNyA). En particular, el argumento desarrollado es la inducción o manipulación del NNyA por el adulto protector para que declare en contra de la persona denunciada. Si bien no podemos dejar de reconocer que resulta vital un amplio reconocimiento del derecho de defensa, este tipo de argumentos deberían ser rechazados de plano por dos motivos, que nos dedicaremos a desarrollar:

1.- La falta de validez científica: En esta etapa de evolución en el reconocimiento de los derechos de NNyA víctimas, tanto desde el plano normativo como jurisprudencial, resulta anacrónico que se utilice el concepto del “Síndrome de Alienación Parental”. El inventor de este supuesto síndrome fue Richard Gardner, pero su metodología y sus conclusiones son cuestionadas por: a) la falta de fundamentos científicos, b) la consecuente nula credibilidad y c) la exposición a los niños y las niñas a situaciones de riesgo al revincularse con el adulto agresor.

2.- Desplaza el eje de la discusión judicial: La introducción en un proceso del “Síndrome de Alienación Parental” provoca que se comience a debatir sobre la personalidad de los padres del niño o de la niña y sus relaciones interpersonales, en vez de acreditar la existencia del hecho de abuso sexual. La denuncia tiene que ver con la problemática entre los

cónyuges, y no con el niño o la niña, a quien invisibiliza. Sobre ese argumento se instala entonces la posibilidad de la falsa denuncia.¹⁹

Es de destacar que la formulación de Gardner tiene lugar en la década de 1980, cuando empieza a haber una mayor visibilización de los casos de abuso sexual infantil y maltrato infantil; lo cual trae como reacción por parte de los acusados la alegación de que dichas denuncias eran falsas y constituían maniobras de las mujeres para obtener ventajas en los juicios de divorcio y en aquellos en los cuales se discutía la custodia de los hijos.

En ese contexto, siendo que las denuncias implicaban cada vez más a personas con cierta solvencia económica que tenían los recursos para financiar defensas “especializadas”, surgió la figura del “defensor experto”, entre los cuales Richard Gardner se ganó un lugar de privilegio por su encendida defensa de los acusados.

Su invención del SAP vino “como anillo al dedo” para dar una explicación que sirviera para desvirtuar las denuncias e inculpar a las denunciantes –en su mayoría mujeres– que buscaban proteger a sus hijos. En este sentido el SAP explicita la postura misógina y patriarcal de Gardner; pero además el SAP fue el pretendido argumento “científico” que dio sustento al *backlash*, desacreditando a los profesionales que asisten y defienden a los/as menores víctimas de ASI.

El tratamiento para el SAP que proponía consistía en lo que llamó la “*terapia de la amenaza*”, que consistía en –justamente– amenazar con el cambio de cuidado personal del niño si no “cooperaba” con las visitas al padre supuestamente “alienado”. Asimismo, luego del cambio de custodia

¹⁹ Mazzini, Jorge Rómulo: Otra vez SAP, el mito del eterno retorno en el.Dial.com-DC2C96, del 3/11/2020

buscaba restringir los contactos del niño con la madre supuestamente “alienadora” a efectos de favorecer la “reprogramación” del niño.

En palabras del propio Gardner:²⁰ “... antes de que el tratamiento principal pueda comenzar los niños deben ser retirados de la casa de la madre y situados en la casa del padre, el padre supuestamente odiado. Esto puede no ser logrado fácilmente, y el tribunal podría tener que amenazar con sanciones (como las multas o la pérdida permanente de la custodia) y aun la cárcel si la madre no accede. Después de este traslado debe haber un período de descompresión y desprogramación en el cual la madre no tiene ningún contacto con los niños”.

Lamentablemente, en los primeros tiempos, la aceptación del SAP por parte de los tribunales de justicia llevó en muchos casos a otorgar el cuidado personal unilateral de los niños a los padres denunciados, ignorando las acusaciones de abuso o maltrato. Si bien, con diferencias, esto se ha ido revirtiendo; fundado en el hecho de la falta de reconocimiento del SAP por parte de los profesionales de la salud mental en general y la ausencia de reconocimiento en las clasificaciones de los trastornos mentales: Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud –OMS– y el Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM por sus siglas en inglés) de la Asociación Americana de Psiquiatría.

Por eso, han sido numerosos los pronunciamos en contra del mismo, tanto institucionales, académicos, jurisprudenciales, etcétera, entre los cuales se pueden citar a mero título ejemplificativo los siguientes: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; Cámara de Diputados de

²⁰ Gardner, R. A., “Legal and psychotherapeutic approaches to the three types of parental alienation syndrome families. When psychiatry and the law join forces”, *Court Review*, 28, 1, 1991, pp. 14-21.

la Nación, Senado de la Provincia de Buenos Aires; Defensoría de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente de la Nación; Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; Plenario del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Federación de Psicólogos de la República Argentina (FEPR); Asociación de Psicólogos de Buenos Aires; Colegio de Psicólogos de la Provincia de Córdoba; Colegio de Psicólogos Distritos X (Mar del Plata) y XV (San Isidro) de la Provincia de Buenos Aires, entre otros.

Pese a las copiosas y reiteradas publicaciones de Gardner –más de 250 entre libros y artículos publicados por su propia editorial– los más prestigiosos especialistas del área en los Estados Unidos discrepan con su metodología y sus conclusiones principalmente por: a) su falta de fundamentos científicos que avalen las hipótesis propuestas; b) su consecuente nula credibilidad y c) por exponer a los/as niños/as a verdaderas situaciones de riesgo. Repárese en que Gardner señala que no existen criterios de validación para distinguir las falsas denuncias de Abuso Sexual Infantil de las verdaderas, lo que de por sí es un contrasentido.

Richard Gardner expuso el SAP en su libro *El Síndrome de Alienación Parental y la diferenciación entre el Abuso Sexual Infantil inventado y el genuino*. “Reconozco que habrá algunos que concluirán... que no tengo ninguna evidencia científica para apoyar mis conclusiones. Estoy de acuerdo en no tener ningún estudio para apoyar mi hipótesis y que mis conclusiones están basadas en mis propias experiencias”.²¹ En breve, el propio Gardner – a sabiendas de su falta de rigor científico– intenta introducir evidencia de un síndrome sin fundamentos y sin que hubiese sido examinado por la

²¹ Viar, Juan Pablo: *Backlash: una lectura desde lo jurídico en en Maltrato Infantil*. en *Maltrato Infantil: Riesgos del Compromiso Profesional*, Lamberti, Silvio (comp.), Buenos Aires, 2ª ed., Editorial Universidad, 2006., pp. 95 y ss

comunidad científica. Además de inadmisible científicamente, en la práctica no resulta confiable.

La ideología del SAP se sostiene en el mito de que los/as niños/as mienten e inventan por influencia de su madre maliciosa, lo cual claramente resulta no solo contrario al reconocimiento del niño como sujeto de derechos, con opinión y deseo propio, sino contrario a los principios científicos de la psicología evolutiva que se ha ocupado de estudiar el desarrollo infantil y nos ha enseñado que no es posible generalizar las características del psiquismo del/la niño/a. En cada etapa evolutiva éste presenta adquisiciones diferenciales según avanza su edad.²²

A modo de síntesis, se puede citar lo que sostiene la Asociación Española de Neuropsiquiatría en su “Análisis sobre las bases científicas del Síndrome de Alienación Parental de Gardner (SAP) y los riesgos de su aplicación como ‘trastorno médico y psiquiátrico’ en los juzgados de España”²³: “El Síndrome de Alienación Parental no es un argumento médico, sino un argumento retórico con apariencia médica”.

Todos los escritos de Gardner tienen un sesgo en contra de la mujer, a la cual consideraba como agente causal adulto del SAP entre un 85 y un 90 por ciento, justificando por ello la identificación del progenitor alienador con la figura de la madre y el alienado con la del padre.

