

## **ABUSO SEXUAL INFANTIL: ASPECTOS JURÍDICO – LEGALES. CUANDO DENUNCIAR ES PROTEGER**

**Dr. Juan Pablo Viar**

### **Introducción**

Con fecha 16 de octubre de 1990, se promulgó la ley 23849, mediante la cual el Estado argentino ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). A partir de 1994, dicha Convención adquirió rango constitucional. Por ello, el Estado está obligado a tomar medidas para limitar y superar el maltrato infanto-juvenil. Al respecto, el principio rector está establecido en el artículo 3 de la Convención, que considera primordial el interés del niño en lo que atañe a su protección y cuidado. A su vez, el artículo 19 establece:

*“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.*

El artículo 19.2 prevé en su texto, como medidas de protección al niño maltratado, *“el establecimiento de procedimientos eficaces con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria tanto a su persona como a quienes cuidan de él”.* Dicha norma concuerda con la del artículo 39, en cuanto prevé la *“adopción de todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abuso”.* Lo expuesto tiene su propio correlato con la imperiosa necesidad de tender al interés superior del/a niño/a (artículo 3), a lo que, justamente, deben apuntar los tratamientos específicos familiares. En este sentido, las leyes proteccionales en violencia familiar se caracterizan por su reconocimiento de la especificidad de la problemática y la implementación de tratamientos especializados que prevén.

En líneas generales, la respuesta jurídica ha sido diseñada considerando las diferencias que en esta problemática marcan los aspectos represivos y sancionatorios de la Ley, en relación con los tutelares y los proteccionales.

Como consecuencia de esta normativa, la función de la Justicia es prioritaria en la prevención secundaria y terciaria del maltrato infanto-juvenil, en general, y del abuso sexual incestuoso, en particular. Se sostiene incluso que el abordaje y la intervención en los casos de maltrato sólo es una ocasión aprovechable después de la activación de un mecanismo judicial. Intervención que -como se desarrollará más adelante- tendrá características de amparo, de tutela y de protección de niños, niñas y adolescentes víctimas.

### **Marco Legal**

#### **NIVEL NACIONAL**

El Código Penal establece sanciones para el autor de hechos constitutivos de los subtipos de abuso sexual (delito de abuso sexual agravado, corrupción de menores).

#### ***Delitos contra la integridad sexual***

El 14 de abril de 1999, se sancionó la Ley 25087 que modificó estructuralmente el capítulo relativo a los delitos sexuales. El nuevo artículo 119 del Código Penal establece:

*“Será reprimido con reclusión o prisión de seis a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno y otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción (abuso sexual)*

*La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima (abuso sexual calificado)*

*La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal de cualquier vía (violación)*

*En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de*

*reclusión o prisión si (agravantes):*

- a) *Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima*
- b) *El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afin en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda*
- c) *El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo”.*

El actual artículo 126 del Código Penal define la *corrupción de menores* como la acción de promover o facilitar la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima. La pena se agrava cuando: a) la víctima fuera menor de trece años, b) mediare engaño, violencia, amenaza, abuso de autoridad, o cualquier otro medio de intimidación o coerción, como también si el autor fuera ascendiente, cónyugue, hermano, tutor o persona conviviente o encargada de su educación o guarda. A su vez, los actos corruptores son aquellos que causan un daño psíquico en la víctima y/o torcimiento de su sexualidad mediante actos de contenido sexual perversos y/o excesivos y/o prematuros.

En este punto, resulta importante señalar una creencia errónea de frecuente circulación en los equipos de salud, referida a la *instancia privada*. Muchas personas integrantes de estos equipos, al tomar conocimiento de una agresión sexual, consideran que no deben reportarla a las autoridades judiciales en ningún caso. En realidad, el artículo 72 del Código Penal prevé que las personas que son víctimas de delitos sexuales pueden optar entre iniciar y proseguir una acción criminal o no. Cuando las víctimas son niñas, niños o adolescentes, la responsabilidad de tomar esta decisión recae en sus representantes legales, en la mayoría de los casos el padre y la madre.

Ahora bien, cuando:

- a) el delito fuera cometido presumiblemente por sus padres o representantes legales, e incluso cuando hay algún tipo de complicidad por parte de éstos;
- b) como consecuencia del delito, resultare la muerte de la víctima;
- c) como consecuencia del delito, la víctima resultare con lesiones gravísima, esto es, que se produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir;
- d) el delito tipificado fuere el de corrupción de menores, se procederá de oficio; es decir, el delito *deja de ser de instancia privada y rige la obligación de denunciar por parte de los profesionales de la salud y/o de los funcionarios públicos*, ya que el estado de indefensión del niño o niña víctima justifica dicha resolución.

Sin embargo, más adelante se verá que la normativa privilegia la denuncia ante los organismos judiciales protectores y tutelares, que buscarán y privilegiarán el amparo de la víctima por sobre la sanción del victimario. Es importante analizar -aún en la urgencia y en la emergencia- si el niño o niña víctima se encuentra en una situación de riesgo derivada del abuso sexual recibido y de la actitud no protectora e, incluso, abusiva de sus progenitores.

De cualquier manera, dado que no corresponde al equipo de salud indagar si se cometió delito o no, ni a qué tipo penal corresponde, en caso de duda es conveniente formular la denuncia.

En síntesis: ante la mera sospecha de que el niño o la niña han sido víctimas de abuso sexual por parte de sus padres o personas a cargo, debe formularse la denuncia ante las instituciones que más abajo se detallan.

### **LEYES PROVINCIALES**

Desde 1992, la mayoría de las provincias y la ciudad de Buenos Aires han dictado leyes locales de protección contra la violencia familiar. En general, no han establecido regímenes represivos sancionatorios (como sí lo hace el proceso penal) sino que han instaurado un sistema de *amparo, protección y/o tutela* a las víctimas del maltrato infanto-juvenil. Éste busca, en primer lugar, el cese de la situación de riesgo y de la violencia que reciben dichas víctimas, mediante la adopción de medidas urgentes, eficaces, provisorias y mutables; y en segundo lugar, establece instancias terapéuticas para la rehabilitación de las víctimas, del grupo familiar y de la persona victimaria, a través de la rectificación de sus conductas.

Como característica estructural, estas leyes establecen que, en determinadas circunstancias, la denuncia a la autoridad judicial tiene carácter obligatorio. Concretamente, se ha incluido en la normativa sobre violencia familiar la obligación de denunciar los abusos sexuales de los que puedan ser víctimas niños, niñas y adolescentes, y demás personas en situaciones de alta vulnerabilidad (ancianos/as, discapacitados/as y personas con afectaciones psiquiátricas severas).

### **ACERCA DE LA DENUNCIA**

Como cuestión previa, sostendremos que la obligación de denunciar los supuestos de maltrato a la justicia constituye en sí la concreción de la buena praxis profesional del equipo de salud.

En efecto, dicha obligación, legalmente estatuida por normativa de diferente orden (internacional, nacional y provincial), se ve precedida por la normativa ético-profesional que establece la finalidad de mejorar, recuperar y rehabilitar la salud del paciente. Específicamente, en los casos de abuso sexual contra los niños, para poder cumplir dicho cometido ético es necesaria la intervención judicial a fin de poner coto inmediato al abuso que recibe el niño, en tanto se plantea un abordaje sanitario adecuado a la problemática.

En sentido técnico, la denuncia es el acto procesal mediante el cual se da conocimiento a la autoridad competente, por escrito o verbalmente -sin necesidad de patrocinio jurídico- del hecho contrario a la ley, para que aquélla proceda a la averiguación y la protección. Cumple una función protectora y preventiva: *protectora* frente al peligro o el riesgo actual en que se encuentra la persona menor de edad; *preventiva* porque debe evitar el acaecimiento de nuevos peligros, riesgos o daños en aquélla. De ahí que las decisiones que se adopten a lo largo del trámite deban ser flexibles y mutables.

El fundamento de la denuncia para el equipo de salud radica en la relación fundacional existente entre el niño, la niña o el/la adolescente maltratado/a y el mismo equipo. Esta relación puede ser transitoria, ocasional o permanente.