²² Guillem, María Florencia y Manigrasso, Cecilia, “Comentarios sobre el Pretendido Síndrome de Alienación Parental”. Disponible en: <http://asapmi.org.ar/publicaciones/notas/?id=968>

²³ Asociación Española de Neuropsiquiatría. Análisis sobre las bases científicas del Síndrome de Alienación Parental de Gardner y los riesgos de su aplicación como ‘trastorno médico y psiquiátrico’ en los juzgados de España <http://nomasvg.com/download/documentos/sindrome-dealienacionparental/S%C3%ADndrome%20de%20Alienaci%C3%B3n%20Parental%20SAP%20análisis.pdf>

Según sostiene Montero Gomez ²⁴: “Hay mujeres malignas igual que hombres malignos. Que alguna mujer manipule a los niños en contra de sus exparejas es tan real como que algún hombre manipule a los hijos en contra de sus madres. El hecho de que en los procesos de separación y divorcio se instrumente a los menores en contra del otro progenitor es un maltrato a los niños, bastante habitual por cierto, lo ejerza quien lo ejerza.

No es necesario llamarle SAP o de madre maliciosa salvo que lo que se pretenda sea sembrar con una etiqueta de sospecha apriorística la conducta de las mujeres en los procesos de disolución de las parejas. Y aquí es donde entra la cuestión ideológica. ... Hasta hace muy poco, la custodia venía otorgándose a las madres no porque la legislación fuera precisamente feminista, sino porque el modelo social, instalado sobre la masculinidad dominante, hacía que fueran las mujeres las que cuidaran de los niños y niñas, estableciendo con ellos el vínculo afectivo más sólido, y encargándose esencialmente de su crianza y educación sentimental.

Esta tendencia cambiará por sí sola en la medida que modifiquemos los modelos sociales. Entretanto, continuaremos asistiendo a intentos de traducir en lenguaje sindrómico la vieja presunción de que el mal entró en el mundo a través de la mujer”.

Dicha premisa tiene como contrapartida otra que sostendrá que el rechazo del/la niño/a en tales circunstancias no tiene justificación alguna y que el padre alienado siempre fue un buen padre, lo cual se da por sentado sin cuestionamientos. Esta condición presupuesta de la bondad del padre alienado es necesaria para la adopción del cambio de custodia.

²⁴ Montero Gomez, Andres: El Síndrome de Alienación Patriarcal.
<https://www.mujeresenred.net/spip.php?article1090>

El elemento del SAP que mejor representa y materializa un argumento circular lo constituye el “diagnóstico diferencial”.

Existen dos tipos de diagnóstico: el primero detecta el “adoctrinamiento” en el/la niño/a y diagnostica al progenitor “alienador” de forma automática, pues esto es su conclusión lógica ya que se orienta deductivamente hacia el progenitor que tiene la custodia. El segundo diagnóstico se basa en dos fuentes de información: el expediente judicial y sobre todo en las reacciones *a posteriori* del progenitor y del/la niño/a ya diagnosticados, las cuales de no entenderse como “razonables”, serán diagnosticadas como síntomas adicionales del SAP y de agravamiento de los síntomas.

Todo esto tiene como resultado el efecto perverso de invertir la carga de la prueba: da por sentado que las madres son culpables y que tienen que demostrar su inocencia en los tribunales en lugar de que se investigue cuáles son las verdaderas razones por las que los hijos o hijas no quieren ver a su padre, sin perjuicio además de tener como efecto –quizás más grave– de apuntar al descreimiento y la descalificación de la palabra de los niños y de sus madres.

A modo de síntesis, el trabajo español ya citado ²⁵ concluye: a) el SAP “supone un grave intento de medicalizar lo que es una lucha de poder por la custodia de un hijo”; b) “El sesgo de género es innegable, ya que considera que la mayoría de los cónyuges ‘alienadores’ son, en su opinión, ‘mujeres que odian a los hombres’”; c) “Se desoyen, con base al SAP, las protestas o acusaciones del niño (y de la madre) de maltrato o abuso”.

Por lo tanto, podemos concluir diciendo que el SAP no constituye una entidad médica, ni clínica, pudiendo sólo entenderse como modelo teórico

²⁵ Trabajo ya citado de la Asociación Española de Neuropsiquiatría

sobre una disfunción familiar en un contexto legal. Es un constructor de naturaleza argumental elaborado a través de argumentos inválidos (falacias) como son la aplicación de analogías, el pensamiento circular y la apelación constante a la autoridad, entendiéndose como tal al propio creador del concepto.

Un fallo señero de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha establecido: "… *nacida para explicar falsas alegaciones de abuso sexual en niños*, la tesis del doctor Gardner carece de consenso científico. Tanto para la Organización Mundial de la Salud como para la Asociación Americana de Psiquiatría, el S.A.P. no posee comprobación médica y por eso *las dos principales nomencladoras del diagnóstico psicopatológico* profesional a escala mundial (el CIE-10 y el DSM) *han rechazado hasta ahora su inclusión en la lista de síndromes*. Otro tanto sucede con los pronunciamientos desfavorables a su conceptualización clínica como síndrome, realizados por la Asociación Americana de Psicología, la Asociación Médica Americana, la Asociación Americana de Psicólogos, la Asociación Española de Neuropsiquiatría [...]. *En la misma tesitura se encuentran los pronunciamientos contrarios a su rigor científico, efectuados por el Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires la Federación de Psicólogos de la República Argentina y la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional de La Plata* comparto los conceptos vertidos por los ministros que me anteceden sobre la falta de fundamentación médica, clínica o jurídica en la consideración del Síndrome de Alienación Parental (S.A.P.). Inclusive, aunque no sea el supuesto presente en el caso, por haberse evaluado en un hombre, desde que en general su aplicación ha sido dirigida de manera concreta a las mujeres [...]. Y en este último colectivo, presupone un estereotipo por demás discriminatorio, pues *se implica en el concepto que el mal se encuentra en la mujer y de ser ello así es factible que*

provoque una desprotección de las víctimas de violencia de género en el ámbito familiar, además de ser un método que *inhibe la opinión de los niños*. De ahí que lo que sí cabe tratar es de diferenciar a los hijos en el conflicto parental de otro tipo de violencias familiares y las implicancias que ello acarrea.²⁶

Mucho antes de la aparición del SAP en nuestro medio el decreto reglamentario de la ley 23.277 de Ejercicio profesional de la Psicología ya rezaba en su artículo 2do: "El ejercicio de la psicología comprende toda actividad profesional, específicamente psicológica, desarrollada en forma individual, grupal o institucional, aplicada sobre las personas. Las teorías, métodos, recursos, procedimientos y/o técnicas específicas que se apliquen en el ejercicio profesional de la Psicología deberán ser aquellos reconocidos en los ámbitos universitarios académicos del país en los que se imparta enseñanza de Psicología".²⁷ Dicha norma claramente veda la utilización del SAP en el ejercicio de la psicología ya sea en la clínica como en ámbito forense.

Un fallo reciente reconoce la "alienación parental". No como síndrome, sino lisa y llanamente como alienación parental refiriéndose a conductas maternas que entendemos podrían encuadrar en lo que

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "S., D. contra D, M.N. s/ tenencia de hijos", Causa C. 118.503, 22/06/2016.

²⁷ Aprobado el 11 de diciembre de 1995 <http://www.sajj.gob.ar/905-nacional-decreto-reglamentario-ley-ejercicio-profesional-psicologia-dn19952000905-1995-12-11/123456789-0abc-509-0002-5991soterced>.

denominamos “abuso emocional ²⁸en contexto de disputa parental” para lo cual podemos remitirnos a las investigaciones de Danya Glazer.

El fallo en cuestión sostiene: “...Al respecto, cabe recordar que se presenta la alienación parental cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El padre alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la finalidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance. Los dos requisitos que necesariamente deben configurarse para entender que dicho cuadro tiene lugar son: a) La falta de comisión por el progenitor de actos u omisiones severas que resulten reprochables; b) Influencia negativa determinante del otro progenitor (conf. Mizrahi, Mauricio L. ‘La alienación parental en las relaciones parento-filiales’, LL 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/3262/2021), extremos que, a partir del informe reseñado, se presentan en la especie. Consecuentemente, estimamos prudente que en el presente caso la opinión del menor, esencial por cierto, no debe resultar prevalente en función del informe citado y de lo expuesto precedentemente.

Es que oír a los niños no importa aceptar incondicionalmente sus deseos (cf. Kemelmajer de Carlucci, ‘El derecho constitucional del menor a ser oído’, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni Editores, n° 7, p. 177). Como lo ha señalado la Corte de Casación Francesa

²⁸ Abuso y negligencia emocional (maltrato psicológico): un marco conceptual”.-Danya Glaser.- Department of Psychological Medicine, Great Ormond Street Hospital for Children, London, 3JH , England.-Journal of Child Abuse & Neglect 26 (202) 697-714 (traducción Alicia Ganduglia).

(Cass 2 civ, 25 mai 1993, Bull. Civ. II, N° 185; Bosse-Platiere, 1996), el hecho de que el joven sea escuchado y sea tenida en cuenta su opinión, no significa que se deba decidir en coincidencia con él, pues no se le confiere la intervención como juez o árbitro, sino como sujeto de derecho interesado en participar en procesos judiciales que afectan algún aspecto de su vida (cf. CNCiv. Sala G, L. 534.012 del 10-3- 2010, entre otros). En este sentido, el máximo Tribunal ha expresado que hace al interés superior del niño el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres (cf. Fallos: 318:1269).

No obstante el referido derecho a ser escuchados, también a tener en cuenta sus opiniones, es indudable que la opinión del niño, niña o adolescente no es vinculante para el juez, aunque las aspiraciones de aquéllos no tienen que ser desmerecidas pero tampoco sobrevaloradas (cfr. Mizrahi, Mauricio Luis, 'Responsabilidad parental', ed. Astrea 2015, ap. 12 a 17 y 146, págs. 56/69 y 390/391)···. Dicha interpretación, además, fue la realizada por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de la Convención sobre los Derechos del Niño. Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, éste ha sostenido que 'El niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión···'; 'significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas' (párrafo 22) (conf. Mizrahi, Mauricio L., op. cit., LL 19/11/2021, 1, La Ley Online, TR LALEY AR/DOC/3262/2021)."²⁹

²⁹ Expte – N° 57426/2011 – "E. J. M. Y OTRO c/ S. R. K. s/TENENCIA DE HIJOS" – CNCIV – SALA J – 01/12/2021

Desde una óptica claramente diferente Glazer sostiene ³⁰: “Se ha desarrollado una perspectiva alternativa que no se basa en las conductas parentales ni en las interacciones padres/niño. En cambio, este marco categoriza las diferentes formas de negligencia y abuso emocional que están dentro de la definición global de acuerdo a un marco conceptual. Este se basa en los elementos que consideran al niño como un ser psicosocial. Los elementos que hacen al ser de un niño pueden enunciarse de la siguiente forma. Un niño es: 1.-Una persona que existe; 2.-Este niño con sus (él/ella) propios atributos; 3.-Por definición vulnerable, dependiente y se encuentra en desarrollo rápido y constante; 4.-Un individuo que posee y experimenta sus propios sentimientos, pensamientos y percepciones; 5.- Un ser social que irá incrementando su interacción y comunicación en su propio contexto social. Cada uno de estos aspectos el niño necesita ser reconocido, respetado, valorado, por los cuidadores primarios del niño o por los padres. La violación o el fracaso en el respeto de cualquiera de estos elementos del niño como ser psicosocial constituyen categorías de negligencia o abuso emocional.”

Más adelante la misma autora describe cinco categorías siendo la cuarta: “ El fracaso en el reconocimiento o la toma de conciencia de la individualidad del niño y las fronteras psicológicas;

. Usar al niño para el logro de las necesidades psicológicas de los padres;

. Falta de habilidad para distinguir entre la realidad del niño y las creencias y los deseos de los adultos.

³⁰ Artículo y autora citada.

El trastorno factico es una variante de esta categoría.³¹

La categoría 4 de abuso emocional es frecuentemente hallada en el contexto de disputas por la custodia y el contacto dentro de los procesos de divorcio ”.

A modo de cierre

En una reciente obra -luego de analizar detenidamente los artículos y la jurisprudencia nacional y extranjera que admite y que cuestiona al SAP- la Dra. Kemelmajer de Carlucci concluye ³² que “El propósito ha sido verificar si ante los tribunales se denuncian actos de violencia psicológica ejercida por un/a progenitor/a sobre el niño y que respuestas deben asumir los jueces cuando este tipo de conductas del o de la progenitor/a colocan al NNA ante un conflicto de lealtades que disminuyen o incluso eliminan su autonomía.

No se trata, pues, de sostener que ‘el niño miente’, ni que ‘siempre dice la verdad’, sino de verificar el cumplimiento de la obligación del tribunal de contar con asesoramiento suficiente para poder detectar si la autonomía del NNA está o no preservada en el caso particular. Al parecer, y tratando de leer entre líneas, ésa es la exigencia reclamada por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y por el resto de la jurisprudencia reseñada, independientemente de que niegue el famoso síndrome y los propósitos más o menos carentes de ética que motivan a quienes defiende su existencia. Por eso, entendemos que ni las leyes ni la sentencias debieran referirse a este

³¹ se refiere a una patología caracterizada por el abuso físico o emocional, en donde la simulación o producción de síntomas es direccionada al hijo, llevando a tratamientos de salud y cirugías innecesarios. Las dificultades diagnósticas de este tipo de abuso y los aspectos emocionales implicados llaman atención por los efectos destructivos en la subjetividad infantil, fruto de una falla en la capacidad de amar, proteger y priorizar las demandas del hijo. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-92472014000100006

³² Kemelmajer de Carlucci. La Violencia en las Relaciones de Familia. Diálogo con la Jurisprudencia Argentina. Respuestas de la Jurisdicción “No Penal”, Rubinzal-Culzoni, Tomo I, pág. 399, 2022.

síndrome, ni para receptarlo ni para rechazarlo; el ordenamiento y las buenas prácticas por el contrario, deben exigir, en todo supuesto, la verificación de la voluntad razonablemente libre del niño que se expresa” a través de una sólida argumentación profesional.-

Permanecí largo rato mirando el cielo decisiones al final de la vida.



María Elena Vizcaychipi¹

"Para decir que la vida es absurda, la conciencia necesita estar viva." Albert Camus

Introducción

Cada persona es una realidad diferente, y posee el derecho de hacer y tomar las decisiones que le apetezcan en su vida, incluso referidas a la muerte, que es el opuesto a la vida; es sucumbir al absurdo, ya sea por la enfermedad o el suicidio; la muerte es la incapacidad humana para replantear la verdad de su propia existencia.

A finales del siglo XV, el tema de la muerte llama a reflexión a causa de las pestes y las guerras. Las epidemias y las enfermedades alimentan la discusión sobre la muerte, que se sabe inevitable y, además, cercana.

Camus, en "El extranjero", en "Calígula" y en "El mito de Sísifo", reconoce la certeza de la muerte por su inevitabilidad. La muerte forma parte de la vida, por ello no es absurda, es el límite, la finitud que debe aceptar el hombre y, lo más valioso, es el tiempo que lo separa de la muerte.

La certeza de la muerte es parte de la vida. La muerte se lleva la vida, pero la construcción del sujeto es eterna y perdura incluso después de la muerte.