Sin embargo, con el cumplimiento formal de la ley no basta para obtener la finalidad protectora señalada, porque, para que la denuncia sea efectiva, deben sumarse los demás recursos adecuados a fin de que las víctimas y maltratadores sean debidamente asistidos/as. Un sistema legal que exige la denuncia sin garantizar la cooperación y la coordinación de las distintas instancias intervinientes en la problemática del maltrato infanto-juvenil -sistema de salud, dependencias sociales y tribunales, con personal capacitado en la temática- se queda estancado en su propio formalismo. En la medida de lo posible, el equipo de salud debe trascender la instancia formal de denunciar o promover la acción legal protectora del niño, la niña o el adolescente maltratado/a, y posibilitar el abordaje interinstitucional del servicio de justicia y los organismos de salud, acorde con su nivel de complejidad y entrenamiento en la temática.

En algunos lugares, con el transcurso del tiempo, se han logrado maximizar estrategias comunes en las que participan ámbitos de justicia, educación y salud, imponiendo modelos de intervención específicos tendientes a obtener una evolución positiva de los casos. Se trata de una acción conjunta de las instituciones, destinada a cuidar o proteger los derechos y los intereses de un ser esencialmente indefenso, cuyos recursos y valores necesarios para lograr su desarrollo integral y pleno han sido o son vulnerados.

Existen, frecuentemente, reticencias en denunciar por parte de los/as profesionales de establecimientos públicos, y esto está vinculado con el hostigamiento jurídico que sufren médicos y médicas (y con mayor énfasis, especialidades como la cirugía, la anestesiología, la obstetricia y la traumatología). En este sentido, los profesionales de la salud entienden que estarán más resguardados de la acción legal cuando omitan denunciar. Esto los conduce, inevitablemente, a no recibir determinados casos de abuso sexual infantil, o a echar mano a una vasta gama de recurso para evitar la denuncia, basados en una concepción absoluta del secreto profesional que no llega a comprender la gravedad de la problemática. Incluso algunos/as profesionales de la salud mental, al adherir a modelos o marcos teóricos inespecíficos sobre la problemática, consideran la denuncia como una traición a la propia elección teórica.

Por otra parte, la realidad demuestra que en varias oportunidades, la decisión de denunciar un caso de abuso sexual incestuoso adoptada por el equipo de salud o unos de sus integrantes se puede ver impedida por la decisión en contrario que tome un superior jerárquico. Si bien dentro de las instituciones de salud pública existen cuestiones internas,

administrativas u organizativas, necesarias para el buen funcionamiento de las instituciones, no es menos cierto que dichas cuestiones no pueden priorizarse frente a un interés tan primordial como el del niño o la niña víctima. Tampoco es dable invocar *obediencia debida*. Ante el reproche legal, nada puede sostener la omisión de denunciar conforme el propio saber y ciencia. No se podrá alegar como defensa el incumplimiento del superior jerárquico.

Con formulaciones diferentes, las leyes hasta ahora sancionadas prevén la obligación de denunciar por parte de profesionales de la salud y funcionarios públicos, en razón de su profesión, cuando la/s víctima/s de la violencia familiar fueran niñas, niños o adolescentes.

En el siguiente cuadro, se mencionan las provincias que han sancionado esta normativa; se indica asimismo ante qué instituciones debe realizar la denuncia el equipo de salud:

### **SITUACIÓN DE LAS PROVINCIAS QUE AÚN NO HAN DICTADO SUS LEYES DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA FAMILIAR**

La falta de leyes específicas en materia de maltrato infanto-juvenil no imposibilita la intervención judicial por parte del equipo de salud, ya que la normativa establecida en el artículo 19 de la CDN permite cumplir con el imperativo ético-legal que significa la protección de una niña, un niño o un adolescente en situación de riesgo.

En efecto, el carácter operativo que se le ha adjudicado a dicha Convención permite a quienes integran un equipo de salud formalizar la denuncia, más allá de que resultan aplicables otras normas vigentes al respecto, como medidas cautelares de protección de persona y medidas cautelares genéricas; normativas éstas que pueden vehicular el abordaje jurídico-legal de estos casos.

### **ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR**

La jurisprudencia de la ciudad de Buenos Aires referida a la aplicación de la Ley 24417 ha señalado en forma consensuada que bastan la sospecha del maltrato ante la evidencia psíquica o física que presente el maltrato y la verosimilitud de la denuncia, para que el juez pueda ordenar medidas cautelares. En consecuencia, ante la sospecha, y a partir de ésta, nace la obligación legal de denunciar por parte del equipo de salud.

En otros países, se utiliza como requisito que el denunciante sepa sobre el abuso del niño o la niña y que el grado de certeza sea razón para creer o causa razonable para creer o sospechar. Las personas obligadas a denunciar no investigan el hecho, sino que lo sospechan razonablemente; la investigación acerca de si un niño, una niña o un/a adolescente sufrió abuso sexual por parte de algún miembro de su grupo familiar es exclusiva atribución de la justicia.

### **LA IMPORTANCIA DE DENUNCIAR Y LAS CONSECUENCIAS DE SU OMISIÓN**

**a) Naturaleza.** Muchas veces suele pensarse que hacer la denuncia frente a situaciones de sospecha o presunción del abuso sexual intrafamiliar puede acarrear complicaciones legales para el denunciante y/o la institución. *Por el contrario, la omisión de denunciar constituye un acto de mala praxis profesional, en cuanto existe una negligencia, una impericia y/o una inobservancia de los deberes a cargo del/a obligado/a, que pueden generar, en causalidad con la conducta abusadora, un daño que va desde una lesión física hasta la muerte de la víctima, pasando por toda la gama de daños emocionales.*

**b) Responsabilidad civil.** El incumplimiento de la obligación de denunciar es un ilícito civil (artículo 1074 Código Civil) y puede generar en la persona que no realiza la denuncia, sea o no empleado o funcionario público (artículo 1112 Código Civil), la carga de reparar el perjuicio que sufra la víctima (artículos 1077, 1078 y 1109 Código Civil) y de toda persona que por ella se hubiese visto afectada (artículos 1078 y 1080 Código Civil). Dicha responsabilidad es solidaria, es decir, alcanza también a quienes hubiesen impedido el cumplimiento de la obligación de denunciar. Si se trata de falta de denuncia del obligado en relación de dependencia, se aplica la norma de responsabilidad refleja de la institución a la que pertenece el obligado (artículo 1113 Código Civil).

La omisión de efectuar la denuncia encuadra el accionar como obrar negligente, con impericia y con inobservancia de la normativa ética y legal a su cargo.

Ante cualquier co-responsabilidad que pretenda adjudicársele a la víctima y/o su representante legal, en forma total o parcial, debe tenerse en consideración la asimetría de la relación profesional-paciente. En efecto, como sostiene Kraut (1991) en conceptos aplicables y también a otros profesionales integrantes del equipo de salud: "El problema de la responsabilidad del psiquiatra despierta cuando se ocasiona un daño a la salud del paciente

por incumplimiento del vínculo obligacional preexistente o por infracción del deber general de prudencia y diligencia; el tema es espinoso y roza aspectos neurálgicos. El psiquiatra es un profesional favorecido por una aureola particular, y al que se asigna una autoridad privilegiada. Su figura resplandece como la de un confesor paternal ante el paciente. Éste espera, confía, delega en buena medida sus propias decisiones, y por lo común, recibe la respuesta adecuada a sus esperanzas”.

Más recientemente, se ha sostenido: “El fenómeno de la transferencia analítica, que es el método de trabajo utilizado por el terapeuta e implica la creación de una relación de dependencia emocional e idealización de la figura del profesional. Tal particular circunstancia se relaciona con la desigualdad desde el punto de vista del conocimiento científico entre el paciente y el profesional, determinando una especial relación de poder sobre el enfermo” (C.N.Civ., Sala A, CM.G. c/M.C.C.A. s/daños y perjuicios, 12/12/2003)

Concordantemente con ello, el Código de Ética de la Federación de Colegios de Psicólogos de la República Argentina establece en el artículo 3.1.1: “Los psicólogos deberán ser conscientes de la posición asimétrica que ocupan frente a sus consultantes, y no podrán hacer uso de su influencia más que con fines benéficos para éstos”.

Por otra parte, la opinión de los autores más capacitados en la temática dentro de la psicología señala la importancia de la denuncia y advierte sobre la gravedad de la conducta de omisión de denuncias.

Una de las expertas más lúcidas en nuestro medio, la licenciada Alicia Ganduglia, sostenía ya en 1998: “Cuando un profesional ha concluido con fundamento suficiente que un niño ha sido puesto en riesgo por quienes deberían haberse encargado de su cuidado, según nuestros códigos, debe dirigirse al asesor de menores, solicitando que se lo proteja para, entre otras cosas, poder efectivizar las intervenciones terapéuticas. Éste y no otro es el objetivo esencial de la *denuncia*. Como el abuso sexual de niños es, además, un delito sancionado penalmente, muchos profesionales se oponen a la denuncia por considerarla una medida *punitiva*, totalmente inconducente para la rehabilitación del abusador.

Paradójicamente, suelen ser los mismos profesionales quienes advierten, desde el sentido común, que nadie puede erigirse en juez como para enviar a prisión a nadie. Es evidente, entonces, que quien no denuncia con este argumento está en la posición del juez que decide no enviar a prisión, acción que, por otra parte, no está entre las posibilidades de ningún profesional de la salud. La confusión entre el contexto terapéutico y el de la sanción está aquí en juego y viene sostenida desde, por lo menos, dos frentes: 1) la reticencia de la institución para apelar a la justicia, que deja al profesional sin poder recurrir a una *terceridad* que enmarque su tarea. Ante los fantasmas de los juicios, las instituciones de salud se quejan de la falta de *apoyo legal*. ¿Y la Constitución Nacional, la Ley de Protección contra la Violencia Familiar y el Código Penal, más los códigos de ética de cada profesión?....”

Concordantemente, señala Monzón (1998): “También en el caso del abuso sexual la criatura es privada de su capacidad de disentir o consentir. E incluso, frecuentemente, el acto de violencia es descalificado como tal por el victimario, que le dice al niño: 'Esto lo hago por tu propio bien, no te puede doler tanto, te va a gustar, me provocaste'. Es así como, a la desmentida usada por la criatura, se agregan mensajes por parte del ofensor que caracterizan la comunicación del doble vínculo. Si la familia o cualquier otra persona ante la cual el menor denuncia el abuso no le creen o no advierten, por otras señales, que tal abuso está sucediendo, agregan, con su desmentida, un nuevo acto de violencia sobre el psiquismo de la criatura... esta complicidad, no consciente si surge de la desmentida, proviene muchas veces no sólo de los testigos sino también de los profesionales de la salud. Los ejemplos abundan”.

Coincidentemente, uno de los teóricos más notables en el plano internacional sobre la temática del maltrato infantil, Jorge Barudy (1998) sostiene: “A pesar de los cambios a ese respecto, muchos profesionales no han asimilado todavía el imperativo ético de intervenir para proteger a un niño, lo que es una obligación superior a cualquier visión de la sociedad”.

El ejercicio clínico de la psicología confronta, en la cotidianeidad de su ejercicio, con una variedad de obligaciones jurídicas que, en realidad, son precedidas por normativas deontológicas establecidas en códigos de ética.

Se ha sostenido (Kraut, 1991): “Aunque la racionalidad ética, las consideraciones deontológicas, las opciones axiológicas y las estimaciones morales esenciales notienen - desde lo jurídico- operatividad normativa, configuran una suerte de marco orientativo para

delinear paradigmas de conducta, un estándar para la valoración de la culpa profesional” (artículo 512 Código Civil)

El Código de Ética de la Asociación de Psicólogos de la República Argentina establece en su preámbulo: “Propician, para el ser humano y para la sociedad en que están inmersos y participan, la vigencia plena de los derechos humanos, la defensa del sistema democrático, la búsqueda permanente de la libertad, la justicia social y la dignidad, como valores fundamentales que se traduzcan en un hombre y una sociedad protagonista, crítica y solidaria. Entienden bienestar psíquico como uno de los derechos humanos fundamentales y trabajan según el ideal social de promoverlo todos por igual, en el mayor nivel de calidad posible y con el sólo límite que la ética y la ciencia establecen. Comprenden que es responsabilidad individual de cada psicólogo aspirar a alcanzar él mismo y promover en sus colegas una actitud responsable, lúcida y comprometida frente al ser humano concreto y sus condiciones”.

El mismo Código de Ética de la Asociación de Psicólogos de la provincia de Buenos Aires continúa en el preámbulo: “Su objetivo principal es orientar el ejercicio profesional de los psicólogos atendiendo a la protección de los individuos y los grupos con los cuales trabajan ... Los psicólogos respetan y protegen los derechos humanos y civiles, y no participan en forma deliberada, ni consienten, prácticas discriminatorias”.

A renglón seguido, en cuanto a los *principios generales* se analiza el “Respeto por los derechos y la dignidad de las personas” y se establece: “El psicólogo en ejercicio de su profesión adhiere a la definición de sus responsabilidades, derechos y deberes, de acuerdo a los principios establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas”.

Más adelante, en el acápite titulado “Responsabilidad social”, establece: “Los psicólogos se preocupan y trabajan para mitigar las causas del sufrimiento humano. En sus acciones profesionales tienen en cuenta los derechos de sus pacientes o clientes, estudiantes, participantes de investigación y otras personas afectadas. Los psicólogos tratan de evitar el mal uso de su trabajo. Los psicólogos cumplen con la Ley y promueven el desarrollo de leyes y de políticas sociales que, desde el punto de vista psicológico, benefician a la comunidad”.

En el punto 1.05, dicho Código reza: “Los psicólogos que se dedican a la evaluación, terapia, docencia, investigación, consultoría institucional, dirección o coordinación, u otras actividades profesionales, mantienen un razonable nivel de actualización en la información científica y profesional de sus campos de actividad y realizan esfuerzos permanentes para mantener la competencia en sus áreas de acción”.

En el punto 5.08, se establecen los límites al secreto profesional, que se prevén en el acápite 8: “Cuando se trata de evitar la comisión de un delito o evitar los daños derivados del mismo”.

Más contundente resulta la normativa prevista en el Código de Ética del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires, en el artículo 4: “El psicólogo, en el ejercicio profesional, se guiará por los principios de responsabilidad, competencia y humanismo, prescindente de cualquier tipo de discriminaciones”.

En tanto, el artículo 6 prevé: “El psicólogo deberá abstenerse de participar activa o pasivamente en cualquier acción o en forma de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes y todo tipo de apremio ilegal que atente contra los derechos humanos reconocidos mundialmente; incitar a ello, encubrirlos o intentar comentarlos”.

Al establecer las excepciones al secreto profesional, el artículo 12, inciso b, dice: “La información amparada por el secreto profesional sólo podrá ser transmitida por evitar un grave riesgo al que pueda estar expuesta la persona atendida a terceros; en todo caso, sólo se podrá entregar la información a las personas calificadas que, a juicio del profesional actuante, aparezca como estrictamente necesaria para el cumplir el referido objetivo”.

Finalmente, el artículo 43 establece: “es responsabilidad inherente al ejercicio del psicólogo: a) La actualización periódica y permanente de sus conocimientos como garantía de responsabilidad e idoneidad que contribuya al prestigio de la profesión y a la optimización del servicio que brinda [...] c) La supervisión del trabajo realizado”.

En el caso, serían de aplicación las normas generales que rigen la responsabilidad civil, si la conducta omisiva causa perjuicios al afectado e impide la protección y el tratamiento del problema. Muchos profesionales, con la sana idea de preservar los vínculos, omiten la

denuncia porque desconfían de la acción de la justicia y piensan que la intervención del tribunal puede provocar un mayor daño al núcleo familiar. A menudo, el profesional supone, de acuerdo con su diagnóstico, que puede controlar el caso y tratarlo sin necesidad de hacer el señalamiento. Empero, si el diagnóstico resultó errado y se expuso al niño a una situación de riesgo que permitió el maltrato, él debe asumir los resultados de su evaluación inadecuada. Es decir, no ha obrado con la diligencia y la previsión necesarias para evitar un daño a la persona y responde por las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles (Grosman, 2002)

También se ha señalado que otra consecuencia de la omisión de reportar un caso, cuando existe la obligación de hacerlo, deviene en un supuesto de *mala praxis* -cuando ello acarrea un daño en el paciente-, por incumplimiento del profesional de los deberes a su cargo. En el supuesto específico del maltrato infantil, esta concepción nació en los Estados Unidos a través del caso “Landeros vs Flodd”, en el que la Suprema Corte de California, en 1976, estableció que el médico que no informó el maltrato de un niño debía responder por todas las consecuencias de la agresión. El caso se refirió a una niña de 11 meses quien, después de examinada, fue devuelta a sus padres agresores, a pesar de los signos de brutalidad que evidenciaba por inexplicables fracturas y laceraciones. La Corte dijo que, a pesar de que el médico accionado dio un buen diagnóstico y medicación apropiada, el síndrome del niño maltratado en cuestión es resorte de la ley, y a ella debió informarse, e impuso el pago de 600.000 dólares, responsabilizándolo por el daño cerebral que sufriera la niña por los posteriores malos tratos (Prieto 1992)