La vida no es más que un periodo pequeño de la existencia. La vida cobra sentido en cuanto se revela como un tránsito; morir es cambiar de

¹ Amante de la filosofía. Abogada- Escribana- Espec. en estudios chinos. Docente de Filosofía del derecho, cat. 1 UNLP. Subdirectora del Instituto de filosofía CALP. Cursando Lic. en Filosofía, UBA.

estado y el bien morir puede ser entendido en términos de desprenderse finalmente de todo lo material, del mundo físico de lo perceptible y lo existente. La presencia de la muerte nos enfrenta a nuestra responsabilidad, que es hacer de la vida el sentido mismo de la existencia.

*“Kierkegaard hace un extenso planteamiento en su texto **La desesperación es la enfermedad mortal**, en el que plantea una discusión entre la muerte y la enfermedad. La primera es el fin de la segunda, y la enfermedad es un mal. La enfermedad mortal implica un sufrimiento, un dolor, una tortura que solo cesa con la muerte. El moribundo se debate entre la vida y la muerte, pero la muerte anhelada y esperada se dilata y da espera con la enfermedad; es la desesperación de no poder morir y acabar con el sufrimiento, y al tiempo es la desesperación de no poder vivir tranquilamente, de no tener opciones de recuperación. La enfermedad resulta ganadora en la lucha por la vida; la muerte parece impredecible, pero tardita.”² (1)*

Decisiones al final de la vida

Resulta crucial comprender lo que tan acertadamente expresó el Dr. Eduardo Luis Tinant, en *“El derecho al final de la vida”* (2009). En dicho artículo el gran maestro plantea la necesidad de enfatizar la comprensión de la dignidad de la persona humana y la **bioética jurídico**, a fin de analizar con plena clarividencia las situaciones límite de nuestra existencia. Tan es así, que plantea *“la dignidad de la persona al final de la vida, la preocupación moral no puede centrarse únicamente en la mera subsistencia biológica. Por ser humana, la vida ha de ser reconocida en toda su dignidad. Los principios de respeto, conservación e inviolabilidad de la vida, primordiales, deben conjugarse a la luz de otros principios que demandan, asimismo, como telón*

² Kierkegaard, S., *La desesperación es "la enfermedad mortal"*, Sarpe S.A., Madrid, 1984. 259
Anuario de Bioética y Derechos Humanos 2022

de fondo, el respeto de la dignidad e integridad de la persona enferma y llegado el caso, una serena aceptación de la finitud de la condición humana.”³

El ser humano, siendo capaz de deliberar puede, con arreglo a esta facultad, elegir entre los diversos actos posibles, en esto reside un cierto grado de libertad para la persona; entonces, exceptuado de la coerción que ejercen los objetos presentes, puede escoger el mejor género de acción conforme a las circunstancias; en el caso del estado de enfermedad terminal, la vulnerabilidad de ser carencial lo ahoga y es aquí’ en donde, pensamos, los profesionales de la salud deben poder empatizar y ejercer una red de comunicación con los familiares, para decidir sobre la existencia del paciente, en punto a su muerte, que le es inminente.

Deben evitar el sufrimiento de la persona con la finalidad de promover y respetar lo máximo posible su autonomía. Por ello, no es correcto, ni ética ni legalmente, sustituir las decisiones de una persona mientras siga siendo capaz de tenerlas por sí misma y deben permitirse cambios en ellas que pueden sorprender, pero que deben ser respetados.

Es necesario garantizar la autonomía que se posee, aunque no sea plena, y facilitar con sistemas de comunicación alternativos una información completa y comprensible a todas las personas en el proceso de morir, evitando sustituciones innecesarias y paternalistas, que conllevan siempre un menoscabo a la dignidad y la estima.

Las decisiones al final de la vida, son aquellas que involucran a pacientes graves con riesgo de muerte y que pueden afectar su dignidad e integridad, así’ como tener un impacto significativo en la calidad, lugar y tiempo de morir, reservando la cualidad- dignidad para la propia persona. Ello exige, fundamentalmente, respetar la voluntad del paciente, actual o

³ Eduardo Luis Tinant, "El derecho al final de la vida. Dignidad e integridad de la persona. Libertades fundamentales y derechos del paciente ", Revista Quirón de Medicina y Bioética, vol. 40, I. ps. 60/74, La Plata, 2009

anticipada, sobre cómo desea ser atendido en el final de la vida, en el marco del derecho a aceptar o rechazar determinados tratamientos y, elegir otros, decisiones que pueden incluir el modo en el que desea morir. A la postre, íntimo. Pero también, reconocer que el morir es un proceso, que comenzó antes, con el acompañamiento del moriente y terminará después, en la elaboración del duelo familiar ⁴.

Para comprender este tema de gran relevancia, resulta crucial explicar qué se entiende por bioética jurídico, dado que esta línea de pensamiento filosófico plantea la necesidad de volver a considerar la dignidad del hombre como un valor superior al de la utilidad económica y de afirmar la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnologías sobre la vida.

La bioética jurídica determina lo que debe ser.

El derecho puede y debe cumplir un papel fundamental en el ámbito de la bioética, le incumbe la tarea de elaborar y establecer normas que permitan regular de modo colectivo los nuevos conflictos bioéticos y, planteados concretamente estos, la de darles ajustada y operativa resolución.

Un rol más activo del derecho, no para detener el desarrollo de las nuevas tecnologías biomédicas, pero si para orientarlo, regularlo y controlarlo y, llegado el caso, para prohibir determinadas prácticas contrarias a la dignidad humana, las libertades fundamentales y los derechos humanos.

La bioética jurídico tiene por finalidad la necesaria regulación jurídico de los temas y problemas bioéticos tendientes al reconocimiento y la tutela

⁴ Eduardo Luis Tinant, ob. cit

eficaz de la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales relacionados con el avance de tales ciencias y tecnologías conexas”⁵.

Por cuya razón, en el ámbito de la ética y el derecho y en relación a la toma de decisiones al final de la vida, se vulnera la integridad de la persona si su reconocimiento depende de algún criterio externo y no del valor intrínseco de la misma, vale decir, si no se respeta la dignidad de la persona enferma y por caso, su concreción jurídica específica: el derecho humano a la salud (que abarca la protección y la atención de la salud). Así, la intervención de pacientes en unidades de terapia intensiva tiene limitaciones no solo médicas, sino también éticas y jurídicas. El proceso de morir se inicia con la vida misma, pero en el periodo en que hace su aparición una enfermedad incurable y progresiva que genera un proceso, siempre único y personal, irreversible hacia la muerte, la fase terminal o tiempo del morir es un periodo de la vida humana con características propias por la intensidad y radicalidad de sus vivencias⁶.

La dignidad humana como principio fundamental

Una primera aproximación básica nos lleva a sostener que la dignidad es una cualidad esencial del ser humano, un atributo universal común a todos.

El pensamiento sobre la dignidad consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo, o dicho de otro modo negativo, no debe ser un mero medio para fines extraños o ajenos a los propios suyos. Ello evoca el inexcusable deber kantiano de tratar al ser humano como fin en sí mismo (*Zweck an sich*), nunca como medio para lograr otros fines (opuesto al fin subjetivo y al fin relativo, fines intermediarios e individuales que una voluntad pueda proponerse sin

⁵ Eduardo Luis Tinant, ob. cit.

⁶ www.ararteko.eus.

atribuirle valor universal). El fin en sí (*fin en soi*), en cambio, es fin objetivo, necesario y por tanto, absoluto e incondicionado⁷.