Concordantemente, se ha sostenido: “En algunos casos de daños derivados de las relaciones familiares, tenemos que no siempre se encuentran involucradas únicamente personas que se hallan ligadas entre sí por lazos o vínculos filiales. En algunos supuestos, nos enfrentamos a situaciones, hechos o conductas en los que intervienen terceras personas que algunas veces han contribuido o coadyuvado a la producción del perjuicio y, en otros casos, han sido los directamente responsables del daño. Así debe aclararse que, cuando se habla de *tercero* se está haciendo referencia no a una persona ajena al hecho, sino ajena a la relación familiar, y a su vez, autora del perjuicio sufrido. Por eso, en este caso, ese *tercero* no tiene la misma implicancia que en los demás casos del derecho de daños y que el tercero a que se hace referencia en nuestro Derecho Procesal. Yendo a algunos ejemplos que permitan visualizar mejor los casos de los que se trata, pueden encontrarse las acciones contra quienes han suprimido ilegalmente la identidad (llamados comúnmente apropiadores), a los involucrados en una relación extramarital de infidelidad, a quien se opuso al matrimonio con denuncia infundada de impedimento, a quienes saben de un hecho de violencia familiar y no lo denuncian” (Gandolla 2001)

Dentro del deber del psicólogo se encuentra el de actuar con toda la diligencia profesional posible. Ello incluye mantenerse actualizado en el conocimiento científico y profesional a través de la capacitación y la actualización continua y permanente. Evitar cualquier tipo de técnica específica relativa al abuso sexual infantil, cuestiones sobre las cuales la comunidad científica internacional tiene un desarrollo considerable con la finalidad de no tener nada que denunciar, constituye, a las claras, un acto de impericia y negligencia profesional.

En síntesis, la omisión de denunciar constituye un acto de mala praxis profesional en cuanto existen negligencia, impericia e incluso inobservancia de los deberes a cargo cuando generan -en con-causalidad con la conducta maltratadora y/o abusadora de los progenitores o cuidadores del niño- algún tipo de daño mensurable por el servicio de justicia.

A mayor abundancia, la normativa penal y civil detalladamente descrita se encuentra reforzada por las normas del derecho comunitario vigentes.

**c) Secreto profesional.** Frente a situaciones altamente movilizantes, y en algunas ocasiones complejas, el equipo de salud puede tener dudas acerca de la denuncia y también del alcance del secreto profesional.

Dentro de la discusión que gira alrededor de la función que el sistema judicial debería tener en relación con el abuso sexual intrafamiliar, *la posición que jerarquiza el rol tercerizador y protector de la ley en relación con la víctima resulta la más apropiada en las situaciones de riesgo de la infancia*, en comparación con el polo que propone salidas únicamente terapéutico-conciliadoras, por un lado, y el extremo de la penalización criminal, por el otro.

El prejuicio mal entendido respecto del *peligro de judicializar la pobreza* se basa en un supuesto poder omnímodo de la tutela de los jueces, quienes tenderían rápidamente a separar a los niños y a las niñas pobres de sus familias para arrojarlos al maltrato

institucional de los *internados*. Al mismo tiempo, también el prejuicio mal entendido de no denunciar puede ocultar los peligros no menos dañosos de la *psicologización y/o medicalización* de una problemática que, por sus consecuencias y etiología, ha mostrado ser bio-psico-social.

Por otro lado, como ya se señaló, las situaciones socioeconómicas críticas que actúan como factores de riesgo (pobreza, hacinamiento, etc) fueron perdiendo, con el avance de las investigaciones en el maltrato infanto-juvenil, el peso que se les atribuía cuando se sostenía de manera prejuiciosa que tales casos se daban sólo en clases socioeconómicas bajas.

Tampoco la apelación a las características culturales (como se hace con frecuencia en los casos de incesto) resulta congruente con los parámetros que definen las distintas situaciones de maltrato, ni con las investigaciones sobre las distintas formas de regulación de los intercambios sexuales que presentan las comunidades humanas.

En situaciones de maltrato a infantes y adolescentes, la necesidad de estas intervenciones preventivas (como es la necesidad de la interrupción temporaria del vínculo con el padre o la madre de riesgo) suele chocar muchas veces, no sólo con los puntos de vista derivados de una justicia garantizadora que desconoce la dinámica intrapsíquica e interindividual de la relación víctima-victimario, sino también con una ideología patriarcal. Ésta idealiza *la familia* y, en la búsqueda de la protección de los lazos familiares a cualquier costo, contribuye a la transmisión generacional de los vínculos violentos, su agravamiento y la acomodación a ellos (Ganduglia 2003)

Fundamentalmente, el secreto profesional apunta a proteger a la persona a la cual la revelación injustificada del obligado a guardar secreto podría causarle o le causa un daño. En consecuencia, *el secreto profesional en términos de abuso sexual infantil protege sólo al adulto abusador; quien se vería perjudicado ante la revelación de los hechos.*

Por el contrario, las víctimas, en principio, no pueden verse perjudicadas por la revelación que hace el obligado a guardar el secreto -reiteramos en términos de la situación de violencia intrafamiliar-, sino todo lo opuesto. De ello se concluye que, en los casos de maltrato grave o abuso sexual intrafamiliar, el secreto existe siempre solamente en relación con el autor o perpetrador; pero, dado el interés superior y público que tiende a la protección psicofísica de niños y niñas, el obligado a guardar secreto se ve relevado de dicha obligación. Es más, se ve obligado a reportar a la justicia el caso del cual emerge una situación de riesgo que involucre a un niño o una niña abusado/a sexualmente.

*A esta altura, cabe señalar que, en cuanto todas las situaciones de abuso sexual intrafamiliar son de alto riesgo, no existen situaciones incestuosas de bajo o mediano riesgo, lo cual no debe confundirse con la gravedad del abuso en sí.*

En síntesis, el relevo del secreto profesional es una consecuencia tácita de la obligación de denunciar.

**d) Sanciones.** Pueden ser de carácter penal, administrativo o estatutario privado. Estas dos últimas no excluyen la primera.

Desde el derecho penal, si el obligado incumpliente es funcionario público en ejercicio de sus funciones, dicha conducta puede encuadrarse en la figura de incumplimiento de los deberes de funcionario público (artículos 248 y/o 249 Código Penal). Así lo prevé expresamente la normativa tucumana, que es la única que contempla la temática (Ley 6518 artículo 5), Si el incumpliente no es funcionario público, puede incurrir en los tipos previstos para el abandono de personas (artículos 106, 107 y 108 Código Penal)

Desde el *derecho administrativo*, si los incumplientes pertenecen a alguna esfera de la administración pública, se les aplicarán las sanciones previstas para la falta u omisión administrativa cometida: apercibimiento, multa, suspensión, cesantía o exoneración.

En el ámbito privado, se aplican las normas disciplinarias previstas para los/las integrantes de los respectivos establecimientos.

### **PROTECCIÓN JURÍDICO – LEGAL DEL DENUNCIANTE**

En cuanto a la exención de responsabilidad por el acto de denunciar, el artículo 1071 1° parte del Código Civil, establece que el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir, como ilícito, ningún acto.

A su vez, el artículo 34, inciso 4° del Código Penal, dispone que no es punible el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

De ello resulta que quienes cumplen con la obligación de denunciar gozan de inmunidad e indemnidad civil y penal, salvo los supuestos de mala fe. Esto implica que la denuncia no genera reprochabilidad culposa para el denunciante. Por ende, no se podría siquiera iniciar una acción resarcitoria de daños y perjuicios alegando, por ejemplo, error diagnóstico o cualquier pretensión sostenida en una supuesta impericia, imprudencia o negligencia. Se descarta -por razones obvias- el incumplimiento de los deberes a su cargo.

### **OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR LOS SUPUESTOS DE MALTRATO INFANTO-JUVENIL Y OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA**

Otra cuestión que surge del análisis del derecho vigente está vinculada con la obligación que le cabe al equipo de salud de denunciar los delitos de acción pública -conforme lo prevén los códigos de procedimientos en materia penal-, con una finalidad eminentemente represiva y dirigida hacia la pesquisa de delitos.

Puede suceder que los integrantes del equipo de salud se encuentren virtualmente con ambas obligaciones de modo simultáneo. Por ejemplo: un niño es llevado a una guardia médica con evidentes signos de abuso sexual, y surge de la anamnesis la contradicción entre los signos físicos que presenta el menor y el relato que hacen los padres sobre cómo se produjeron. Esto genera, por lo menos, una duda razonable en el equipo de salud.

Ante esta situación, y por razones de economía y celeridad procesal, *resulta aconsejable formular la denuncia en los términos de sospecha de un menor maltratado por integrantes de su grupo familiar*, ya que lo contrario significaría abrumar a la persona denunciante con obligaciones. Asimismo, si dos jueces diferentes intervienen tuteladamente en relación con un mismo supuesto de abuso sexual incestuoso, podrían colisionar en sus decisiones. Finalmente, el juez con competencia en asuntos de familia, que entiende en los supuestos de abuso sexual intrafamiliar, tendrá la posibilidad -de acuerdo con las características del caso- de remitir las actuaciones a la justicia penal.

### **CONCEPTO DE MENOR**

El Código Civil establece que la mayoría de edad se adquiere a los 21 años; por lo tanto, las personas que no han cumplido esa edad son jurídicamente *menores*.

Por otra parte, las personas que contraen matrimonio siendo mayores de edad adquieren por este acto la mayoría de edad, aunque luego se divorcien.

Del mismo modo, la mayoría de edad se puede alcanzar anticipadamente, partir de los 18 años, cuando las personas son emancipadas civilmente.

Diferente es la situación de los menores ante la ley penal. En efecto, la legislación argentina fija en los 16 años de edad la imputabilidad penal, pues a partir de ese momento presume de modo absoluto la existencia de un desenvolvimiento intelectual y volitivo suficiente para comprender la criminalidad del acto y dirigir las propias acciones. Con respecto a los mejores mayores de 16 años y menores de 18 años, existe una imputabilidad relativa, por cuanto los exime de pena cuando cometen delitos de acción privada, o de acción pública reprimidos con pena no privativa de libertad, o privativa de libertad que no exceda de dos años.

Finalmente debe señalarse que, en futuras reformas legislativas, está previsto disminuir la edad para alcanzar la mayoría a los 18 años, tal como lo establece el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, insistimos, en el momento de la redacción de este trabajo, la mayoría de edad se adquiere a los 21 años.

### **ACERCA DEL BACKLASH**

Según la International Society for the Prevention of Child Abuse and Neglect (IPSCAN), única organización multidisciplinaria de carácter internacional, creada en 1977 y destinada a colaborar con personas e instituciones de todo el mundo que trabajan para proteger a niños y niñas de toda forma de abuso y negligencia, ocurre un *backlash* cuando una persona que trabaja en el área de ASI es perseguida judicialmente, criticada en los medios, acosada por un grupo de parientes o acusada de mala fe de cualquier otra manera, por su actuación, declaraciones o publicaciones relativas a la temática. En términos generales, se da con mayor frecuencia en relación con un caso particular.

Este fenómeno comenzó a instalarse en nuestro país, particularmente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, durante el año 2001. Ello trajo como consecuencia, en el maltrato infantil en general, y en especial, en el abuso sexual incestuoso, un subregistro de las denuncias de niños que padecen este fenómeno. En el Taller de Justicia de los "Foros de discusión sobre avances y obstáculos en el abordaje de la violencia contra niños, niñas y

adolescentes” del Gobierno de Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA-2001) -que contó con la presencia de varios jueces de familia-, se concluyó que el ataque a los profesionales especializados en la temática, la autoexclusión del sector de salud en relación con el maltrato infantil y una interpretación errónea de la noción de *judicialización* han influido poderosamente -desde mediados de 2000- en la disminución abrupta de las denuncias por violencia intrafamiliar.

Semejante situación justificó la promulgación de una ley por parte de la legislatura de la Ciudad de Buenos Aires tendiente a garantizar que lo avanzado en el campo de la violencia familiar, y especialmente del maltrato infantil intrafamiliar, no colisionara con los efectos del *backlash* vernáculo. Se trata de la Ley de Protección a Profesionales Denunciantes de Maltrato Infantil, aprobada por mayoría, un instrumento normativo que intenta garantizar el funcionamiento de los servicios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, a lo largo de los años de democracia, se fueron afianzando, pero que también han sido objeto de persecución por parte de quienes sacralizan la familia por encima de cualquier otro valor, como la protección efectiva de sus miembros, y por delante de cualquier circunstancia particular.

Efectivamente, desde la instauración del *backlash* en nuestro medio, los profesionales que trabajan en la temática han sido acusados de mala praxis por haber firmado informes que validan científicamente casos de abuso sexual incestuoso o por haber cumplimentado el mandato legal de denunciar este tipo de casos a la justicia. Estos profesionales han sufrido todo tipo de presiones, amenazas, coacciones y persecuciones; estos hechos no son aislados sino una respuesta corporativa que avanza ideológicamente sobre la temática referida, de forma muy reaccionaria. Es decir, los ataques a los profesionales no son casos aislados, sino que responden a una ola de reacción que creció cuando, a partir del trabajo de muchos años, los casos de ASI intrafamiliar se empezaron a hacer visibles en las clases sociales más altas.

Mediante un reciente trabajo de investigación (Viar 2004) se indagó concretamente acerca de las consecuencias del *backlash* en los operadores de los servicios de salud dentro de la jurisdicción del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y particularmente se analizó la incidencia que el fenómeno referido ha tenido en los últimos años en la detección, la denuncia y la validación de los casos de maltrato infantil, y particularmente de abuso sexual incestuoso.

A través de una investigación de tipo exploratorio cuantitativo, se tomaron 40 cuestionarios de tipo cerrado, distribuidos entre equipos especializados en maltrato infantil pertenecientes a la Secretaría de Salud, a la Dirección General de la Mujer (ambas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires) y al Consejo Nacional del Menor y la Familia.

Dentro de los equipos de Salud del GCBA existían distintos niveles de complejidad.

Se arribó entonces, a las siguientes conclusiones:

1) En lo relativo a la integración de la muestra, surge con total claridad que más de la mitad (55%) de los profesionales que conforman los equipos especializados de atención al maltrato infantil son licenciados en psicología.

De alguna manera, esto pone de relieve la preeminencia de un modelo que -al igual que en los inicios de la atención de la problemática en nuestro país- se basó en la implementación de abordajes psicológicos.

El 22,5% de los integrantes son licenciados en servicio social, lo que parece escaso en consideración de la importancia de la función de los trabajadores sociales en la temática.

Finalmente debe resaltarse que apenas un 12,5% son médicos, lo cual resulta notorio cuando la conceptualización del fenómeno del maltrato infantil intrafamiliar nació y se desarrolló dentro del campo de la medicina.

El número de abogados (5%) también resulta escaso en atención a los ribetes jurídico-legales de la problemática.

2) Respecto de la edad de los encuestados el 40% tenía entre 31 y 40 años; el resto se repartió en las demás franjas etarias en forma bastante equilibrada.

3) En cuanto al sexo, el 85% de la muestra estuvo compuesto por mujeres, lo que no resulta nada sorprendente, ya que, en los diferentes niveles de prevención primaria, secundaria y terciaria, se advierte una preeminencia notable del sexo femenino.

4) En cuanto a los años de ejercicio profesional, los porcentajes estuvieron bastante equilibrados entre las cinco franjas etarias; existía pues una leve preeminencia del grupo de hasta 5 años, con un 30%.

5) En cuanto a los años de trabajo en actividades vinculadas al maltrato infantil, sólo el 12,5% superó los 11 años de trabajo en la temática, lo que resulta lógico si se tiene en consideración la toxicidad de esta labor; aunque por otro lado, un 47,5% se ubicó en el segundo grupo, es decir, entre 6 y 10 años

6) Sólo el 32,5% consideró su dedicación a la temática como de tiempo completo.

7) Respecto del grado de saturación de la temática, más de la mitad (52,5%) consideró tener un nivel intermedio de saturación, mientras un 22,5% se consideró altamente saturado

8) El 85% manifestó conocer a lo que se alude con el término *backlash*; en nuestra opinión, resulta altamente llamativo que ese porcentaje no llegue al 100% como esperábamos.