Hoy entendemos a los derechos humanos no sólo como la expresión ética más acabada del derecho, sino como la expresión jurídico de la dignidad humana. Esto es, los derechos humanos, originalmente concebidos como instrumento para defender al individuo de las acciones de la autoridad que pudieran afectar o agredir a su dignidad, hoy día en las sociedades contemporáneas tienen el carácter de paradigma ético y regla moral. Así', de manera pragmática hoy se considera que las normas jurídicas son justas cuando respetan, protegen y promueven los derechos humanos; y las acciones de la autoridad son legítimas cuando son respetuosas y promotoras de los derechos humanos⁸.

Reflexionar en términos bioéticos sobre la dignidad humana conduce a comprender que hay situaciones en las que la misma puede ser afectada o dañada, las que en muchas ocasiones se expresaran en términos de derechos humanos, así' por ejemplo, en la formulación de los derechos de los pacientes, podríamos afirmar que si bien "la bioética atiende al valor moral de la vida en general, en tanto disciplina moral se concentra en valores como la libertad, la autonomía, la integridad y por supuesto la dignidad personal."⁹

La dignidad es eje de las reflexiones en relación con la toma de decisiones al final de la vida, con la muerte digna regulada por la ley 26742. Y si bien es cierto que el fin de la vida es un problema que se encuentra anclado en el inconsciente colectivo, enfrentar la propia muerte es una experiencia propiamente individual. Morir es un proceso de pérdidas físicas, emocionales y relacionales, que requiere por un lado un proceso continuado de toma de decisiones, y por otro, generan frecuentemente sufrimiento, es

⁷ Eduardo Luis Tinant, ob. cit

⁸ "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad", Víctor M. Martínez Bullé-Goyri.

⁹ Idem nota anterior

decir una experiencia de coacción o amenaza, que impide frecuentemente la autonomía para decidir que también se ve fragilizada. Además, existe un gran número de personas que carecen de capacidad o competencia suficiente para decidir como consecuencia de procesos de deterioros neurológicos o psíquicos y deben ser representadas en el proceso de decisiones. Por tanto, decidir con libertad y responsabilidad no es fácil, más bien difícil, en el proceso de salir de la vida¹⁰.

Autonomía interdependiente

Cuidado e interdependencia nos permite reflexionar sobre las prácticas profesionales en el campo de la llamada ley de muerte digna N° 26742.

Convergencias y tensiones suceden a lo largo de la lectura de la mencionada ley. Por ello es importante articular autonomía y ética del cuidado, como así también hacer referencia a los Cuidados paliativos, planteados por la OMS.

Etimológicamente, autonomía se puede desglosar en *autoynómos*. Ambos términos de origen griego, significan: ‘por sí mismo’ y ‘reglas o normas’. El filósofo y psicoanalista Cornelius Castoriadis (2006) afirma que son autónomas aquellas sociedades que son lucidas respecto al carácter artificial de sus instituciones. Es decir, al hecho de que los sentidos que penetran la vida de una sociedad, la dirigen y la orientan, son producidos por esa misma sociedad.

Desde esta perspectiva, la autonomía de cada sujeto se articula con una dimensión colectiva, se compone junto con otros. Implica la confección de las leyes, reglas y significaciones en el marco de redes de relaciones en las que el sujeto se encuentra inmerso. Es decir, no existe ningún origen extrasocial de las leyes y significaciones sociales. Una primera aproximación

¹⁰ www.Ararteko.eus.

a la autonomía, por lo tanto, afirma su carácter colectivo, no puede concebirse sin los otros y no se traza sin efectos en la propia singularidad de cada sujeto¹¹.

El concepto de cuidado nos permite repensar los vínculos más allá de su dimensión mercantil o utilitarista, sino desde el reconocimiento de la propia fragilidad y necesidad del otro.

En ese lineamiento, la ley 26.742 deja entender que alguien “*que presenta una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación*”, tiene una vida física próxima a finalizar. La ley lo concibe como “paciente o enfermo”, es una visión un tanto reducida de la persona, pero entendible, dado que apunta a los profesionales e instituciones de salud. La norma en cuestión contempla el respeto a la persona y lo manifiesta con el respeto de la voluntad autónoma. Una voluntad que le permite aceptar o rechazar propuestas; que puede ser expresada ya sea en ese momento (vía el consentimiento) o con antelación (vía directivas anticipadas); e incluso ser modificada (vía la revocación) en cualquier momento. Una voluntad que deberá ser obligatoriamente aceptada por el equipo de salud. Condicionantes para limitar un procedimiento, como por ejemplo “el sufrimiento desmesurado”, exhiben que se han considerado conceptos íntimamente relacionados con el patrón axiológico de quien fallece.”¹²

La ley admite una vía de aplicación de estos cuidados como son los “cuidados paliativos integrales” que incluirían, acorde a lo sugerido por la OMS, el alivio no solo físico, sino también psíquico, social y espiritual.

Cuidados Paliativos

¹¹ <https://www.redalyc.org/journal/4980/498062469003/html/>

¹² <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/1400/1/ley-muerte-digna-consideraciones.pdf>

Los cuidados paliativos son un enfoque para mejorar la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas asociados con enfermedades potencialmente mortales. Incluye la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana, evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales.

“La *Organización Mundial de la Salud (OMS)*, en su reporte del año 1990, define a los cuidados paliativos como «el cuidado total, activo y continuado de los pacientes y sus familias por un equipo multiprofesional cuando la expectativa médica no es la curación. El control del dolor y de otros síntomas y de problemas psicológicas, sociales y espiritual es primordial».

Posteriormente, la OMS ha ampliado esa definición y considera a los cuidados paliativos como un «enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes y familias que se enfrentan a los problemas asociados con Enfermedades Amenazantes para la Vida (EAV), a través de la prevención y alivio del sufrimiento por medio de la identificación temprana e impecable evaluación y tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicológicos y espirituales»

La definición citada anteriormente, se completa con los siguientes principios sobre cuidados paliativos:

- Afirman la vida y reconocen la muerte como un proceso natural.
- No adelantan ni posponen la muerte.
- Proporcionan alivio del dolor y otros síntomas.
- Integran los aspectos psicosociales y espirituales en el cuidado del paciente.
- Ofrece un sistema de ayuda para que los pacientes puedan vivir lo más activamente posible hasta el momento de su muerte y ofrecen apoyo a la familia para afrontar la enfermedad del paciente en su propio medio.”¹³.

¹³ <https://www.fundacionpaliar.org.ar/que-son-los-cuidados-paliativos/>

Es crucial mencionar que, “cuando la realidad clínica del paciente comienza a tornarse irremediable, la aspiración sobre si ¿es posible decidir vivir, sólo por acto de voluntad?, sin perjuicio de continuar brindando al paciente los cuidados paliativos mínimos, cede paso a la cuestión más importante en el debate sobre el fin de la vida, vinculada con, decidir morir, o ayudar a morir (¿eutanasia, suicidio asistido?), dejar morir, o permitir morir (abstención o retiro de la reanimación o del soporte vital), en suma, *qué se decide*. Cuestión que, como planteara Robert Zittoun (director del Centro de Cuidados Paliativos, Hôtel-Dieu, París), conduce a la dificultad central: *¿quién decide?* En derecho, el paciente; ¿en los hechos, el médico? Dialéctica singular aparente, precisa el autor, porque suelen intervenir familiares y otros integrantes del equipo profesional interdisciplinario actuante, ampliando los puntos de vista. El eje de la discusión entonces es el *cómo se decide*.”¹⁴ (13)

La ley apunta a reconocer los derechos personalísimos del paciente a decidir que el momento de su muerte sea digno. Cuando hablamos de muerte digna tenemos que clarificar muy bien que no se trata de la muerte que producen los médicos, sino la que se produce en la persona, es el final de la vida, el momento en el cual el organismo deja de funcionar como un todo, es la muerte natural.

Lo más importante es que se **respete la autonomía del paciente**.

Reflexiones sobre la Ley de muerte digna, 26742.