Esto puede ser entendido como respuesta de algunos encuestados que integran equipos de bajo nivel de complejidad dentro de hospitales generales, y por lo tanto, su labor profesional se remite a *clases populares* en donde no existe una sistematización del ataque a los profesionales intervinientes. Aun en dicha hipótesis, el desconocimiento del término en un 15% implica claramente una falla en la actualización y en la capacitación permanente relativa a la temática del maltrato infantil.

9) En cuanto a las consecuencias del maltrato infantil, los guarismos confirman con claridad la hipótesis de trabajo.

a. Más de un tercio de los encuestados (37,5%) manifestó haber recibido amenazas de sufrir un daño futuro por parte de un ofensor, agrupaciones que nuclean a ofensores o anónimos

b. Más de un tercio de los encuestados (35%) señaló haber sufrido intimidación por parte de un ofensor, agrupaciones que nuclean a ofensores o anónimos.

c. Un 15% señaló presión por parte de un superior jerárquico

d. Un 17,5% señaló haber sido injuriado por parte de un ofensor, agrupaciones que nuclean a ofensores o anónimos.

e. Un 45% recibió descalificación por parte de un ofensor, agrupaciones que nuclean a ofensores o anónimos.

En cuanto a los ataques físicos, sólo un 5% (2) de los encuestados señaló haberlos recibido.

Ya en el orden de las acciones *lícitas* que emprenden los ofensores, asesorados en general, avalados o defendidos por agrupaciones que los nuclean:

a. 1 de cada 10 encuestados señaló haber sido demandado por daños y perjuicios. En tanto 2 de cada 10 fueron denunciados o querellados penalmente.

b. Un 15% de los encuestados fue sumariado administrativamente, en tanto ninguno de los encuestados recibió denuncia ante un tribunal de ética profesional.

c. 19 encuestados (47,5%) señalaron haber sufrido amenaza, intimidación, injuria, descalificación, burla y/o ataque físico dentro del ámbito laboral

d. 7 (17,5%) lo padecieron en otros ámbitos: 2 en su domicilio particular, 1 en la sede de otro trabajo, 1 en consultorio o estudio particular, 2 en la sede de Tribunales y 4 en congresos, jornadas y ámbitos científicos. Queda claro que hubo personas que sufrieron ataques en más de un lugar.

e. Un encuestado señaló en "Otros": "Medios de comunicación (radio y televisión)"

10) La respuesta a la pregunta acerca de las consecuencias que ello ocasionó en la vida y en la salud de los encuestados y sus entornos resulta harto elocuente y confirmatoria de la hipótesis de trabajo:

a. Casi la mitad (19) manifestó haber padecido por ello angustia importante, estrés y/o ataques de pánico

b. El 12,5% señaló haber sufrido enfermedades psicosomáticas, en tanto el 7,5% indicó enfermedades de tipo psicosomático.

c. El 2,5% padeció enfermedades del aparato cardiorrespiratorio

d. En cuanto a las consecuencias en el contexto laboral, 1 de cada 4 encuestados indicó baja del rendimiento laboral. Ese mismo porcentaje indicó que pensó seriamente en dejar de trabajar en la temática. Un 15% señaló como consecuencia la modificación negativa en su contratación al trabajo en la temática. En fin, un 5% indicó despido, traslados y/o cambios de las condiciones de trabajo por parte de sus superiores.

e. Desde otros entornos, un 17,5% de los encuestados indicó afectación negativa de su vida familiar, mientras un número menor (10%) señaló afectación negativa de su vida social. En ese orden, un 17,5% modificó sus medidas de seguridad personal y familiar.

f. Un 10% de los encuestados señaló efectúa gastos de dinero relevantes para ejercitar el derecho de defensa ante acciones legales y/o administrativas; lo que demuestra a las claras la situación de cuasi indefensión en que se encuentran los profesionales por parte de las instituciones a las que pertenecen, dadas la carencia, la insuficiencia y/o la falta de idoneidad de recursos humanos a la hora de tener que ejercitarse debidamente la defensa de quienes resguardan a la infancia maltratada

Sólo 3 encuestados contrataron un seguro como consecuencia de los ataques. Es de suponer que ello se debe a que los profesionales se encuentran asegurados desde épocas anteriores al *backlash vernáculo*.

En "Otros", 2 encuestados señalan respuestas paradójicamente inversas. Uno señala como consecuencia "angustia/bronca", en tanto que, valientemente, el otro dice: "No le di importancia"

11) Al analizar el efecto indirecto del *backlash* sobre personas que trabajan en el área de maltrato infantil, juntamente con el profesional que recibió los efectos directos -si se consideran los efectos vicarios del *backlash*-, los porcentajes aumentan notablemente.

Así, a modo de ejemplo, 3 de 4 encuestados han advertido angustia importante, estrés y/o ataques de pánico en las personas que trabajan en la misma área de maltrato infantil.

Es decir, quienes observan y son testigos de la afectación de las víctimas del *backlash* y su incidencia en la vida profesional, social y familiar, posiblemente vean también afectada, al menos, su actividad profesional.

Por vía de hipótesis, ello puede extenderse incluso ante quienes potencialmente se encuentran en condiciones de ingresar en un equipo especializado de maltrato infantil o los que, formativamente, estarían en condiciones de atender casos de esta problemática, pero que se pueden ver inhibidos de comenzar a trabajar orgánica o informalmente con este severo síndrome bio-psico-social.

En ese orden, la realidad indica que, desde hace algunos años, los profesionales ya no se agolpan para integrar los equipos especializados en atención a niños y adolescentes maltratados, lo que sí acontecía hace unos diez años atrás.

12) Saliendo de los efectos del *backlash* en los profesionales de los equipos interdisciplinarios especializados, analizaremos las consecuencias directas del fenómeno a partir del proceso de des-invisibilización de la violencia intrafamiliar y su consecuencia en la retracción de denuncias. Ello, a partir de la consideración de los profesionales encuestados.

Las encuestas mostraron disidencia a la hora de señalar la influencia del *backlash* en la baja de denuncias de casos de maltrato infantil.

La tercera parte señaló que la incidencia era alta; otro tercio, que incidía en parte; en tanto que el resto indicó no saber. Sólo un encuestado agregó de puño y letra que las denuncias han aumentado.

Al señalar qué otros factores podrían estar contribuyendo a la baja de denuncias:

a. Un 40% marcó la propuesta de desjudicialización amplia de casos de maltrato infantil;

b. Un 35% alegó no saber.

c. En tanto el 15% restante señaló en "Otros": el temor y el riesgo de los profesionales, la inoperancia y la ineficacia de la Justicia en esta problemática, la complicidad inconciente con el ofensor, los mecanismos de naturalización y negación institucional que surgen de los avances de la conceptualización del tema, la intervención de la

instancia intermedia de las Defensorías de los Derechos del Niño y Adolescente del GCBA y la desconfianza de los denunciantes en el sistema legal.

Ello nos lleva a concluir que -al menos, desde la visión de los encuestados- existía, en el momento de recolección de datos, una baja de denuncias de los casos de maltrato infantil, que no sólo se debía al fenómeno en análisis sino a otras causas concurrentes, principalmente la propuesta de desjudicialización amplia de los casos de maltrato infantil y, en menor medida, el cuestionamiento al servicio de justicia.

## **PROPUESTA**

Como consecuencia de lo expuesto, proponemos sustituir el texto del artículo 2° de la Ley 24417, y sus correlativos de las demás leyes de protección contra la violencia familiar vigentes en las provincias argentinas, por el indicado a continuación.

### **ARTÍCULO 2°. OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR**

#### **2.1. OBLIGADOS**

*Cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o por el ministerio público.*

*Dichos damnificados pueden poner directamente en conocimiento del ministerio público los hechos que los victimizan.*

*Están también obligados a denunciar los servicios sociales asistenciales, de salud, educativos, sean públicos o privados, todos los profesionales de la salud, los especializados en la temática y todo funcionario público en razón de su labor.*

#### **2.2. PLAZO**

*La denuncia debe ser deducida en un plazo máximo de quince (15) días corridos, contados a partir de la fecha en que se tomó conocimiento de la situación de violencia. Si hubiese duda, se contará a partir de la fecha de la primera intervención.*

*Dicho plazo no admite prórroga ni excepción alguna, bajo apercibimiento de aplicar las sanciones que se prevén a continuación.*

#### **2.3. INMUNIDAD DEL DENUNCIANTE**

*Los obligados a denunciar gozan de inmunidad e indemnidad civil y penal, salvo supuestos de mala fe. Dicha obligación está comprendida dentro de los supuestos previstos en los artículos 1071 1° parte del Código Civil, y 34 inciso 4° del Código Penal.*

*Si el obligado a denunciar fuese demandado 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 pronunciamiento en los términos del artículo 346 y concordantes del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al cual en ningún supuesto podrá diferirse al momento del dictado de la sentencia definitiva.*

#### **2.4. PROTECCIÓN DEL DENUNCIANTE**

*El denunciante podrá petitionar para sí la prohibición de acercamiento del autor a su persona y a sus lugares de trabajo y/o a su domicilio particular, como asimismo podrá solicitar que se le ordene se abstenga de realizar cualquier contacto y/o actividad que perturbe o lo afecte de modo alguno.*

*Dichas medidas podrán también ser solicitadas por el profesional y/o la institución que lleven adelante los diagnósticos y los tratamientos previstos en esta misma ley, como por todo del que desarrolle alguna actividad profesional tendiente a la protección, la recuperación y la rehabilitación de los involucrados.*

#### **2.5. SECRETO PROFESIONAL**

*Los obligados a denunciar están relevados y exentos de cualquier obligación de guardar secreto profesional en todos los casos, y ajenos a la sanción prevista en el artículo 156 del Código Penal.*

#### **2.6. SANCIONES**

*Para el caso de que los obligados a denunciar omitieran cumplir con dicha obligación en el plazo legal correspondiente, se les impondrá una multa diaria equivalente al uno por ciento (1%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia por cada día de demora y/o pena de arresto de hasta diez días.*

*Para el caso de que un tercero o superior jerárquico impidiera, obstaculizara, perturbare, amenzara y/o molestare al obligado a denunciar, se le impondrá una multa de hasta el diez por ciento (10%) del*

*sueldo básico de un juez nacional de primera instancia por cada acto que cometiere y/o pena de arresto de hasta treinta días.*

*Las sanciones referidas se tramitarán por vía incidental en sede civil, y serán parte necesaria los representantes de los ministerios públicos.*

*La imposición de estas sanciones no exime de las penalidades previstas en el Código Penal, cuando correspondieren.*

El texto del artículo 35 de la reciente y celebrada Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes promueve y fomenta la anacrónica, discriminativa y apresurada asociación entre negligencia como subtipo del maltrato infantil, lo que conlleva a la negación y la invisibilización de la violencia doméstica contra la infancia -incluido el abuso sexual incestuoso- y a la desprotección absoluta de los niños y niñas víctimas.

El concepto de desjudicialización de la pobreza -que se fue gestando en los últimos diez años- remite a la injusticia que significa que el Estado -a través de la acción del Poder Judicial- dispusiera de menores en riesgo, entendiendo que éste se generaba no porque los niños/as a adolescentes de determinado grupo familiar sufrieran alguna forma de maltrato infantil -particularmente en los subtipos de abandono físico y emocional- sino que, en todo caso, la situación de riesgo no era achacable al padre, madre o cuidador, sino al propio Estado, que había omitido cumplir con sus funciones, algunas de ellas ratificadas por convenciones internacionales. En consecuencia, en el campo de la infancia maltratada, se entendió que resultaban vetustas no sólo la Ley de Patronato de Menores, sino también la emblemática figura de la Protección de Persona que sirviera durante casi veinte años para salvar la integridad psicofísica y la vida de los niños y niñas sometidos a violencia por su entorno familiar.

Lo paradójico es que, desde ciertos marcos ideológicos identificados como progresistas, se pretendió desechar todos los aportes específicos en relación con la violencia familiar y el maltrato infanto-juvenil intrafamiliar, y confundir peligrosamente pobreza con negligencia o abandono físico y/o material, por lo que la idea de desjudicializar parece volver a hacerse eco de conceptualizaciones superadas en materia de maltrato infanto-juvenil, como las que remitían su etiología exclusivamente a razones socioeconómicas y culturales.

Existe una multiplicidad y superposición de problemas donde casi siempre está presente *la pobreza* algunas veces como causalidad y otras como consecuencia. De allí que los equipos sociales de los juzgados de familia y especialmente los de las defensorías de menores -en razón que desde allí se inician los trámites de *protección de persona*- debían poner especial atención en la incidencia de aquellos indicadores en el caso, que por lo demás casi siempre están presentes en la casuística.

La experiencia recogida, la especialización de profesionales y de los propios juzgados de familia y defensorías de menores permitieron abordar adecuadamente el maltrato infantil en sus diversos subtipos, lográndose maximizar las estrategias comunes en las que participan actualmente los sistemas de justicia, educación y salud, e imponiendo modelos de intervención específicos tendientes a optimizar la evolución de los casos. La intervención judicial tiene por finalidad cuidar o proteger los derechos y los intereses de un ser esencialmente capaz (capacidad de derecho), cuyos recursos y valores necesarios para lograr su desarrollo integral y pleno han sido o son vulnerados.

Ello significó un cambio en la valoración del rol que merecen desempeñar la infancia y la adolescencia en nuestra sociedad como formadores de futuras generaciones, dicho cambio empezó a operarse en el Estado argentino con anterioridad a la sanción de la "Convención sobre los Derechos del Niño" (Ley 23849 de 1989). Dicho sistema normativo de derecho comunitario -hoy fundamental y vinculante del Estado argentino (artículo 75 inciso 22 Constitución Nacional)- reconoce específicamente que el maltrato infanto-juvenil tiene lugar especialmente en la familia, y propone medidas para intervenir en la emergencia y superarlo poniendo en cabeza de ese derecho la obligación de adoptar medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a los/as niños/as y adolescentes de cualquier abuso físico y/o psicológico y/o sexual y/o trato negligente (artículos 19 y 20).

Los juzgados de familia, las defensorías de menores, los hospitales y escuelas públicas y las defensorías zonales del GCBA con sus respectivos Equipos Sociales- tienen el compromiso ineludible de velar por los mejores intereses de los/as niños/as y adolescentes. No deben perder de mira que constituyen servicios del estado sostenidos y mantenidos con el aporte

de la propia comunidad. El prestigio personal, la competencia profesional como finalidad en sí, el dogmatismo, el etnocentrismo, la ausencia de una visión interdisciplinaria de la problemática, la argumentación autoritaria y la nula coordinación de recursos son algunos de los muchos factores que intrefieren y alteran el rumbo del objetivo que se debe cumplir, y deben dejarse de lado ante situaciones de niños/as y adolescentes en situaciones de riesgo.

El texto del artículo 35 de la reciente Ley de infancia establece: *"cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección son los programas de apoyo, incluso económico, con miras al mantenimiento fortalecimiento de los vínculos familiares"*, lamentablemente implica la consagración legislativa del erróneo concepto de desjudicialización de la pobreza. Sin embargo, y con bastante claridad, se advierte la imposibilidad de la aplicación del mismo en cuanto colisiona con el art. 19 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño que expresamente prevé: *"1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. 2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial"*.

### **A modo de cierre**

Recientemente, el periodismo gráfico está confirmando y visibilizando un problema harto conocido por quienes, de una u otra manera, tenemos algún contacto con la victimización sexual infantil.

En efecto, han transcurrido más de treinta años desde que se inició un importante proceso de visibilización del abuso sexual incestuoso.

Dicho proceso se extendió luego al abuso sexual en el ámbito educativo, como también al que ocurre en las comunidades religiosas y/o por parte de sacerdotes de diferentes cleros.

Finalmente, todo tipo de abuso sexual que implica a un niño/a o adolescente víctima -incluso por parte de otro/a niño/a o adolescente- adquirió la importancia que merecía a partir de poder establecerse con rigor científico las gravísimas -y muchas veces irreparables- consecuencias que deparaba en el psiquismo del/la menor afectado/a.

Como lo hemos analizado, este proceso de concientización fue sostenido, en primer lugar por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otras normas del derecho internacional.

Las leyes locales de protección contra la violencia familiar incluyeron, en forma tácita y expresa, el abuso sexual como un subtipo del maltrato intrafamiliar.

Finalmente la ley 25087 reformó estructuralmente lo atinente a los delitos sexuales.

Aún sin el debido respaldo del Estado y muchas veces sólo sostenido en esfuerzos individuales y grupales, se capacitó y entrenó a miembros de diferentes instituciones jurídicas, políticas, sanitarias, educativas y judiciales.