La norma reafirma la autonomía del paciente, pero también rechaza el paternalismo médico. La legislación dice que, los profesionales de la salud, pueden trabajar con los pacientes y darles cuidados paliativos, pero en el momento final no se debe prolongar la agonía, no se debe buscar con intervenciones que son desproporcionadas el bien que requiere la persona en cuestión. A veces lo único que se puede hacer es quitarle el dolor y

¹⁴ Eduardo Luis Tinant, "Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna", Capítulo del libro colectivo "Muerte digna", ps. 121/143, La Ley, Buenos Aires, 2013

acompañarlo a que no sufra, que esté rodeado de la familia, que pueda reconciliarse con sus seres queridos, y también con sus creencias religiosas. “Lo que hay que rescatar es que la muerte forma parte de la vida y que el final de la vida es un momento único de cada persona, de cada uno de nosotros, y ni los médicos, ni la familia, ni el Estado nos lo pueden quitar **la ley también pide que al paciente o tutor legal no se le mienta**: tiene que saber a lo que se enfrenta, hay que decírselo de la mejor manera posible, debe conocer su diagnóstico y su pronóstico, y estar informado de la realidad de su enfermedad, en el momento final de la Vida, rescatar la verdad piadosa, aquella que el paciente pueda comprender. Pero más allá de los aportes que ha significado la Ley de Muerte Digna, también tiene errores, y uno de ellos es **negar la hidratación y la alimentación al paciente terminal**. Tanto la hidratación como la alimentación son cuidados proporcionados y ordinarios que se les deben dar a todos los pacientes, a través de una sonda nasointestinal por ejemplo, que hoy está al alcance de cualquier persona, y es un método ordinario. Creo que es un error de esta disposición no reconocer la hidratación y la alimentación como medios ordinarios de tratamiento: y esto podría significar una puerta hacia la eutanasia pasiva, aunque la ley la prohíbe explícitamente.”¹⁵

Creo, en este punto, que es vital rescatar la cuestión de la **objeción de conciencia**. “Podemos entender a la objeción de conciencia como el incumplimiento a una obligación legal, basándose en que dicho cumplimiento lesionaría sus convicciones más íntimas en materia ética, religiosa, moral o filosófica. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la ha definido como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común (“Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de

¹⁵ <https://www.ufasta.edu.ar/noticias/2012/06/29/ley-de-muerte-digna-respeto-a-la-dignidad-del-paciente/>

Educación del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad”). Debe tenerse en cuenta que el objetivo de ejercer el derecho a la objeción de conciencia no sería la obstrucción de una norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.”¹⁶

La objeción de conciencia es derecho vinculado a la dignidad de la persona, que encuentra sus límites en la afección de los derechos de terceros y el bien común.

“En cuanto a la Voluntad Anticipada (VA) Ávila J.A. sostiene que son el conjunto de preferencias que una persona tiene respecto del cuidado futuro de su salud, de su cuerpo y de su vida, y como ésta decide cuando está en pleno uso de sus facultades mentales, en anticipación, a la posibilidad de que en algún momento en el futuro, se encuentre incapacitada para expresar sus preferencias y tomar decisiones por sí misma.”¹⁷

Ante estas circunstancias, el ser humano tiene la necesidad de establecer normas y valores que le permitan elegir y establecer conductas que le lleven a un estado de bienestar individual y colectivo y que garantice su supervivencia, estableciendo aquellas que son comunes a todos y que se han llamado derechos humanos fundamentales. Es la obligación de los servicios de salud velar por el bienestar de las personas.

“Así, cuando en el ámbito clínico se tiene la posibilidad de alargar la vida o bien, prolongar la llegada de la muerte, surge la situación de mantener en todo momento el respeto y la protección a los derechos y a la dignidad humana y por supuesto, el respeto a la autonomía de la voluntad del paciente. Para ello, se ideó que la voluntad de la persona pueda manifestarse de manera anticipada en un documento previo a su incapacidad, conteniendo

¹⁶ <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/la-objecion-de-conciencia>

¹⁷ <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/02/1024617/la-objecion-de-conciencia-del-pesonal-de-salud-ante-la.pdf>

las estipulaciones de una persona competente acerca de los tratamientos que desea o no recibir si llegase a presentar un estado de incapacidad.

Entonces, queda para el personal de salud, especialmente en los médicos y enfermeras la enorme responsabilidad de la reflexión sobre el respeto a la dignidad de la persona hasta el final de su vida, o la prevalencia de su conciencia moral y sus valores personales y profesionales.”¹⁸

Reflexiones finales

Este tema, de gran relevancia, nos invita a reflexionar sobre la importancia de las decisiones del paciente y el deber de acompañarlo, mostrando todas las posibilidades, y conforme la normativa, a través de la voluntad anticipada, para que él sea quien decida sobre el final de su vida.

Hay que seguir perfeccionando la letra de la ley a los fines de que la comunidad médica se vea interpelada por ella.

Lo que se debe revalorizar es el derecho a morir dignamente. Morir con dignidad (o morir dignamente), en el ordenamiento jurídico argentino, es un derecho personalísimo (DMD) y bajo ninguna situación puede ser violado.

“La recta aplicación de la normativa sancionada puede contribuir eficazmente a evitar que se ignore o niegue la decisión del paciente (actual o anticipada, expresada libremente), a condición de que se entienda que no se trata, ni de juridizar la muerte (plasmando un derecho a la muerte), ni de medicalizar el final de la vida (regresando a un biopoder médico en tales circunstancias), sino de permitir la llegada de la muerte de la persona

¹⁸<https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/02/1024617/la-objecion-de-conciencia-del-pesonal-de-salud-ante-la.pdf>

(*allowing death to occur from natural causes*) respetando, si la hubiere, su última voluntad o voluntad anticipada.”¹⁹

¹⁹ Eduardo Luis Tinant, "Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna", cit.

FILOCAM PREGUNTA

Entrevista a Graciela Morgade¹

Genero, Esi, Filosofía y Derecho

Max Molina²



3

Como dice la Licenciada Liliana González “*son tiempos de conversar*”. Y ésta vez conversamos y dialogamos con la Dra. Graciela

¹ Doctora en Educación, especialista en cuestiones de género y educación. Magister en ciencias sociales. Integra Ruta Argentina ESI. Ex decana y actual vicedecana de la FFFYL de la UBA. Escritora, conferencista referente en temas de educación, género y sexualidad. Expositora y muchísimas publicaciones propias y compartidas. Codirectora de la actualización en Género y Universidades (FFYL-UBA)

² 1er abogado No binario. Especialista en ESI. Diplomadx en Género y Gestión Institucional. Docente de posgrados. Docente en CABA y en posgrados sobre género y masculinidades. . Columnista. Coordinador para el área género y diversidad integrante de AMIBA. Integrante del Instituto de Filosofía del Derecho del Colegio de Abogados de Morón (PBA) .Integrante de Ruta Argentina ESI y Fundación Familias Protectoras. Integrante del Equipo interdisciplinario del CNNA del GCBA

³ Imagen obtenida de Infojus Noticias (Agencia Nacional de Noticias Jurídicas) de la nota “*El Poder Judicial es un poder del Estado, y sus decisiones son políticas*”, publicada el 07/08/2013 en <http://www.infojusnoticias.gob.ar/entrevistas/el-poder-judicial-es-un-poder-del-estado-y-sus-decisiones-son-politicas-32.html>

Morgade sobre “*el derecho, las universidades, el género, la ESI y la filosofía*”.

Graciela es la actual vicedecana de la prestigiosa Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, de la cual también fue decana. Directora de diplomados en ESI, Codirectora junto con la Dra. Tarducci de la actualización académica de “*género y universidades*” y con innumerables publicaciones. Además es reconocida en ámbitos académicos, científicos como una gran pedagoga con enfoque de ESI, género y DDHH. Desde ya agradecemos su generosidad, y esperamos puedan disfrutar de la entrevista.



Filocam: ¿Por qué la filosofía es necesaria para pensar en el derecho?

M.G.: La filosofía es fundamental para el abordaje del derecho. El fundamento filosófico es central en todas las ciencias, sean humanas, sociales, exactas o naturales; y en el derecho también. La filosofía habilita a pensar y re-pensar el derecho y las normas que lo constituyen considerando la concepción de lo humano y de las prácticas sociales que subyacen, y la ética hacia donde dirigimos las acciones.

Filocam: ¿Qué implica mirar el derecho y la práctica judicial con perspectiva de género?

M.G.: La perspectiva de género desde hace década interpela a todas las disciplinas del conocimiento y a todas las instituciones. Desde una dimensión descriptiva, implica preguntarse dónde están algunos grupos, los sujetxs que fueron invisibilizados en los discursos, ciencias, saberes y espacios.

Desde una dimensión crítica implica evidenciar la injusticia y la desigualdad que el sistema cis-hetero-patriarcal implica y a la vez recuperar esas voces y esas experiencias invisibilizadas- La perspectiva de género en el derecho y en otras disciplinas tiene que mantener la pregunta sobre qué regula las prácticas del ejercicio profesional y qué voces están expresadas y cuáles fueron omitidas o silenciadas y son silenciadas por relaciones de poder en el derecho y en el sistema judicial.

El derecho tiene la oportunidad de develar las estructuras de opresión, identificarlas y entender situaciones para una praxis transformadora y emancipatoria para una ciudadanía plena.



Filocam: ¿Por qué es necesario reflexionar y revisar en clave de género la formación universitaria?

M.G: *La(s) universidad(es) desde una perspectiva de género tienen que habilitar la (auto) crítica de su contenido sexista y androcéntrico.*

Predomina una mirada hegemónica del conocimiento como neutral y objetivo. Por ello la universidad debe advertir las relaciones de poder que reproducen formas de violencia y discriminación.

La perspectiva de género propone la crítica, la emancipación y es la lupa para transformar y para evitar la sujeción y promover una educación liberadora, crítica. Por ello desde nuestra casa de estudios abrimos un programa de actualización "Género y Universidades" en el marco que excede los límites de Argentina porque forma parte del paradigma internacional, y tenemos una responsabilidad social y legal frente a la comunidad internacional.

Las universidades deben alojar la ESI porque forman sujetos y debemos respetar el plexo normativo del Estado Argentino.

Pensar en todas las disciplinas, ciencias y saberes para la emancipación y sin estereotipos de género.

Filocam: ¿Por qué afirmas que toda educación es sexual⁴ y por qué aprendemos a ser Mujeres y Varones⁵?

M.G: *Desde hace décadas se viene pensando que la materialidad de los cuerpos es indisociable del ámbito social, político, cultural histórico donde*

⁴ Morgade Graciela(Coordinadora), Toda educación es sexual, Edición la Crujía, Bs. As, 2011

⁵ Morgade Graciela; Aprender a ser Mujer, Aprender a ser Varón, editorial Noveduc. Bs. As,2005

esos cuerpos se inscriben. Hay una noción de la construcción social del cuerpo, que los cuerpos se inscriben en un sistema de poder y que hay vidas que parecen valer más que otras. Reflejo de una sociedad que aumenta el índice de muertes por violencia trans, hacia mujeres. El sentido de la vida o de la muerte nos posiciona diferente.

Nuestros genitales “vulva o pene” no definen ni determinan cómo se vive ese cuerpo. Pensar-nos que porque “tiene vulva es mujer” o quien “tiene pene es varón” tiene que ver en cómo se definió lo femenino y lo masculino y como se dio la división sexual del trabajo desde una forma binaria dejando afuera otras formas e identidades que escapan al binarismo “Pene=varón=masculino” y “vulva=mujer=femenina”.

Filocam: ¿Por qué “la ESI como lupa” para reflexionar sobre nosotres mismos?

MG: *“La lupa de la ESI”⁶ contribuye a formar sujetos conectados con el deseo, experiencias de como quieren y sienten vivir sino nos quedamos con los estereotipos que son violentos y encorsetan, por ejemplo: “cuando se le dice a una niña que se ponga un vestido o se silencian o aceptamos chistes homo-les-bi-trans odiantes”.*

Quienes educamos tienen siempre una definición ética delante: i vamos para el lado de la reproducción del sistema cis-hetero-patriarcal y del lado de la desigualdad o vamos para el lado de la emancipación y la libertad. Ese es el sentido de nuestra afirmación de que “toda educación es sexual”. Y estamos todes implicades.

Conclusiones desde el paradigma de Diversidad y Derechos:

⁶ Morgade Graciela (coordinadora) Educación sexual integral: La lupa de la ESI en el aula, Edición: homo sapiens, Bs. As, 2016.

Esté enfoque mira y se posiciona considerándonos íntegros como sujetos “biológicos/psicológicos y sociales (bio-psico-sociales). *“Hablar de diversidad es hablar de la vida cotidiana (...) es reconocernos como seres sexuados y sexuales distintos; con una orientación, identidad cuerpo y expresión diferente y con derechos inherentes a nuestra condición de seres humanos”*⁷ por lo que “la orientación sexual y la identidad de género ingresó al corpus jurídico-filosófico de los Derechos Humanos en nuestro país y en la Comunidad Internacional.

¿Qué es el sexo y qué es el género? Hablar de sexo es hablar de las condiciones biológicas cromosómicas y anatómicas con las que nacemos con una genitalidad determinada: “pene o vulva” que determinan el sexo biológico, pero ¿son sólo dos sexos? Sabemos que nacen personas intersexuales por lo que el aspecto biológico se complejiza y dimensiona “afirmando que hay más de dos sexos”. El Género es el conjunto de características que definen “lo masculino y lo femenino” y no es la lectura e interpretación de esa genitalidad, es decir, sexo no es igual a género. *“e/ género un dispositivo de poder, un guion que socializa los cuerpos: “con pene a la masculinidad, para que se conviertan en varones, y a los cuerpos con vagina en la feminidad, para que se conviertan en mujeres”*⁸

Hablar de Género implica hablar de relaciones entre “mujeres “y” hombres o de “lo que consideramos femenino o masculino”. Hablar de género implica hablar y reconocer la identidad de quienes somos o estamos siendo de manera diferente a lo considerado masculino y/o femenino. Son múltiples las identidades y expresiones de género que habitan y pintan de colores el mundo: “LGBTIQNOB+” (lesbianas, gay,

⁷ Guía “*Hablar de Diversidad y Derechos Humanos*”; Ciudad autónoma de Bs. As y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2017.

⁸ “Varones y Masculinidades”, diciembre 2019. Bs. As Argentina. www.onu.org.ar/iniciativaspotlightargentina

bisexuales, trans, intersexuales, quuer, no binario y MÁS). El “más” porque existen otras identidades, expresiones, orientaciones sexuales y formas de ser y sentir que no se contemplan ni se reducen a una sigla”⁹.

⁹ Nota Publicada por Max Molina en la revista FiloCam, Volumen XII, Pág. 34 y SS.
<https://www.cajaabogados.org.ar/getfile.php?f=9163a8ebc9fc7bb452f8dbe5bf8c588c.pdf>

El delito de peligro abstracto.

¿Extiende los límites de la punición a los actos preparatorios?