A través de los medios, se concientizó acerca de la gravedad, la incidencia y la prevalencia de la temática. Podemos decir que no existe trauma que genere tan grave patología como el que produce el abuso sexual en la infancia.

Durante este proceso, se replanteó la dificultad probatoria típica de estos casos, tanto para la justicia penal como para la actividad jurisdiccional de orden proteccional, y se establecieron parámetros válidos para la comprobación de estos hechos a través de exámenes médicos (psiquiátricos, pediátricos y ginecológicos) y psicológicos. Se fue tomando conciencia de que establecer la imposibilidad probatoria era declarar la impunidad de este tipo de delitos.

Se publicaron numerosas obras al respecto. A su vez, el jurista que más ha trabajado y más se ha comprometido con los niños y las niñas abusados sexualmente, el doctor Carlos Rozanski, publicó en 2003 su obra *Abuso sexual infantil ¿denunciar o silenciar?*

Lo más importante: se expusieron claramente los mitos, los prejuicios, los estereotipos, las

creencias erróneas que sostenían sobre el tema tanto la población general como las instituciones, incluso en algunos ámbitos científicos.

En algunos lugares, se llevaron a cabo procesos -a veces exitosos- contra delincuentes sexuales que ya no provenían de sectores marginales y que en muchos casos contaban con abundantes fondos disponibles, no sólo para contratar a afanados abogados, sino también a reconocidos psiquiatras y psicólogos -incluso algunos que en otros tiempos parecían comprometidos con la infancia maltratada-, capaces de alegar, declarar o sostener en cualquier tipo de *pseudo teoría* que fuera necesaria para *salvar* a su cliente.

A su vez estos profesionales generaron una contracorriente que utilizaba como fuerza de choque a los mismos delincuentes, solos o agrupadamente, y a algunos simpatizantes para presionar, hostigar, amenazar o intimidar como diera lugar a quienes trabajaban y trabajan con las víctimas. Ello, con bastantes buenos resultados.

Los argumentos más escuchados, sin ningún soporte científico, eran que los niños fantaseaban el abuso sexual o éste era co-construido con otro adulto; o simplemente que un niño pequeño no puede, en modo alguno, acordarse de si ocurrió o no un hecho abusivo.

Más recientemente, algunos profesionales -muchos provenientes de la sexología, otros de la terapia familiar e incluso algunos del derecho- vienen justificando a los ofensores sexuales e incluso relativizando criminalmente el daño que la victimización sexual provoca en niños/as y adolescentes.

En muchas provincias feudales, su propia constitución patriarcal contribuyó a tanto dislate.

Específicamente, en el derecho penal, en nuestro sistema en exceso garantista -a veces abolicionista- y netamente antivictimológico, los derechos del niño abusado sexualmente parecen subsumirse en un inagotable derecho de defensa. Todas estas cuestiones concurrieron para concretar actuaciones de funcionarios del sistema judicial que constituyen a todas luces una segunda victimización del padecimiento del niño, la niña o el adolescente traumatizado en su esfera psicosexual.

Lo más grave no resulta la mala actuación profesional, sino la impunidad que se le brinda desde la misma institución o incluso desde órganos legislativos cuando, con mucha ligereza, se rechazan pedidos de juicio político y juries de enjuiciamiento.

Al haber transcurrido tanto tiempo de desarrollo del proceso antes descrito ¿puede decirse que los funcionarios judiciales no saben? ¿que no están entrenados y que por ello no tienen la culpa? ¿O ya es hora de decidir que quienes revictimizan a niños/as o adolescentes abusados/as deben responder con todo el peso de la ley, y que las instituciones y el Estado mismo también deben responder por la malicia de sus funcionarios, como lo ordenan las convenciones internacionales?

Como propuesta se debe insistir no sólo en el perfeccionamiento de las leyes procedimentales y de fondo, sino también en el entrenamiento y la capacitación continua y permanente; lo más importante es la creación de cuerpos policiales, cuerpos médicos, asesorías periciales, fiscalías y juzgados especializados en este tipo de delitos.

Mientras tanto los jueces, los tribunales colegiados, cámaras de apelaciones, superiores tribunales provinciales y la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación deben tener bien presente que los sobreseimientos y las absoluciones fáciles, a los que nos tienen tan acostumbrados, resultan verdaderas condenas para los/as niños/as y los/as adolescentes víctimas de delitos sexuales.

## **Referencias**

Baita Sandra (2002) Impacto de los procedimientos legales en niños víctimas de abuso sexual; en Blanco Luis Guillermo (comp): Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales. Bs As, Universidad.

Barudy Jorge (1998) El dolor invisible de la infancia. Barcelona. Paidós

Chejter Silvia, Ganduglia Alicia, Paggi Patricia y Viar Juan Pablo (2000) Violencia hacia niños y adolescentes. Maltrato y abuso sexual. Elementos básicos para su atención en el sector salud. Bs As, Ministerio de Salud de la Nación y Programa Regional Piloto de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar, Cooperación Técnico-Financiera BID

Código de Ética de la Asociación de Psicólogos de Buenos Aires

Código de Ética de la Federación de Colegios de Psicólogos de la República Argentina

Código de Ética del Colegio de Psicólogos de la Provincia de Buenos Aires

Gandola Julia Elena (2001) Los reclamos de indemnización dirigidos a terceros en los casos de daños familiares. Revista de Derechos de Daños. Número 2, pp.50 y ss. Bs As, Rubinzal-Culzoni Editores

Ganduglia Alicia (1995) Abuso sexual infantil: entre el riesgo de hablar y la urgencia subjetiva, trabajo presentado en las I Jornadas de Psicopatología de Guardia del Hospital General de Niños "Dr. Ricardo Gutiérrez"

\_\_\_\_\_ (1998) Dilemas para psicoanalistas: las consultas por abuso sexual de niños en las instituciones de salud, en Lamberti, Sanchez y Viar (comps) Violencia familiar y abuso sexual. Bs As, Universidad

\_\_\_\_\_ (2002) El backlash: un nuevo factor de riesgo, en Lamberti Silvio (comp) Maltrato infantil. Riesgos del compromiso profesional. Bs As, Universidad.

Giberti, Eva (dir.) (1998) Incesto paterno-filial. Una visión multidisciplinaria. Bs As, Universidad.

Grosman Cecilia (1992) Responsabilidad civil y violencia en la familia, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Núm.20. Bs As, Lexis-Nexis / Abeledo-Perrot

Grosman Cecilia (2002) El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado, en Cadoche (comp) Violencia familiar. Bs As, Rubinzal-Culzoni

Grosman Cecilia y Mestremán Silvia (1992) Maltrato al menor. Bs As, Universidad

Kraut, Alfredo (1991) Responsabilidad profesional de los psiquiatras. Bs As, La Rocca

Lamberti Silvio (comp) (2003) Maltrato infantil. Riesgos del compromiso profesional. Bs As, Universidad.

Lamberti Silvio y Viar Juan Pablo (2002) El profesional de la salud frente al secreto profesional, en Blanco Luis Guillermo (comp): Bioética y bioderecho. Cuestiones actuales. Bs As, Universidad.

Monzón Isabel (1998) Violencia de la desmentida: abuso sexual contra menores. Revista del Ateneo Psicoanalítico, Bs As.

Prieto María del Pilar (1992) La violencia en la familia. El niño maltratado, en Derecho de Menores. Bs As, Juris.

Sanz Diana, Houghton Patricia y Viar Juan Pablo (1991) Visión multidimensional del abuso sexual: un estudio exploratorio, trabajo presentado en el II Congreso de Terapia Familiar del Cono Sur

Sanz Diana y Molina Alejandro (1999) Violencia y abuso en la familia. Bs As, Lumen-Hvmanitas

Viar Juan Pablo (2004) Consecuencias del backlash en los efectores de salud, tesina presentada ante la Carrera Interdisciplinaria de Violencia Familiar, de la Facultad de Psicología de la Universidad de Buenos Aires

Viar Juan Pablo y Lamberti Silvio (2003) Maltrato infantil: los derechos del/a niño/a en el derecho comunitario y en el derecho judicial, en Revista de Derecho de Familia, Núm. 24. Bs As, Lexis-Nexis / Abeledo-Perrot

Volnovich Jorge (comp) (2000) Abuso sexual en la infancia. El quehacer y la ética. Bs As, Lumen-Hvmanitas