Sandra Elizabeth Balzano¹

En el curso del Máster de Política Criminal que estoy realizando en la Universidad de Salamanca, se proveyó material académico complementario de LANDA GOROSTIAGA (<https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174326/05Landa.pdf>), lo que me ha llevado a la siguiente reflexión:

Racismo, xenofobia y Estado de Derecho

¿Qué se protege con los delitos de odio? Según Landa Gorostiaga, surge de la exposición de motivos de la ley española, la tutela del principio de igualdad real y efectiva frente a situaciones discriminatorias y la interdicción de la discriminación. Para ello se vale de un agravante genérico, que castiga la comisión de cualquier delito por motivos racistas, étnicos, ideológicos, discriminatorios. Hace referencia que se castiga la provocación a la discriminación, odio o violencia por similares razones, la denegación de servicios públicos o actividades profesionales, laborales por similares razones; la difusión de ideas que nieguen o justifiquen el genocidio, como así también las amenazas dirigidas a grupos étnicos, religiosos, sociales. Es dable analizar entonces, el art. 22 inc. 4° del Código Penal Español, en cuanto establece hace una mezcla de situaciones a las que agrava en forma genérica, como ser: el Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos, por un lado; luego agrava: otra discriminaciones como ser: la

¹ Abogada, Docente Universitaria, Abogada del Niño del Departamento Judicial de Morón, directora de la Comisión de enlace con la Comunidad del CAM, Especializada en derecho de familia (UBA); Posgrado en Derecho de Familia e Interdisciplina UNMDP-CAM.

ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, Remarco IDEOLOGÍA, porque de todas las cuestiones que allí se tratan como agravantes es la más peligrosa, sobre todo cuando hablamos de **populismo**; ya que este artículo brinda una llave para abrir una puerta peligrosa en demasía, puesto que se puede juzgar *como peligro abstracto a todos aquellos que no acuerden con la política vigente y, toda opinión contraria con el gobierno de turno, habilitará la aplicación del agravante reglado en el art, 22-4° CPE.* De esta forma se pone **un bozal legal a la libre expresión de ideas** que conlleven críticas a las medidas tomadas por el gobierno de turno, conculcando garantías de derechos humanos; puesto que, al ser genéricas, aplica a todos los delitos sin discriminación ya que no establece límites en su aplicación punitiva, quedando la interpretación abierta al “podrá”, facultativo del juez, por carecer del “debrá” que pondría el límite necesario para evitar el abuso procesal punitivo del Estado.

¿Cuál es el programa del Derecho penal antidiscriminatorio? En honor a la verdad, resulta confuso hasta incomprensible el tratamiento dado. Estimo que esta pregunta tiene relación con la protección del “principio de igualdad” el que supone un salto cualitativo (¿o cuantitativo?) de expansión del Derecho Penal, dejando de ser la última ratio para constituirse en “prima ratio”, ampliando el marco de aplicación a los actos preparatorios (alterando el iter criminis) bajo la tipología delictiva de “**delitos de peligro abstracto**”, creando las cinco figuras penales: provocación; de asociación; de apología; denegación de prestación; más las agravantes genéricas que incluyen la familia (violencia familiar), el género (violencia contra la mujer), el sexo u orientación sexual (confunde el género con el sexo), las etnias (xenofobia, las relaciones laborales (MOBBING), la niñez, la incapacidad; la pobreza como elemento discriminador (aporofobia), e incluye el genocidio. Muchas de tales

cuestiones son de orden civil, laboral o administrativo y no corresponden al ámbito penal.

Modelo en EEUU. No suscribió el Convenio de Budapest. Tiene un modelo con tendencias expansivas no desarrolladas en el presente. Aplicando agravantes de delitos comunes pero renuncia a figuras en la línea de la provocación xenófoba, puesto que sería inconstitucional avanzar sobre una presunción no probada, como ser, los actos preparatorios que no constituyen delito y/o el pensamiento del sujeto inculcado sin que pueda demostrarse su intención con las acciones llevadas a cabo, puesto que violaría el principio de la duda razonable.

Modelos en Europa. Suscriben Convenio de Budapest. Existen dos modelos bien diferenciados. MODELO RESTRINGIDO, situándose aquí: Reino Unido, Los Países Germánicos (Alemania, Austria y Suiza). Se centra en la figura de la provocación (Reino Unido) o bien se complementa con la figura de la apologética (Alemania: religión: defender la fe cristiana. “mentira de Auschwitz”), o por solo por actos de discriminación (Suiza). MODELO EXPANDIDO: Países Latinos (Francia, España, Italia y Portugal), en los que se puede ver el modelo EEUU, incorporando tipos calificados como xenofobia más los agravantes genéricos, más “la mentira de Auschwitz”, más delitos discriminatorios. Por otro lado, tanta protección al principio de igualdad cae bajo la punición exacerbada, constituyendo un abuso del proceso penal, aplicando condenas violatorias del principio de legalidad, logicidad, razonabilidad y congruencia, ya que todo queda al arbitrio del juez sentenciante, desprotegiendo a las minorías vulneradas. Ello en razón -como dije supra- todo tiene un contenido político ideológico totalitario y represor, poniendo en jaque mate, sendas garantías individuales constitucionales y otro tanto de derechos humanos.

Principales críticas que se pueden hacer al modelo español. En el modelo español se advierten peligrosas lagunas jurídicas penales. Como ser,

el autor habla de la *negación de la mentira de Auschwitz*. Negar una mentira es afirmar una verdad. Es decir, el que niega la mentira de la existencia de Auschwitz, está afirmando la existencia del Auschwitz y por tanto no existe delito o acción punible por el Estado. Para que exista delito (tal cual lo propone el autor) se debe negar la existencia de Auschwitz y no la mentira de la existencia de Auschwitz. Eso no es mentir, sino que es *no reconocer los hechos ocurridos en Auschwitz como delito de odio, o genocidio o discriminación apologética o racial*. Si bien estoy de acuerdo con lo que propone el autor en cuanto a la crítica del modelo español respecto de incorporar delitos como el provocación calificándolo como **delito de peligro abstracto, corriendo las barreras limitativas de la punición a actos privados** como ser el pensamiento o la presunta intención de subsumir vgs.; un comentario en uno de los tipos agravantes por ser realizado contra un funcionario público por la prensa, ya que dicha opinión pone en la picota una discrepancia ideológica, lo cierto es que no se comprende la tipología “provocación”, ya que el ejemplo que da el Autor sería una conducta subsumible dentro del delito de daño a las cosas y, dicha provocación no puede ser agravada si no se ha realizado contra un bien público. No comparto el corrimiento que existe en el tipo de genocidio, ya que bajo los conceptos calificantes, se abusa de la figura de genocidio para impedir la prescripción. Así, lo que fue una guerra de guerrillas, se convierte en genocidio y los hechos o acciones que corresponden a delitos comunes, si fueron realizados en aquellos tiempos por fuera de la guerra de guerrilla, también son incorporados como genocidio por el tiempo de la producción y no por los hechos en sí mismo. De ahí que sostengo **que las Lagunas Penales son peligrosas**, no solo por aplicación del Derecho Penal del Enemigo en un Estado Social de Derecho, sino porque permiten el abuso del proceso violando el principio de legalidad.

Arte de tapa Gerónimo Giqueaux <https://unsplash.com/es/@ggiqueaux> -
Juana Illia juallia@gmail.com

¿Querés comunicarte con nosotros? Escribí a revistafilocam@gmail.com

Los volúmenes anteriores de Filocam se pueden descargar desde
<https://camoron.org.ar/filocam/>

Las opiniones e ideas vertidas en este documento son exclusiva responsabilidad de los
autores y no representan necesariamente la opinión del Instituto de Filosofía del
Derecho del CAM ni de FILOCAM.

Todas las fotografías son propiedad de sus respectivos dueños, y son utilizadas con
fines no comerciales. En su mayoría las imágenes utilizadas en este número han sido
extraídas de Internet a los efectos meramente ilustrativos de los trabajos aquí
realizados como así otras que componen el entorno de la publicación. No se pretende
violar ningún derecho de autor si alguna de ellas tiene derechos reservados como algún
texto favor comunicarse y se procederá a quitarla.

FILOCAM MARCA REGISTRADA Acta 3930628 Clase 09

